

**Veröffentlichungen**  
**der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**  
==== **Band 63** =====

Juliane Kokott, Thomas Vesting

**Die Staatsrechtslehre und die Veränderung  
ihres Gegenstandes: Konsequenzen von  
Europäisierung und Internationalisierung**

Winfried Brugger, Christoph Gusy

**Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte  
unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse**

Arno Scherzberg, Oliver Lepsius

**Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung  
oder Begrenzung von Innovationen?**

Rolf Gröschner, Johannes Masing

**Transparente Verwaltung – Konturen eines  
Informationsverwaltungsrechts**

Berichte und Diskussionen  
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer  
in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003



De Gruyter Recht

Redaktion: Prof. Dr. Beatrice Weber-Dürler (Zürich)

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

ISBN 3-89949-123-8

*Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek*

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

© Copyright 2004 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,  
D-10785 Berlin

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

Printed in Germany  
Diskettenkonvertierung: Dörlemann Satz, Lemförde  
Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH, 87437 Kempten  
Einbandgestaltung: Christopher Schneider, Berlin

## Inhalt

|                             |   |
|-----------------------------|---|
| Jahrestagung 2003 . . . . . | 5 |
|-----------------------------|---|

### Erster Beratungsgegenstand

*Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes:  
Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*

|  |    |
|--|----|
| 1. Bericht von Professorin Dr. <i>Juliane Kokott</i> . . . . . | 7  |
| Leitsätze der Berichterstatteerin . . . . .                    | 37 |
| 2. Bericht von Professor Dr. <i>Thomas Vesting</i> . . . . .   | 41 |
| Leitsätze des Berichterstatters . . . . .                      | 69 |
| 3. Aussprache und Schlussworte . . . . .                       | 71 |

### Zweiter Beratungsgegenstand

*Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte  
unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Bericht von Professor Dr. <i>Winfried Brugger</i> . . . . . | 101 |
| Leitsätze des Berichterstatters . . . . .                      | 148 |
| 2. Bericht von Professor Dr. <i>Christoph Gusy</i> . . . . .   | 151 |
| Leitsätze des Berichterstatters . . . . .                      | 189 |
| 3. Aussprache und Schlussworte . . . . .                       | 191 |

### Dritter Beratungsgegenstand

*Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder  
Begrenzung von Innovationen?*

|   |     |
|---|-----|
| 1. Bericht von Professor Dr. <i>Arno Scherzberg</i> . . . . . | 214 |
| Leitsätze des Berichterstatters . . . . .                     | 259 |
| 2. Bericht von Professor Dr. <i>Oliver Lepsius</i> . . . . .  | 264 |
| Leitsätze des Berichterstatters . . . . .                     | 309 |
| 3. Aussprache und Schlussworte . . . . .                      | 316 |

## Vierter Beratungsgegenstand

*Transparente Verwaltung: Konturen eines Informations-  
verwaltungsrechts*

|  |             |
|--|-------------|
| 1. Bericht von Professor Dr. <i>Rolf Gröschner</i> . . . . .                                 | 344         |
| Leitsätze des Berichterstatters . . . . .  | 371         |
| 2. Bericht von Professor Dr. <i>Johannes Masing</i> . . . . .                                | 377         |
| Leitsätze des Berichterstatters . . . . .  | 437         |
| 3. Aussprache und Schlussworte . . . . .   | 442         |
| <br>Verzeichnis der Redner . . . . .   | <br>469     |
| <br>Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung<br>der Deutschen Staatsrechtslehrer . . . . . | <br><br>471 |
| <br>Satzung der Vereinigung . . . . .  | <br>559     |

## Jahrestagung 2003

Für ihre Jahrestagung 2003 war die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in der Freien und Hansestadt Hamburg zu Gast und konnte – insbesondere bei dem Empfang im Hamburger Rathaus – etwas von der Weltläufigkeit dieser historischen Handelsmetropole spüren. Dass Hamburg nur sog. Schmuddelwetter zu bieten hätte, wurde jedenfalls für die ersten zwei Tage eindrucksvoll widerlegt: So konnten sich Alster, Hafen und Speicherstadt im besten Lichte zeigen. Für die gute Organisation dieser gelungenen Tagung geht unser Dank auch an dieser Stelle an die Hamburger Kollegen, vor allem an Herrn Stefan Oeter und sein aufopferungsvolles Team.

In der traditionell am Mittwoch stattfindenden Mitgliederversammlung gedachte die Vereinigung ihrer verstorbenen Mitglieder, den Kollegen Georg Brunner, Boris Meissner und Heribert Zitzelsberger. 29 Mitglieder wurden neu aufgenommen, so dass die Vereinigung nun mehr als 570 Mitglieder zählt. In diesem Zusammenhang mag erwähnt werden, dass Herr Schulze-Fielitz auf der Mitgliederversammlung ausführlich über den Stand und die Zukunftsaussichten des wissenschaftlichen Nachwuchses berichtete.

Was den wissenschaftlichen Teil der Jahrestagung angeht, so diente er vor allem der Selbstvergewisserung über Stand, Methoden und Grenzen unserer Disziplin. Frau Juliane Kokott und Herr Thomas Vesting gingen den Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung nach und untersuchten auf diese Weise die Konsequenzen der Veränderung ihres Gegenstandes für die Staatsrechtslehre. Die Kollegen Winfried Brugger und Christoph Gusy beschäftigten sich mit „Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse“ und leisteten so auch einen Beitrag zur Nachbereitung der Ereignisse des 11. September in den USA. Was Stand und Methoden des Verwaltungsrechts angeht, so untersuchten Arno Scherzberg und Oliver Lepsius die Leistungsfähigkeit des Verwaltungsrechts bei der rechtlichen Risikosteuerung, und zwar im Hinblick auf die „Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?“ Die Kollegen Rolf Gröschner und Johannes Masing zeichneten erste Konturen eines Informationsverwaltungsrechts.

Was den gesellschaftlichen Teil unserer Tagung angeht, so ist für den Empfang des ersten Abends eine Hamburger Besonderheit zu berichten;

da es in Hamburg zwei Ausbildungsstätten für den juristischen Nachwuchs gibt, genoss die Vereinigung nicht nur die Gastfreundschaft der Universität Hamburg und ihrer juristischen Fakultät, sondern auch die der Bucerius Law School, die auch Gastgeberin des „Gesprächskreises Verwaltung“ am Mittwochvormittag war, während der Arbeitskreis „Europäisches Verfassungsrecht“ in den Räumen der Universität tagte. Am Donnerstagabend war die Vereinigung Gast des Senates der Freien und Hansestadt Hamburg und wurde durch ihren Ersten Bürgermeister, Herrn Ole von Beust begrüßt. Der Freitagabend im Hotel „Hafen Hamburg“ bescherte den Mitgliedern der Vereinigung nicht nur einen faszinierenden Blick auf den nächtlich beleuchteten Hamburger Hafen, sondern auch schmissige Songs der „Tailed Comedians“.

Der Sonnabend – traditionell der „Ausflugstag“ der Vereinigung – führte uns in die traditionsreiche Hansestadt Lübeck. Nach einem Empfang im Rathaus und einer kundigen Stadtführung fand die diesjährige Jahrestagung mit einem gemeinsamen Mittagessen im „Haus der Schifffergesellschaft“ ihren würdigen Abschluss.

G. F. S.

Erster Beratungsgegenstand:

**Die Staatsrechtslehre und die Veränderung  
ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung  
und Internationalisierung**

1. Bericht von Prof. Dr. *Juliane Kokott*, St. Gallen

Inhalt

|  | Seite |
|--|-------|
| Einleitung   |       |
| I. Veränderungen des (europäischen) Staates . . . . .                        | 11    |
| 1. Zum Begriff Staat . . . . .   | 11    |
| 2. Staatsvolk . . . . .  | 12    |
| 3. Staatsgebiet . . . . .  | 14    |
| 4. Staatsgewalt . . . . .  | 15    |
| a) Einheit der Staatsgewalt . . . . .  | 15    |
| b) Souveränität . . . . .  | 17    |
| 5. Abschied vom souveränen Staat . . . . .                                   | 21    |
| II. Erfüllung der Staatsaufgaben im offenen Verfassungs-<br>staat . . . . .  | 24    |
| 1. Garantie von Freiheit und Sicherheit . . . . .                            | 24    |
| 2. Definition des Gemeinwohls . . . . .                                      | 25    |
| 3. Daseinsvorsorge und die Schaffung von Wohlfahrt . . . . .                 | 26    |
| 4. Identität, Integration . . . . .  | 26    |
| 5. Organ der Völkergemeinschaft . . . . .                                    | 27    |
| III. Postnationale Demokratie? . . . . .                                     | 28    |
| 1. Demokratiegebot . . . . .   | 29    |
| 2. Demokratiebegriff . . . . .   | 29    |
| 3. Weltstaat, Europaastaat . . . . .   | 30    |
| 4. Elemente postnationaler guter Herrschaft<br>(„good governance“) . . . . . | 31    |
| a) Subsidiaritätsprinzip . . . . .   | 31    |
| b) Demokratische Prinzipien . . . . .  | 32    |
| c) Kein internationaler Parlamentarismus . . . . .                           | 33    |
| d) Optimierungsgebot, Transparenz, responsible<br>government . . . . .       | 33    |

|   |    |
|---|----|
| IV. Konvergenz von Staats- und Völkerrecht, Folgen für<br>die Staatsrechtslehre . . . . . | 34 |
| V. Conclusio . . . . .  | 35 |



## Einleitung

„Die Epoche der Staatlichkeit geht jetzt zu Ende. Darüber ist kein Wort mehr zu verlieren. ... Der Staat als das Modell der politischen Einheit, der Staat als Träger ... des Monopols der politischen Entscheidung ... wird entthront,“<sup>1</sup> so *Carl Schmitt* bereits 1963. Ähnlich schließt *Ernst Forsthoff* im „Staat der Industriegesellschaft“, 1971: „Die Übersicht über die Befindlichkeiten der Bundesrepublik läßt keinen Zweifel daran zu, dass sie kein Staat im hergebrachten Sinne des Begriffs mehr ist. ... Von Souveränität im Sinne der höchsten und fortdauernden Gewalt zu sprechen wäre absurd.“<sup>2</sup> „Warum nicht den Staat als Begriff und Idee verabschieden“, fragt *Udo Di Fabio*.<sup>3</sup>

Frieden, Freiheit und Sicherheit, Demokratie, Umwelt- und Menschenrechtsschutz, gerechte Handelsbedingungen sind solche öffentlichen und herkömmlicherweise staatlichen Aufgaben von höchster Priorität, welche virulent bleiben, doch der Einfluss der *einzelnen* Staaten schwindet. Wozu, lässt sich mit *Peter Saladin* fragen, noch Staaten?<sup>4</sup> und wozu so viele Staatsrechtslehrer, die den Staat sehr intensiv beforschen? Erübrigen sich, wie im Kontext des europäischen Gemeinschaftsrechts manchmal postuliert,<sup>5</sup> vertraute Kategorien wie „Volk“, „Staat“ und „Souveränität“? Gerät die Staatsrechtslehre folglich ins Abseits, wenn sie nur auf den Staat und dessen Modifikationen blickt?

Wie oft bei Juristen, handelt es sich auch um eine Frage der Semantik: Je enger man den Staats- und Souveränitätsbegriff fasst, desto eher besteht Bedarf nach Anpassung. Je nach Vorverständnis und Definition von Staat und Souveränität variiert zudem das Ausmaß der Änderungen. Fest

---

<sup>1</sup> *C. Schmitt* Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Collarien, 1963, 10.

<sup>2</sup> *E. Forsthoff* Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 158.

<sup>3</sup> Vgl. *U. Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, 130: „Warum nicht den Staat als Begriff und Idee verabschieden? Warum nicht Politik und Recht wieder bewußter auseinandertreten lassen ...“ auch, historisch begründet, *W. Reinhard* Geschichte der Staatsgewalt, Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, 1999, 535f.: „Der moderne Staat ... existiert nicht mehr.“

<sup>4</sup> *P. Saladin* Wozu noch Staaten?, Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaates in einer zunehmend überstaatlichen Welt, 1995.

<sup>5</sup> *G. Schuppert* Demokratische Legitimation jenseits des Nationalstaates, Einige Bemerkungen zum Legitimationsproblem der Europäischen Union, in: Heyde/Schaber (Hrsg.) Demokratisches Regieren in Europa?, 2000, 65, 70; *J. Shaw/A. Wiener* The Paradox of the ‚European Polity‘, in: Green/Cowles/Smith (Hrsg.) The State of the European Union, Bd. 5 (Risks, Reform, Resistance and Revival), 2000, 64, 76f.

steht aber, dass ausgehend vom Staat des 19. Jahrhunderts gravierende Änderungen erfolgt sind. Indiz dafür sind schon die emphatischen Bekenntnisse zur Notwendigkeit von Staaten und Souveränität einerseits und andererseits die Beschwörungen des Unterganges des souveränen Staates.<sup>6</sup>

Der Staat wandelt sich vom *Typus* des souveränen Gebietsherrn zum *Typus* des gegenüber verselbstständigter supranationaler Hoheitsgewalt offenen Staates. Der Verlust souveräner Staatlichkeit erfolgt dabei graduell und allmählich.<sup>7</sup> Niemals war zwar der Staat völlig abgeschotteter, impermeabler und autarker Souverän,<sup>8</sup> niemals aber auch war er so integrationsoffen und so wenig autark wie heute. Vor Augen stehen mir in erster Linie die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften. Im Rahmen der Europäisierung gehen die Veränderungen besonders weit. Der tief greifende Wandel des Staates und der Souveränität ist aber auch ein Phänomen der Internationalisierung. Prominente Vertreter der amerikanischen Völkerrechtswissenschaft bejahen generell und nicht auf Europa beschränkt den Wegfall des alten Souveränitätskonzepts; allenfalls ein umdefinierter Souveränitätsbegriff scheint mit dem modernen Völkerrecht noch vereinbar.<sup>9</sup> Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften spielen lediglich in vielerlei Hinsicht eine Vorreiterrolle.

<sup>6</sup> Emphatisch in diesem Sinne deklamiert beispielsweise *Hillgruber*. „Wer deshalb Souveränität in Frage oder gar in Abrede stellt, setzt nicht weniger als die Legitimationsgrundlage und damit die Zukunft des Völkerrechts aufs Spiel.“; *C. Hillgruber* Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, 1072, 1077; vgl. auch *C. Seiler* Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, 2003.

<sup>7</sup> AA wohl *C. Möllers* Staat als Argument, 2000, 224f., 424.

<sup>8</sup> *P. Kirchhof* Der Staat als Organisationsform politischer Herrschaft und rechtlicher Bindung – Kontinuität des deutschen Verfassungsstaates in Freiheitlichkeit, Weltoffenheit und demokratischer Solidarität, DVBl 1999, 637, 647.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. den damalige Präsidenten der amerikanischen Völkerrechtsgesellschaft/ASIL *L. Henkin* The Mythology of Sovereignty, ASIL Newsletter March-May 1993; und die gegenwärtige (2003) Präsidentin der ASIL *A.-M. Slaughter* International Law in a World of Liberal States, EJIL 1995, 503, 537 (Umdefinition der Souveränität). Dazu schon *H. Preuss* Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Neudruck der Ausgabe 1889, 1964, 104: „Der Souveränitätsbegriff, welchen Brie, Gierke u.a.m. aufstellen, ist mit dem modernen Rechtsstaat wie mit dem modernen Völkerrecht durchaus vereinbar; jedoch nur deshalb, weil er mit dem alten und eigentlichen Souveränitätsbegriff nicht das Wesen, sondern lediglich den Namen gemein hat.“ Zum eher naturrechtlichen gerade nicht souveränitätsorientierten Ursprung des Völkerrechts *M. Koskenniemi* The Gentle Civilizer of Nations, The Rise and Fall of International Law 1870–1960, 2002, 51 („common consciousness“, „dictates of reason and ethics“).

## I. Veränderungen des (europäischen) Staates

### I. Zum Begriff Staat

Mit *Paul Kirchhof* lässt sich der Staat definieren „als ein sich seiner Zusammengehörigkeit bewusst gewordenes, zum Recht fähiges Staatsvolk, das sich in einem bestimmten Gebiet zu einem körperschaftlichen Herrschaftsverband organisiert, ... eine gesetzte Ordnung hat und den Staatsorganen die letztverantwortliche Befugnis zuweist, Recht zu setzen und durchzusetzen.“<sup>10</sup> Die traditionellen Merkmale von Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatshoheit<sup>11</sup> ergänzt *Kirchhof* durch die rechtsstaatliche und demokratische Komponente. „Dabei bleibt bewußt das Entstehen von Staaten und Verfassungen im Normativen wie im Faktischen verwurzelt.“<sup>12</sup> Ähnlich modifiziert das moderne Völkerrecht den Grundsatz der Effektivität der Staatsgewalt als Voraussetzung der Anerkennung von Staaten durch rechtsstaatliche, demokratische und menschenrechtliche Kriterien.<sup>13</sup>

Europäisierung und Internationalisierung beeinträchtigen alle drei Staatsmerkmale tief greifend: Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt.

<sup>10</sup> *P. Kirchhof* Die Staatenvielfalt – ein Wesensgehalt Europas, FS Schambeck, 1994, 947, 951 f.

<sup>11</sup> *G. Jellinek* Über Staatsfragmente, in: Festgabe zur Feier des siebenzigsten Geburtstages Seiner Königlichen Hoheit des Großherzogs Friedrich von Baden dargebracht von den Mitgliedern der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, 1896, 265; *ders.* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 394 ff.; s. auch *N. MacCormick* Questioning Sovereignty, Law, State, and Nation in the European Commonwealth, 1999, 17. Kritisch gegenüber einer weiteren Verwendung der Drei-Elemente-Lehre, weil die den Elementen von der traditionellen Staatstheorie zugemessene Bedeutung zunehmend verloren geht, *P. Saladin* (Fn. 4), 35 f.

<sup>12</sup> *P. Kirchhof* (Fn. 10), 951 f. Zum normativen und faktischen Gehalt der Souveränität als Völkerrechtsbegriff *M. Koskeniemi* From Apology to Utopia, 1989, 192 ff. und allgemeiner *ders.* (Fn. 9), 249. Für eine strikte Trennung von Sein und Sollen hingegen *C. Seiler* (Fn. 6).

<sup>13</sup> Vgl. Erklärung zu den „Richtlinien für die Anerkennung neuer Staaten in Osteuropa und in der Sowjetunion“, Beschluss der EG-Außenminister im Rahmen der Europäischen Politischen Zusammenarbeit (EPZ) vom 16. Dezember 1991, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung 1991, 1173; *S. Oeter* Selbstbestimmungsrecht im Wandel, Überlegungen zur Debatte um Selbstbestimmung, Sezessionsrecht und „vorzeitige“ Anerkennung, ZaöRV 1992, 741; *J. Frowein* The Contribution of the European Union to Public International Law, FS Ehlermann, 2002, 171. S. ferner auch Art. 49 und 6 EUV sowie Art. 3 Satzung des Europarates.

## 2. Staatsvolk

Das Staatsvolk<sup>14</sup> soll auch Kultur-, Gefahren- und Verantwortungsgemeinschaft<sup>15</sup> und durch eine gewisse (nicht notwendigerweise ethnische) Homogenität zusammengehalten sein. Aufgrund von Massenmigration erhalten jedoch „die einzelnen Staatsvölker – ‚Staatsvolk‘ hier verstanden als die in einem Staat wohnhafte Bevölkerung – eine Buntheit, wie sie Europa nie erlebt hat, wenn man bedenkt, dass praktisch alle Volksgruppen der Erde in jene Migrationsbewegungen einbezogen sind.“<sup>16</sup> Mehrfache Staatsangehörigkeit, auch Wechsel der Staatsangehörigkeit, werden häufiger. Dies ergibt sich aus normativen Gründen – gesetzliche Hinnahme von mehrfacher Staatsangehörigkeit<sup>17</sup> – und aus faktischen Gründen. Beispielsweise werden aufgrund gesteigerter Mobilität binationale Ehen häufiger; Ehefrauen können ihre Staatsangehörigkeit nach modernem Staatsangehörigkeitsrecht behalten, die Kinder werden regelmäßig Doppelstaatler. Die Migration beeinflusst letztlich auch das Staatsvolk als Gesamtheit der Staatsbürger.<sup>18</sup>

Darüber hinaus verliert das Institut der *Staatsangehörigkeit* an Bedeutung. Das Europäische Gemeinschaftsrecht und das internationale Wirtschaftsrecht verbieten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Das Institut der Unionsbürgerschaft leitet sich zwar aus der nationalen Staatsangehörigkeit her, nivelliert aber gleichwohl deren Bedeutung.<sup>19</sup> Der internationale Menschenrechtsschutz knüpft, anders als der traditionelle diplomatische Schutz, gerade nicht an die Staatsangehörigkeit an. Auch das Internationale Privatrecht reagiert auf Mobilität und Migration, indem das Domizilprinzip gegenüber dem Staatsangehörigkeitsprinzip an

---

<sup>14</sup> Vgl. H. Maurer Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, 190f. Zur Frage eines europäischen Volkes A. Augustin Das Volk der Europäischen Union, Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs, 2000.

<sup>15</sup> P. Kirchhof Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, § 19 Rn. 56ff.; ders. (Fn. 8), 643.

<sup>16</sup> P. Saladin (Fn. 4), 27.

<sup>17</sup> Vgl. T. Franck Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice, AJIL 1996, 359, 378ff. mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

<sup>18</sup> Das Bild der durch Sprache, Kultur und Tradition verbundenen Gefahren- und Schicksalsgemeinschaft trägt nicht. Zu diesem Bild vgl. etwa R. Grawert Staatsvolk und Staatsangehörigkeit in: Isensee/Kirchhof (Fn. 15), § 14 Rn. 8; J. Isensee Staat und Verfassung, ebd., § 13 Rn. 112f.; K. Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, 6f. Zum Erfordernis einer gemeinsamen Identität M. Rosenfeld The European Convention and constitution making in Philadelphia, I-CON 2003, 373.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 17ff. EGV.

Raum gewinnt.<sup>20</sup> Das internationale Strafrecht schließlich lockert die Beziehung Heimatstaat-Individuum (und insbesondere deren Ausschließlichkeit) durch zunehmende Anerkennung und einen wachsenden Anwendungsbereich des Universalitätsprinzips und durch die erstarkende supranationale Strafgerichtsbarkeit.

Der Einzelne ist nicht mehr in dem Maße auf Schutz und Refugium seines Heimatstaates angewiesen, wie dies beim klassischen Nationalstaat noch der Fall war.<sup>21</sup> Vielmehr kann sich das zum Völkerrechtssubjekt erstarkende Individuum oft selbst an Menschenrechtsschutzinstitutionen wenden und direkt internationale Streitbeilegungsmechanismen zum Schutz von Auslandsinvestitionen anrufen.<sup>22</sup> Umgekehrt kann ein einzelner Staat seinen Bürgern heute ohnehin nur noch zum Teil ein zu friedens stellendes Maß an Sicherheit gewährleisten.<sup>23</sup> Ein Fundamentalkriterium des diplomatischen Schutzes, das Institut der Staatsangehörigkeit, und damit auch das Staatsmerkmal „Volk“ sind in der Krise.<sup>24</sup> Denn auf *Hobbes* zurückgreifend ließe sich ableiten, dass die Verpflichtung der Untertanen gegenüber dem Souverän nur solange dauert, wie er sie auf Grund seiner Macht schützen kann, und nicht länger.<sup>25</sup>

Der Bedeutungsverlust der Staatsangehörigkeit und die fehlende Schutzfähigkeit des einzelnen Staates mindert die Schutz- und Loyalitätsbeziehung zwischen Staat und Staatsbürger (v.a. in Europa).<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> *J. Schwander* Einführung in das internationale Privatrecht, Bd. 1, 2000, 95 (Rn. 187): „Weltweit ist eine Tendenz zugunsten des Domicilprinzips feststellbar. Die zunehmende Migration hat die Vorteile territorialer Anknüpfungsbegriffe und gewisse Impraktikabilitäten der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit bestätigt.“

<sup>21</sup> *D. Thürer* Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 97, 124f.

<sup>22</sup> Vgl. *J. Kokott* Zum Spannungsverhältnis zwischen nationality rule und Menschenrechtsschutz bei der Ausübung diplomatischer Protektion, in: *Ress/Stein* (Hrsg.) Der diplomatische Schutz im Völkerrecht, Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen, 1996, 45; dies. (Hrsg.) Interim Report on the Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment, The International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Dehli, 2002, 259.

<sup>23</sup> *M. Zürn* Regieren jenseits des Nationalstaates, 1998, 96.

<sup>24</sup> Vgl. Diskussion einzelner Angehöriger der International Law Commission mit der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen/ILC zu Fragen des diplomatischen Schutzes vom 29. Juli 2003 in Genf.

<sup>25</sup> *Th. Hobbes* Leviathan: or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil, herausgegeben von M. Oakeshott, 1962, 5. Druck 1978, 167: „The obligation of subjects to the sovereign, is understood to last as long, and no longer, than the power lasteth, by which he is able to protect them.“

<sup>26</sup> Ähnlich *T. Franck* (Fn. 17), 376 mwN; vgl. auch *Y. Hasebe* Why We Should Not Take Sovereignty Too Seriously, in: *Jyränki* (Hrsg.) National Constitutions in the Era of Integration, 1998, 113, 121f.

### 3. Staatsgebiet

Das Staatsgebiet ist der räumliche Geltungsbereich staatlicher Herrschaftsmacht, insbesondere der staatlichen Rechtsordnung.<sup>27</sup> Jeder, der sich im Staatsgebiet befindet, ist der Staatsgewalt unterworfen (positiver Aspekt der Gebietshoheit), und innerhalb des Staatsgebiets darf keine Hoheitsgewalt ausgeübt werden, die nicht von der staatlichen Regelungsgewalt abgeleitet ist (negativer Aspekt).

Die im Regelwerk der Welthandelsorganisation/WTO und den mittlerweile über 2000 Bilateralen Investitionsschutzverträgen<sup>28</sup> verkörperten Prinzipien der Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung mindern auch die Bedeutung der *Gebietsgrenzen*.<sup>29</sup> Sie gelten für den Waren- und Dienstleistungs-, zunehmend aber auch für den Personenverkehr.

Die klassische Staatsaufgabe der Gewährleistung der Sicherheit nach außen mutiert von einer staatlichen zur internationalen Aufgabe. Das Grundgesetz trägt dem Rechnung, indem es Souveränitätsverzicht zugunsten kollektiver Verteidigungsbündnisse vorsieht,<sup>30</sup> insbesondere die Teilnahme an Friedenssicherungseinsätzen der Vereinten Nationen.<sup>31</sup> Der *Militäreinsatz wird entterritorialisiert*. Er erfolgt nicht mehr ausschließlich zur Landesverteidigung und erst recht nicht zum Zwecke des Erwerbs von Staatsterritorium.<sup>32</sup> Auch die innerstaatliche Gefahrenabwehr in Form der Terrorismusbekämpfung ist völkerrechtlich überlagert und faktisch auf internationale Kooperation angewiesen.

Schließlich bedeutet Staat immer weniger impermeabler Herrschaftsbereich einer bestimmten Rechtsordnung.<sup>33</sup> Diese Entwicklung betrifft sowohl das Staatsmerkmal Territorium als auch die Staatsgewalt. Die Staatsgrenzen werden zu *relativen Jurisdiktionsgrenzen*,<sup>34</sup> die lediglich indizieren, dass eine spezifische Rechtsordnung anwendbar ist, vorbehaltlich supranationalen und internationalen Rechts. Zu völkerrechtlich begründeten Regelungen und supranationalem Recht kommt die grenzüberschreitende Anwendung nationalen und supranationalen Rechts

<sup>27</sup> Vgl. auch G. Teubner Globale Zivilverfassungen: Alternative zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 2003, 1, 27.

<sup>28</sup> J. Kokott Interim Report (Fn. 22), 259.

<sup>29</sup> Vgl. auch D. Grimm Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 90; C. Tomuschat International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law, 2001, 166.

<sup>30</sup> Art. 24 GG.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 90, 286.

<sup>32</sup> Art. 26 GG.

<sup>33</sup> Vgl. auch D. Grimm (Fn. 29), § 1 Rn. 93 f.

<sup>34</sup> Vgl. P. Saladin (Fn. 4), 18.

hinzu, besonders kraft des im Wettbewerbsrecht quasi universell anerkannten Auswirkungsprinzips.<sup>35</sup> *Udo Di Fabio* spricht vom „Übergang vom territorial abgeschlossenen zum nur territorial radizierten Staat,<sup>36</sup> an anderer Stelle sogar vom „Verlust der territorialen Radizierung des Staates.“<sup>37</sup>

Am spürbarsten ist der Wandel innerhalb der Europäischen Union. Dort sind die Staatsgrenzen nicht mehr physisch erfahrbar. Weggefallen sind die Grenzposten, erst recht bewaffnete Grenzwächter und Zollbeamte. Die Grenzen innerhalb der Europäischen Union behalten lediglich – begrenzte – Bedeutung für die Frage, welches Recht anwendbar und wer durchsetzungsbefugt ist.<sup>38</sup> Nach der Konzeption des Art. 23 GG ist der Staat nicht mehr Gebietsherr, sondern Wächter darüber, dass supranationale Aufgabenerfüllung in Übereinstimmung mit dem Demokratie-, Rechtsstaats-, Sozialstaats- und Bundesstaatsprinzip erfolgt.<sup>39</sup> Gerade in Art. 23 GG kommt die *Aufgabe* der Gebietsbezogenheit der Staatsgewalt klar zum Ausdruck.

Als abgegrenzter und ausschließlicher Geltungsbereich einer bestimmten *Herrschaftsordnung* gehört das Staatsgebiet somit der Vergangenheit an.<sup>40</sup>

#### 4. Staatsgewalt

##### a) Einheit der Staatsgewalt

Die *Staatsgewalt* soll einheitlich sein.<sup>41</sup> „Rechtliche Einheit der Staatsgewalt bedeutet, daß es im Staatsgebiet keine hoheitlichen Regelungsbe-

<sup>35</sup> Vgl. *M. Herdegen* Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2002, 35ff.

<sup>36</sup> In Bezug auf Europa *U. Di Fabio* (Fn. 3), 5.

<sup>37</sup> *U. Di Fabio* (Fn. 3), 97ff. *P. Saladin* (Fn. 4), 25 interpretiert diese Entwicklung so: „Das einzelne Staatsgebiet verliert solchermassen immer mehr seine Bedeutung als geographischer ‚Wirkungsplatz‘; an seine Stelle tritt zunächst das Gebiet einer internationalen oder supranationalen Gemeinschaft ..., später vielleicht – und hoffentlich, letztlich notwendig – das Gebiet der gesamten Erdoberfläche ...“.

<sup>38</sup> *U. Di Fabio* Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 69.

<sup>39</sup> S. auch *S. Hobe* Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler und institutionalisierter Kooperation, 1998, 164.

<sup>40</sup> Immerhin bleibt das Staatsgebiet vornehmlich außerhalb der Europäischen Union wichtig im Zusammenhang mit den Staatsaufgaben Wohlfahrt und Daseinsvorsorge, d.h. für das Aufenthaltsrecht von Personen. Die Nationalstaaten sind weiterhin befugt, Fremde auf ihrem Territorium zuzulassen oder nicht. Menschenrechte, Ausweisungsschutz und *refoulement*-Prinzip ziehen hier nur minimale völkerrechtliche Schranken.

<sup>41</sup> Vgl. z.B. *D. Grimm* (Fn. 29), Rn. 87.

fugnisse gibt, die der Staatsgewalt gegenüber eigenständig wären.<sup>42</sup> „Kein Staat [kann] aus der einheitlichen und inhaltlich weder erschöpfend beschreibbaren noch aufspaltbaren Potenz seiner Staatsgewalt Teilbereiche mit absoluter Wirkung entlassen“.<sup>43</sup> Er könne anderen hoheitlichen Einheiten die Ausübung öffentlicher Gewalt auf einem sachlichen Teilbereich seiner Staatssphäre lediglich gestatten.<sup>44</sup> „Gäbe es im Staatsgebiet eigenständige hoheitliche Kompetenzen,“ so *Zippelius*, „über die kein Staatsorgan verfügen könnte, so würde der Staatsgewalt *ex definitione* die Kompetenzhoheit und damit die Souveränität fehlen.“<sup>45</sup>

Besonders intensive Einbrüche in die Einheit der Staatsgewalt ergeben sich aufgrund des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts, selbst wenn man die Hoheitsgewalt der EG als abgeleitet versteht.<sup>46</sup> Denn der unmittelbare, die Einheit der Staatsgewalt negierende Durchgriff des europäischen Gemeinschaftsrechts prägt den Alltag, die Nichtanwendung kompetenzwidrigen europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Behörden ist theoretischer Ausnahmefall. Gleiches gilt für das Szenario eines Austritts aus der EU, auch wenn der EU-Verfassungsvertrag den Austritt neuerdings explizit vorsieht.<sup>47</sup>

Das Gemeinschaftsrecht führt zu einer vielfältigen Verklammerung und Verbindung aller Staats- und Gemeinschaftsorgane.<sup>48</sup> Mitgliedstaat-

<sup>42</sup> *R. Zippelius* Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl. 2003, 63.

<sup>43</sup> *F. Erler* Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften, VVDStRL 18 (1960), 7, 19.

<sup>44</sup> *F. Erler* (Fn. 43), 19f.

<sup>45</sup> *R. Zippelius* (Fn. 42), 63.

<sup>46</sup> Vgl. auch *R. Zippelius* (Fn. 42), 67ff. Wegen des aus autonomer Quelle fließenden, unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts besteht entgegen *C. Möllers* (Fn. 7), 253f. auch dann keine Einheit der Staatsgewalt, wenn man mit *Kelsen* Rechtsgeltung und Staatlichkeit gleichsetzt.

<sup>47</sup> Art. I-59 EU-Verfassungsvertrag, Entwurf i.d.F. von Thessaloniki, EuGRZ 2003, 357, 368. Zum bislang strittigen Fall eines EU-Austritts, BVerfGE 89, 155, 190 (Maastricht). Schärfstens gegen die Austrittsmöglichkeit aus der Gemeinschaft, die entgegen der nachfolgenden Entwicklung in Art. I-59 Verfassungsvertrag ein „fundamentaler Bruch des Gemeinschaftsverfassungsrechts“ sein soll, *J. Frowein* Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806, 807. Das neue Austrittsrecht könnte als Reverenz an den klassischen Souveränitätsbegriff verstanden werden, erscheint aber wegen der einschneidenden tatsächlichen (vor allem wirtschaftlichen) Verflechtungen als Lippenbekenntnis. Allerdings könnte das Austrittsrecht tatsächliche Bedeutung in einer erweiterten und durch verstärkten Rückgriff auf die Integration „à géométrie variable“ veränderten Gemeinschaft erlangen.

<sup>48</sup> *D. Thürer* (Fn. 21), 126; vgl. auch *E. Schmidt-Aßmann* Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, in: ders. u.a. (Hrsg.) Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 487, 504ff.



liche Gerichte sind auch Gemeinschaftsgerichte.<sup>49</sup> Das Staatsrecht der Mitgliedstaaten und das europäische Gemeinschaftsrecht bilden eine Einheit.

Weiter negiert der Durchgriff der Einzelnen durch ihren Staat, wenn sie sich an internationale Menschenrechtsgremien wenden, die Einheit der Staatsgewalt. Menschenrechtsschutzeinrichtungen mit ihrer staatskontrollierenden Funktion sind eine unabhängige, zusätzliche Gewalt mit beinahe supranationaler Kraft.<sup>50</sup> Umgekehrt greift die internationale Strafgerichtsbarkeit unmittelbar auf die einzelnen zu.

*Ulrich Scheuner* interpretierte eine derartige offene Staatlichkeit<sup>51</sup> 1964 als Schwinden des alten Staatsbegriffs.<sup>52</sup>

#### b) Souveränität

Die Souveränität wird vielfach als Eigenschaft der Staatsgewalt erachtet.<sup>53</sup> Was aber bedeutet der schillernde *Begriff* der „Souveränität“?

Nach *Jean Bodin*, *Six livres de la république*, bedeutet „Souveränität ... die absolute und ewige Gewalt einer Republik“,<sup>54</sup> die das Volk dem Mo-

<sup>49</sup> Vgl. *I. Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148, 172 u. 177 mwN; *D. Grimm* (Fn. 29), § 1 Rn. 97f.; *G. Schuppert* (Fn. 5), 81. *Schuppert* bezieht sich dabei auf *Ziirn*. S. auch *J. Isensee* Gemeinnützigkeit und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Veröffentlichungen der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V., Bd. 26 (2003), 93, 94 unter Berufung auf *Richardi*.

<sup>50</sup> *F. Ermacora* Die vierte Gewalt: Eine regional-supranationale Gewalt zum Schutze der Menschenrechte, FS Leibholz, Bd. 1, 1966, 673, 689f.; *C. Grabenwarther* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 290, 344f.; *S. Hobe* (Fn. 39), 438f.; *F. Hoffmeister* Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung der Bürger, Der Staat 2001, 349.

<sup>51</sup> Vgl. *S. Hobe* (Fn. 39); s. auch *F. Erler* (Fn. 43), 7f., der die „Grundfesten der Staatsrechtslehre“ bereits 1964 bedroht sah.

<sup>52</sup> *U. Scheuner* Diskussionsbeitrag zum Thema Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 106, 109. S. auch *M. Stolleis* Staatsrechtslehre und Politik, 1996, 20f.: „Dahinschwinden des Objekts“; *P. Kirchhof* (Fn. 8), 639: „Es gehört zur Geschichte des Staates, daß er totgesagt ... wird.“

<sup>53</sup> Vgl. *M. Herdegen* Völkerrecht, 2. Aufl. 2002, 199; *A. Randelzhofer* Staatsgewalt und Souveränität, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 29), § 15 Rn. 3f.; s. auch Art. 2 Ziff. 1 Charta der Vereinten Nationen. *G. Jellinek* Staatslehre (Fn. 11), 486ff. trennte zwischen Staatsgewalt und Souveränität, dagegen *S. Hobe* (Fn. 39), 426ff. Ein moderner Souveränitätsbegriff findet sich bei *I. Pernice* (Fn. 49), 162 und 190 (LS 7): „Souveränität ist nicht mehr die (monarchische) Voll-Macht des Staates oder die Urgewalt eines Mythos Volk, sondern bedeutet heute Selbstbestimmung des einzelnen als Element der Menschenwürde.“

<sup>54</sup> *J. Bodin* Les six livres de la République I, chapitre VIII, (Corpus des oeuvres de philosophie en langue française) 179: „La souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une République“.

narchen übertragen hat.<sup>55</sup> Wesentlich ist der Grundsatz, dass der Fürst weder an seine eigenen Gesetze noch an die seiner Vorgänger gebunden ist.<sup>56</sup> *Bodins* Souveränität ist dennoch rechtlich gebunden, nämlich an Naturrecht und Völkerrecht;<sup>57</sup> auch muss der Fürst von ihm geschlossene Verträge einhalten und darf Gesetze nicht willkürlich derogieren.<sup>58</sup> In diesem nüchternen Sinne einer allgemeinen Geltung der lex posterior Regel bei Beachtung des Natur- und Völkerrechts<sup>59</sup> ließe sich der Fortbestand der Souveränität auch heute noch bejahen.<sup>60</sup> Doch nahm die Entwicklung des Souveränitätsbegriffs eine andere Richtung.

Im Völkerrecht könnte Souveränität verstanden werden als Handlungsfreiheit der Staaten, die nur durch freiwillig von den Staaten selbst eingegangene Verpflichtungen begrenzt wäre.<sup>61</sup> Dies entspricht jedoch nicht dem gegenwärtigen Entwicklungsstand des Völkerrechts.<sup>62</sup> Unbe-

<sup>55</sup> *J. Bodin* (Fn. 54), 185f.: „... il est bien certain que celui-là est souverain: car le peuple s'est dessaisi et despoillé de sa puissance souveraine, pour l'ensaisiner et investir: et à luy, et en luy transporté tout son pouvoir, auctorisés, prerogatives, et souveraineté ...“.

<sup>56</sup> *J. Bodin* (Fn. 54), 192.

<sup>57</sup> *J. Bodin* (Fn. 54), 192ff.: „Mais quand aux lois divines et naturelles, tous les princes de la terre y sont subjects, et n'est pas en leur puissance d'y contrevenir, ... Et par ainsi la puissance absolue des Princes et seigneuries souveraines, ne s'entend aucunement aux lois de Dieu et de nature ...“. Missverständlich daher *G. Roellecke* Souveränität, Staats-souveränität, Volkssouveränität FS Quaritsch, 2000, 15, 19, wonach *Bodin* die „radikale Positivität des Rechtes“ ermöglicht habe.

<sup>58</sup> *J. Bodin* (Fn. 54), 194: „Et par ainsi nostre maxime demeure, que le Prince n'est point subject à ses loix, ni aux loix de ses predecesseurs, mais bien à ses conventions justes et raisonnables, et en l'observation desquelles les subjects en general ou en particuliers ont interest.“

<sup>59</sup> Die Völker- (und Naturrechts-)unmittelbarkeit als weiteres Souveränitätsmerkmal *Bodins* klingt an, wenn *Bodin* schreibt, das erste Souveränitätsmerkmal sei die Fähigkeit, allgemeine Gesetze zu machen, und zwar „sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre“, *J. Bodin* (Fn. 54), 306.

<sup>60</sup> Zu Rolle des Naturrechts in neuerer Zeit vgl. *W. Maihofer* Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962; *J. Kokott* Naturrecht und Positivismus im Völkerrecht – sind wir auf dem Wege zu einer Weltverfassung?, in: Meier-Schatz/Schweizer (Hrsg.) Recht und Internationalisierung, 2000, 3; zum freiheitsschützenden Ursprung und zur freiheitsschützenden Funktion der Naturrechtsdoktrin *H. Lauterpacht* International Law and Human Rights, 1950, 108ff.

<sup>61</sup> Vgl. *N. Politis* Les Nouvelles Tendances du Droit International, 1927, 18f.: „... pouvoir absolu et incontrôlable des États de se comporter, dans les relations extérieures, comme dans les affaires domestiques, selon leur bon plaisir, sans autres restrictions que celles qu'ils auraient volontairement acceptées.“

<sup>62</sup> Vgl. *J. Kokott* Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.) Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 38, 1998, 71; *dies.* (Fn. 60), 3; jeweils mwN.

stritten impliziert Souveränität heute noch Völkerrechtsunmittelbarkeit und volle Völkerrechtssubjektivität,<sup>63</sup> Eigenschaften, die aber ohnehin jedem Staat im völkerrechtlichen Sinne zukommen. „Souveränität“ wird regelmäßig in Anspruch genommen als Abwehrrecht gegen andere Souveränitätsprätendenten und als Recht zur Durchsetzung von Ansprüchen.<sup>64</sup> Der Souveränitätsbegriff erfüllt im Wesentlichen rhetorische Funktionen.<sup>65</sup> Entsprechend kennt „die Wissenschaft vom öffentlichen Recht ... kaum eine vielschichtigere und umstrittenere Frage als die nach der Souveränität.“<sup>66</sup>

Im Staatsrecht soll Souveränität Kompetenz zur Letztentscheidung sowie die (verloren gegangene) Einheit, „Einzigkeit“ der Staatsgewalt bedeuten. Wegen seiner charakteristischen Unbestimmtheit und wegen Missbrauchsgefahr haben Staats-, Völker- und Europarechtler schon früh und immer wieder die Aufgabe des Souveränitätsbegriffs gefordert. Der Staatsrechtler *Hugo Preuss* mag 1889 der erste gewesen sein, der die These vertrat, dass die Staatsrechtslehre „im Gespinnst des Souveränitätsbegriffs“ verfangen sei, „wie die Fliege im Gewebe der Spinne“.<sup>67</sup> Die „wahrhaft erdrückende Fülle höchst unterschiedlicher Definitionen des Souveränitätsbegriffs“ gehe hervor „aus dem schier verzweifelten Streben, einem in der Wirklichkeit toten Begriffs ein künstliches Scheinleben einzuhauchen ... Jener Definitionenreichtum giebt einen deutlichen Fingerzeig zur Beseitigung nicht nur des Namens, sondern auch des Wesens der Souveränität.“<sup>68</sup> *Hugo Preuss* forderte die Eliminierung des Souveränitätsbegriffs aus der Dogmatik des Staatsrechts<sup>69</sup> und seine Ersetzung durch den Begriff des Rechtsstaats.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> Zum völkerrechtlichen Souveränitätsbegriff z.B. *M. Koskenniemi* (Fn. 12), 206 ff.; *S. Oeter* Souveränität – ein überholtes Konzept?, FS Steinberger, 2002, 259, 275 ff.

<sup>64</sup> *K. Doehring*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 2000, Rn. 258.

<sup>65</sup> Ähnlich *M. Koskenniemi* (Fn. 9), 169.

<sup>66</sup> *M. Baldus* Zur Relevanz des Souveränitätsproblems für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht, Der Staat 1997, 381.

<sup>67</sup> *H. Preuss* (Fn. 9), VI.

<sup>68</sup> *H. Preuss* (Fn. 9), 101 mit einer „kleinen Blütenlese von Souveränitätsdefinitionen“ zur Bestätigung.

<sup>69</sup> *H. Preuss* (Fn. 9), 135.

<sup>70</sup> *H. Preuss* (Fn. 9), 136 mit einer Herleitung des Begriffs der „souveraineté“ aus obrigkeitsstaatlichem Denken auf 100 ff. (z.B. 115). S. auch *M. Baldus* (Fn. 66), 383. Nach *von Bogdandy* tritt der Begriff Identität an die Stelle von Souveränität, *A. v. Bogdandy* Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), 156, 190, LS 8 und 9.

Der Völkerrechtler *Nicolas Politis* betrachtete bereits 1927 die Souveränität als unzulässiges, weil sinnloses und gefährliches Dogma, welches die internationale Anarchie begünstige.<sup>71</sup>

In neuerer Zeit hat *Dieter Grimm* plastisch auf die „Doppelbedrohung“ staatlicher Souveränität hingewiesen: „Sowohl die externen Grenzen der Staatsgewalt, die mit den Landesgrenzen identisch waren, als auch die internen, die durch die Differenz zur Gesellschaft markiert wurden, [werden] durchlässig, und der für die neuzeitliche Staatsbildung zentrale Begriff der Souveränität verliert seine tatsächlichen Voraussetzungen“.<sup>72</sup>

Der Auffassung vom Zerfall der Souveränität<sup>73</sup> skeptisch gegenüber steht *Isensee*. Unter Berufung auf *Hegel* und *Rousseau* hält er entgegen, die Staaten gäben durch inter- und supranationale Integration „die Souveränität als solche ... nicht preis“. *Isensee* ruft – ohne nähere Betrachtung der Charta der Vereinten Nationen – einen Weltstaat vor unser geistiges Auge, um diesen sodann, ebenso wie einen „Europastaat“, vehement abzulehnen. Konzeptionelle Alternative, auch im Rahmen der Europäischen Union, scheint die Bewahrung der Nationalstaaten zu sein. Die von *Isensee* ins Feld geführte und, wie er betont, mit neuen Dimensionen der Machtausübung verbundene „gesteigerte Effizienz“<sup>74</sup> der Nationalstaaten besteht jedoch zur gesamten Hand der Mitgliedstaaten. Zudem ist Souveränität kein nur abstrakter, philosophischer Begriff. Die politische Wirklichkeit, die dem klassischen Souveränitätsbegriff seine Maßgeblichkeit verlieh, gibt es nicht mehr. Evident ist daher, „dass die herkömmlichen konzeptionellen Instrumentarien der Beschreibung von Staaten

<sup>71</sup> *N. Politis* (Fn. 61), 23f.; dazu *M. Baldus* (Fn. 66), 386.

*Hans-Peter Ipsen* stellte 1984 fest, dass der Begriff der Souveränität selbst verunsichere, wenn er nicht unhaltbar geworden sei, *H.-P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien, 1984, 100.

<sup>72</sup> *D. Grimm* Vorwort, in: ders. (Hrsg.) Staatsaufgaben, 1994, 9. S. auch *P. Saladin* (Fn. 4), 32: „... äußere und innere Entsouveränisierung des Staates.“

<sup>73</sup> Vgl. z.B. *H. Boldt* Staat und Souveränität, in: Brunner (Hrsg.) Geschichtliche Grundbegriffe, historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 6 (1990), 1, 152f.; *J. Camilleri/J. Falk* The End of Sovereignty, 1992, 256; *E. Denninger* Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, JZ 2000, 1121; *L. Henkin* (Fn. 9); *H. Maurer* (Fn. 14), 4; *N. MacCormick* (Fn. 11), 133; *G. Roellecke* (Fn. 57), 15; *C. Schreuer* The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law, EJIL 1993, 447; *A.-M. Slaughter* (Fn. 9), 537; *H. Steiger* Geht das Zeitalter des souveränen Staates zu Ende?, Der Staat 2002, 331.

<sup>74</sup> *J. Isensee* Die vielen Staaten in der einen Welt – eine Apologie, ZSE 2003, 7; zur gewandelten Souveränitätsausübung im Wege der Mitarbeit in internationalen Organisationen vgl. auch *A.-M. Slaughter* (Fn. 9), 534ff. („The Disaggregation of Sovereignty“).

und ihrer Interaktion der Fortbildung bedürfen.<sup>75</sup> *Hermann Lübke* weist zutreffend darauf hin, dass das, was „Hegel seinerzeit in der ... Reichsverfassungsschrift zur Geltung brachte, ... inzwischen tiefe Vergangenheit“ ist.<sup>76</sup>

Ich schließe mich dem Völkerrechtler *Louis Henkin* an, der als Präsident der amerikanischen Völkerrechtsgesellschaft eine klarere und dogmengeschichtlich weniger belastete Terminologie verlangte.<sup>77</sup> Der Begriff der Souveränität passt nicht in die neue Struktur des konvergierenden Staats- und Völkerrechts.

##### 5. *Abschied vom souveränen Staat*

Wegfall der Souveränität bedeutet, dass der einzelne Staat seine Ordnungsfunktion nur noch begrenzt wahrnehmen kann,<sup>78</sup> aber Völker- und Europarecht treten als ergänzende Teilordnungen hinzu.<sup>79</sup>

Dualismus in Reinform, wie er von *Triepel* zur Hochzeit der Nationalstaaten entwickelt wurde, ist kaum noch anzutreffen.<sup>80</sup> Im Rahmen der an

---

<sup>75</sup> *H. Lübke* Geteilte Souveränität, Die Transformation des Staates in der europäischen Einigung, Information Philosophie, August 1994, 5, 12.

<sup>76</sup> *H. Lübke* (Fn. 75), 12. S. auch *G. Roellecke* (Fn. 57), 22: „Der Realitätsbezug der Souveränität ist verblaßt.“

<sup>77</sup> Vgl. *L. Henkin* (Fn. 9), Ziff. 5f.: „Surely, as applied to the modern secular state in relation to other secular states, it is not meaningful to speak of the state as sovereign. Sovereignty, I conclude, is not per se a normative conception in international law. There is a need for a clearer conception and a new vocabulary more accurate and with less ‚baggage‘.“ Ähnlich schon *H. Kelsen* Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1928, 320: „Die Souveränitätsvorstellung freilich muß radikal verdrängt werden. Diese Revolutionierung des Kulturbewußtseins tut vor allem not!“ Auch die neu definierte Souveränität der gegenwärtigen Präsidentin der amerikanischen Völkerrechtsgesellschaft, *Anne Marie Slaughter*, hat nichts mit dem herkömmlichen Souveränitätsbegriff zu tun: *A.-M. Slaughter* (Fn. 9), 537: „Sovereignty becomes the capacity to participate in an international regulatory process. The redefinition of sovereignty in a world of liberal states pushes this redefinition one step further, devolving it onto the component institutions of individual States and giving it substantive content with regard to the relationship between these institutions and individuals and groups in transnational society.“ AA jedoch *S. Oeter* (Fn. 63), 259.

<sup>78</sup> Vgl. *S. Hobe* (Fn. 39), 436. Nicht entgegen steht, dass die Staaten teilweise neue Aufgaben erwerben, so im Bereich der Daseinsvorsorge. *A. Singer* Nationalstaat und Souveränität, 1993, 174.

<sup>79</sup> *I. Pernice* (Fn. 49), 148, 172 ff.

<sup>80</sup> Vgl. *H. Triepel* Völkerrecht und Landesrecht, Nachdruck von 1899, 1958; s. aber auch schon *C. Schmitt* Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, 1950, 182: die dualistische Trennung von Völkerrecht und Staatsrecht nur als Fassa-

Boden gewinnenden und auch in der Lehre vom Verfassungsverbund<sup>81</sup> zum Ausdruck kommenden monistischen Sichtweise<sup>82</sup> wird dem Staat ohnehin nicht die alleinige Letztverantwortung für das Wohl und Wehe seiner Bürger übertragen. Vielmehr gilt ganz selbstverständlich das Völkerrecht auch im Staate, so dass auch die Staatengemeinschaft Verantwortung trägt.<sup>83</sup>

Hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen den Staaten und den internationalen Organisationen evoziert *Saladin* gar das Bild eines Bundesstaates.<sup>84</sup> Der Staat wird mehr und mehr zum *Vollzieher* supra- und international vorgegebener Normen. Solche internationalen Normen entstehen teils mit, teils ohne oder gar gegen den Willen betroffener Staaten. Das gilt für Völkergewohnheitsrecht, wenn der so gebundene Staat nicht „persistent objector“ war;<sup>85</sup> *ius cogens* führt ebenfalls zu einer Bindung des Staates jenseits des Konsensprinzips, vertraglich vorgesehene Mehrheitsentscheidungen erübrigen die staatliche Zustimmung im konkreten Fall.<sup>86</sup>

---

denangelegenheit. *J. Kaiser* Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 1, 15.

<sup>81</sup> *I. Pernice* (Fn. 49), 148, 172ff.

<sup>82</sup> Gemeint ist Monismus mit Völkerrechtsprimat. Vgl. *A. Verdross/B. Simma* Universelles Völkerrecht, 1984, 53ff.; *I. Seidl-Hohenveldern/T. Stein* Völkerrecht, 2000, 120 (Rn. 554f.). Oft wird lediglich von einer Annäherung der Theorien oder einem „gemäßigten Dualismus“ gesprochen, vgl. z.B. *O. Kimminich/S. Hobe* Einführung in das Völkerrecht, 2000, 216. Die Verfassungs- und Gerichtspraxis der Staaten öffnet sich dem Völkerrecht jedoch zunehmend, so dass das innerstaatliche Recht mehr und mehr völkerrechtlich durchwirkt wird. Vgl. *J. Kokott* From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – with Special Reference to the German Basic Law, in: Starck (Hrsg.) Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis, 1999, 71, 129ff. D.h. der Monismus mit Völkerrechtsprimat gewinnt, sowohl Dualismus – die Trennung von Völkerrecht und innerstaatlicher Rechtsordnung – als auch der überholte Monismus mit Staatsrechtsprimat verlieren. Zu einer Fortentwicklung des Monismus mit Völkerrechtsprimat *D. Thürer* Völkerrecht und Landesrecht, Thesen zu einer theoretischen Problemumschreibung, SZIER 1999, 217.

<sup>83</sup> *C. Vedder* Diskussionsbeitrag zu den Berichten von Steinberger, Klein und Thürer zum Thema: Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 183.

<sup>84</sup> *P. Saladin* (Fn. 4), 238f.; ähnlich *C. Schreuer* (Fn. 73), 470.

<sup>85</sup> Zur eingeschränkten Bedeutung des Staatenkonsenses *C. Tomuschat* (Fn. 29), 50 sowie zum majoritären Element des Völkergewohnheitsrechts ebd. 325ff.

<sup>86</sup> Anwendung des Mehrheitsprinzips z.B. bei Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften, im Rahmen des Weltwährungsfonds, bei Beschlüssen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen.

Durch die Aufgabe der alleinigen Verantwortung für das geltende Recht wird die Souveränität nicht nur faktisch, sondern auch *rechtlich* beeinträchtigt.

Ein fundamentaler Wandel der Staatlichkeit in Europa, nämlich zum nicht mehr im früheren Sinne souveränen Staat, steht außer Zweifel.<sup>87</sup> Dies war wesentliches ursprüngliches Ziel der Europäischen Einigung: Kriegsvermeidung durch Souveränitätsverlust.<sup>88</sup> Bewusst wurden der Hohen Behörde nach dem Montanvertrag i. d. F. von 1958 ausdrücklich supranationale Befugnisse zuerkannt. Es hat keinen Sinn sich dieser Entwicklung entgegenzustellen.<sup>89</sup> Der souveräne Staat ist kein Selbstzweck,<sup>90</sup> wie extremer Nationalismus das vielleicht einmal annahm. Ebenso wenig sind Europäisierung und Internationalisierung Selbstzwecke.

Im Übrigen könnte und sollte auch eine europäische Verfassung oder ein europäischer Verfassungsvertrag die den Nationalstaaten durch die Globalisierung verloren gegangene Einheitlichkeit nicht wiederherstellen.<sup>91</sup>

Die Entsouveränisierung hat allerdings nur einen Funktionswandel des Staates, nicht dessen Untergang zur Folge.<sup>92</sup> Der ehemals souveräne Nationalstaat wird zum rechtlich und faktisch gebundenen Staat innerhalb

---

<sup>87</sup> Ebenso z. B. *E. Denninger* (Fn. 73), 1126. S. auch *D. Thürer* (Fn. 21), 123; *P. Saladin* (Fn. 4), 217. Ähnlich, aber aufgrund der parallelen innerstaatlichen Strukturveränderungen wies *Ernst Forsthoff* 1971 auf „den kontinuierlichen Abbau aller auf souveräne Eigenständigkeit hindeutenden Strukturen“ hin. *E. Forsthoff* (Fn. 2), 165.

<sup>88</sup> Zur Friedensfunktion der Souveränitätsaufgabe in Westeuropa auch *N. MacCormick* (Fn. 11), 133.

<sup>89</sup> Vgl. auch *M. Nettesheim* Das komunitäre Völkerrecht, JZ 2002, 569, 578.

<sup>90</sup> *D. Grimm* Braucht Europa eine Verfassung?, 1994, 47; s. aber *G. W. F. Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1833, Akademie-Verlag-Berlin 1981, 284: Staat als „Gang Gottes in der Welt“ und 313: „Man muß daher den Staat wie ein Irdisch-Göttliches verehren“. *U. Haltern* Völkerrecht und Liebe, in: Elm (Hrsg.) Politik und Kulturen im Globalisierungsprozess. Eine interdisziplinäre Zusammenführung, 1, 24 unter XX. (2003, im Erscheinen), wonach „das Politische den Bereich letzter Werte und letzter Bedeutungen betrifft“, wobei politische Bedeutungen „keine moralischen Bedeutungen [sind]. Sie sind ihre eigenen letzten Werte.“ *Ders.* Gestalt und Finalität, in: v. Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 803, 845 – auch zur Finalitätsdiskussion der EU, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

<sup>91</sup> Ähnlich *D. Grimm* (Fn. 29), Rn. 101; *N. MacCormick* (Fn. 11), 191 f.; *C. Walter* Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl 2000, 1.

<sup>92</sup> Vgl. *J. A. Camilleri/J. Falk* (Fn. 73), 256: „Though the state will continue to perform important administrative and other functions, the theory of sovereignty will seem strangely out of place ...“.

eines Systems multipler Rechtssetzung und Herrschaftsgewalt.<sup>93</sup> Souveränität ist also weder notwendiges, noch ein unter allen Umständen wünschenswertes Kriterium der Staatsgewalt.<sup>94</sup>

## II. Erfüllung der Staatsaufgaben im offenen Verfassungsstaat

Staatsaufgaben lassen sich aus dem „Wesen“ des Staates und aus der Verfassung ableiten. Letztlich müssen sie zurückführbar sein auf die Bedürfnisse der Einzelnen, für die Staat und Recht bestehen. Herkömmlicherweise gehören zu den wesentlichen Staatsaufgaben<sup>95</sup>: (1.) die Garantie von Freiheit und Sicherheit, (2.) die politische Definition des Gemeinwohls, (3.) Daseinsvorsorge und die Schaffung von Wohlfahrt, (4.) die Identitäts- und Integrationsfunktion und schließlich (5.) die Wahrung des Völkerrechts.<sup>96</sup> Die genannten Staatsaufgaben werden heute weder autonom von den einzelnen Staaten definiert und ausgestaltet, diese müssen sich an die völker- und europarechtlichen Vorgaben halten, noch können die *einzelnen* Staaten die genannten Staatsaufgaben effektiv erfüllen.

### 1. Garantie von Freiheit und Sicherheit

Freiheit und Sicherheit nach innen und außen vermag der einzelne europäische Staat nur noch begrenzt zu garantieren. Man vergegenwärtige sich einmal die Diskrepanz zwischen dem bei Formulieren des Art. 87a Abs. 2 GG im Jahre 1968 noch vor Augen stehenden Konzept der Landesverteidigung<sup>97</sup> und der realen Machtlosigkeit der Bundeswehr im Falle der Landesverteidigung. Sowohl äußere Bedrohungen als auch der

<sup>93</sup> C. Walter (Fn. 91), 12. Mit G. Jellinek Staatslehre (Fn. 11), 486ff., wird also hier von der Trennbarkeit des Staatsmerkmals Staatsgewalt und der Souveränität ausgegangen.

<sup>94</sup> Ebenso N. MacCormick (Fn. 11), 129.

<sup>95</sup> Gemeint sind Aufgaben, die heute existierende, konkrete Staaten zu bewältigen haben. Auf alle Staatsaufgaben und die Intensität ihrer Dringlichkeit im Rahmen verschiedener Ansätze der politischen Philosophie kann hier nicht eingegangen werden. Zu den Staatsaufgaben vgl. C. Link Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1989), 7, 51 ff. LS 5 ff.; G. Ress Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, ebd., 56, 114 ff. LS 13 ff.

<sup>96</sup> Zur Staatszwecklehre H.-C. Link und G. Ress (Fn. 95), 7 und 56; zur nach Auffassung von Ress 1990 noch geringen Rolle des Völkerrechts, 113 f., LS 7.

<sup>97</sup> Vgl. M. Baldus in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Rn. 37 zu Art. 87a Abs. 2.



Kampf gegen im Staat operierende, international organisierte Terroristen erfordert internationale Zusammenarbeit.

Nur der Nationalstaat soll zwar nach teils vertretener Auffassung Opfer und Solidarität, etwa den persönlichen Einsatz im Krieg zur Verteidigung des Vaterlandes, verlangen können.<sup>98</sup> Wenn aber der Nationalstaat zur Schutzgewährung nicht in der Lage ist, leidet konsequenterweise diese Einsatzbereitschaft.

## 2. *Definition des Gemeinwohls*

Einen eigenständigen Rahmen für die Bestimmung des *Gemeinwohls* setzt auch das Völkerrecht,<sup>99</sup> jedenfalls seit Anerkennung zwingender Normen. Innerhalb dieses Rahmens bleibt den einzelnen Staaten aber Konkretisierungsspielraum. Teils sehen Kollegen sogar das Bedürfnis nach Stärkung der Staatsmacht, damit eine wirkungsvolle Selbstbestimmung trotz Globalisierung möglich sei. Der Staat sichere eine politische Definition des Gemeinwohls und damit den Primat des Politischen über Wirtschaft<sup>100</sup> und Kultur.

Das Postulat einer Stärkung des Nationalstaates, um eine politische Bestimmung des Gemeinwohls zu ermöglichen, gilt, sofern die Grundannahme zutrifft, der Nationalstaat sei in der Politik beheimatet, während die Europäischen Gemeinschaften und die WTO von der Wirtschaft herkämen.<sup>101</sup> Menschenrechte und Umweltschutz, nicht ausschließlich Handelsbeziehungen, sind aber Gegenstände supra- und internationaler Politikprozesse. Deshalb ist das Postulat: Stärkung des Nationalstaates zwecks politischer Bestimmung des Gemeinwohls nicht zwingend.

---

<sup>98</sup> Vgl. K. Doehring Die Europäische Union aus der Sicht des Bürgers, ZeuS 2001, 395, 397f.; J. Isensee (Fn. 74), 24 und 30f. Zur „Einforderung letzter Opfer“ durch den Staat s. auch U. Haltern Der europarechtliche Begriff des Politischen, Manuskript der Habilitationsschrift 2003, 73 (2. Kapitel, D, I. Souveränität, bei und um Fußnote 95); ders. Völkerrecht und Liebe (Fn. 90), unter VIII. und XIV.

<sup>99</sup> Vgl. z. B. B. Fassbender Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, EuGRZ 2003, 1.

<sup>100</sup> U. Di Fabio (Fn. 38), 20.

<sup>101</sup> P. Dagoglou Diskussionsbeitrag zum Thema Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 126f.; F. Erler (Fn. 43), 18: Erler sprach 1959 „den so genannten supranationalen Gemeinschaften ... politische Eigenexistenz“ ab. Sie seien echter politischer Grundentscheidung nicht fähig.

### 3. *Daseinsvorsorge und die Schaffung von Wohlfahrt*

Angesichts der Aufgabe der Währungshoheit im Rahmen der Europäischen Union, der Verflechtung der Wirtschaften in der EU und unter dem Regime der Welthandelsorganisation/WTO mindert sich die Fähigkeit des Staates zur *Daseinsvorsorge und Schaffung von Wohlfahrt*. Bei Entwicklungs- und Schwellenländern kommt vielfach die Gestaltungskraft des Weltwährungsfonds im Wege von Auflagen hinzu.

Auch die Staatsaufgabe, die Wohlfahrt der Bürger zu gewährleisten, ist also teilweise internationalisiert, d.h. sie kann von den meisten Staaten nur in Zusammenarbeit mit anderen Staaten und im Rahmen internationaler Organisationen effektiv wahrgenommen werden.

### 4. *Identität, Integration*

Der Staat soll auch *kulturell-soziale Heimstatt* bieten. Er trägt so zur *Identität* des Einzelnen bei.<sup>102</sup> Die Rechts- und Verfassungsordnung integriert darüber hinaus den Einzelnen in die Werteordnung des staatlichen Gemeinwesens.<sup>103</sup>

Ebenso wenig wie die Staatsangehörigkeit jedoch primäre Loyalitätsbeziehung der Bürger und Einwohner eines Staatsgebiets sein dürfte, kommt dem Staat die primäre Funktion bei der Vermittlung von Identität zu. Besonders evident ist das Fehlen staatlicher Identifikations- und Integrationsfunktionen bei vielen künstlich geschaffenen afrikanischen Staaten.<sup>104</sup> Doch auch im europäischen und amerikanischen Kontext gilt: „Die Bewohner territorialer Einheiten sind ... in vielfachen Loyalitätsbeziehungen, so etwa kirchlicher, dörflicher oder ethnischer Art, eingebunden. Multiple Zugehörigkeitsbindungen sind die Regel, was auch eine europäische neben einer nationalen Identität zulässt.<sup>105</sup> Umgekehrt ver-

<sup>102</sup> Vgl. S. Hobe (Fn. 39), 405 ff.

<sup>103</sup> P. Saladin (Fn. 4), 189 ff.

<sup>104</sup> Vgl. R. Knieper Nationale Souveränität, Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung, 1991, 162.

<sup>105</sup> Konkreter S. Hobe (Fn. 39), 408; J. Pernice (Fn. 49), 176 ff. und 191, LS 16. AA *Haltern*: Nur im Nationalstaat, nicht in der Gemeinschaft, sei die für wichtig gehaltene „Sinnbefriedigung durch Transubstantiation“ möglich, in der Gemeinschaft bleibe der Mensch entwurzelter wesensmäßig Fremder. Vgl. U. Haltern Begriff des Politischen (Fn. 98), 474 (8. Kapitel, C V a.E.); ders. Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination, EJIL 2003, 14, 18; ders. Völkerrecht und Liebe (Fn. 90), 17 unter XIV: „Der Staat, nicht die internationale Gemeinschaft, ist das erotische Liebesprojekt. Gerade die Abwesenheit einer erotischen Fundierung transnationaler Gemeinschaft erklärt das geringe Identitätspotential des Völkerrechts für den Bürger.“

mitteln auch substaatliche Regionen Bindung, Identität und Heimatgefühl<sup>106</sup> – der Staat als System von miteinander verwobenen Gemeinschaften.<sup>107</sup> Auch ein im überkommenen Sinne nicht mehr souveräner Staat vermittelt immer noch Bindungen.

Weder vermag also der Nationalstaat fehlende Zugehörigkeit und Integration stets zuverlässig zu gewährleisten, noch ist der Einzelne ohne einen starken Nationalstaat notwendigerweise wurzellos, bindungslos und isoliert. Wie noch nie hat der Einzelne heute die Chance einer *selbst bestimmten Identität*, worunter Gemeinschaftswerte nicht leiden müssen.<sup>108</sup>

##### 5. *Organ der Völkergemeinschaft*

Wenngleich „das große und kurze Zeitalter der territorial geschlossenen Verfassungsstaaten zu Ende“<sup>109</sup> ist, bleiben die offenen Nationalstaaten die entscheidenden Zurechnungspunkte des wichtiger werdenden Völkerrechts.<sup>110</sup>

Es geht jetzt im Wesentlichen darum, zu bestimmen, welche Aufgaben von ihrem Gehalt her auf substaatlicher, staatlicher oder supranationaler Ebene zu verrichten sind. *Pernice* spricht von einem „Mehrebenensystem öffentlicher Gewalt mit jeweils sachbezogenen begrenzten Kompetenzbereichen zur arbeitsteiligen Erfüllung der jeweils anvertrauten öffentlichen Aufgaben“.<sup>111</sup> Zweifelhaft ist dabei, ob es überhaupt noch Staatsaufgaben, die von ihrem Wesen her auf die nationale Ebene gehören, gibt.<sup>112</sup>

---

Zu einem ähnlichen romantisch-nationalen Ansatz bei *Kaufmann* vgl. *M. Koskenniemi* (Fn. 9), 252 ff.

<sup>106</sup> Vgl. *R. Knieper* (Fn. 104), 162. Es bedarf allerdings einer besonderen Anstrengung der Theorie von der öffentlichen Gewalt, all diese Beziehungen unter den Gesichtspunkten demokratischer Teilhabe und Verantwortlichkeit (responsible government) zu verstehen und zu lenken. Vgl. *J. A. Camilleri/J. Falk* (Fn. 73), 25.

<sup>107</sup> *S. Hobe* (Fn. 39), 407. S. auch *J. A. Camilleri/J. Falk* (Fn. 73), 251.

<sup>108</sup> Vgl. *T. Franck* (Fn. 17), 382f.; s. auch das Plädoyer für doppelte Loyalitäten bei *J. Weiler* *The State „über alles“*, *Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, FS Everling, Bd. 2, 1995, 1651, 1687f.

<sup>109</sup> *U. Di Fabio* (Fn. 38), 50.

<sup>110</sup> *U. Di Fabio* (Fn. 38), 33; *C. Tietje* *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, DVBl 2003, 1081.

<sup>111</sup> Vgl. *J. Pernice* in: *Dreier* (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 2, 1998, Rn. 21 zu Art. 24; zum ursprünglich aus der Politikwissenschaft stammenden Konzept des Mehrebenensystems z.B. auch *R. Wahl* *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, 426ff.

<sup>112</sup> Das wäre nur der Fall, wenn es zwingende Grenzen der Übertragung von Hoheitsgewalt gäbe. Aber selbst staatliche Grundrechte können von supra- oder internationalen

Supra- und internationalisierte Aufgaben verrichten die Staaten „zur gesamten Hand“ im Rahmen von internationalen Organisationen. Ohne fortbestehende und aktive Staaten können internationale Organisationen in ihrer gegenwärtigen Form gar nicht bestehen. Zudem fehlt es dem Völkerrecht an Vollzugsorganen. Nicht nur im europäischen Gemeinschaftsrecht, sondern auch im Völkerrecht gewinnt also die Vollzugsfunktion der Staaten ständig an Gewicht.

Die Erfüllung vieler Staatsaufgaben wird in Europa supra- und internationalisiert.<sup>113</sup> Während insoweit der Einfluss einzelner Staaten schwindet, wird die Funktion des Staates als *Mitgestalter* und Vollzugsinstrument supra- und internationalen Rechts ständig wichtiger. Ob dies einen Zuwachs „... staatlicher Handlungsmittel bedeutet“,<sup>114</sup> mag dahin stehen, jedenfalls handelt es sich um eine tief greifende Modifikation der Staatsaufgaben.

### III. Postnationale Demokratie?<sup>115</sup>

Europäisierung und Internationalisierung mindern die Bedeutung der nationalen Parlamente.<sup>116</sup> Diese Entparlamentarisierung erfolgt nicht nur zugunsten von Regierung und Ministerialbürokratie (Exekutive), sondern auch zugunsten nationaler und internationaler Gerichte.<sup>117</sup> Europäisierung und Internationalisierung gefährden damit die *parlamentarische Demokratie innerhalb der Nationalstaaten*. In den Staaten und auf internationaler Ebene sind deshalb alle Möglichkeiten der Entschärfung der demokratischen Frage auszuschöpfen. Im folgenden konzentriere ich mich auf die internationale Ebene.

Wird es aber „den Ideen der Demokratie und des Rechtsstaats gelingen ..., das nationalstaatliche Gehäuse zu sprengen und sich in den nicht-

---

Grundrechten verdrängt werden. Vgl. *P. Saladin* (Fn. 4), 38ff.; *S. Hobe* (Fn. 39), 130; staatspezifische Aufgaben ablehnend *A. Peters* *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, 764.

<sup>113</sup> Ähnlich *R. Wähl* *Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates*, *Der Staat* 2001, 45; vgl. auch *P. Kirchhof* (Fn. 8), 646ff.

<sup>114</sup> So *J. Isensee* (Fn. 74), 7; ähnlich *P. Kirchhof* (Fn. 8), 649.

<sup>115</sup> Zum Begriff „postnational“ *I. Pernice* (Fn. 49), 148, 154ff. mit Nachweisen.

<sup>116</sup> Vgl. auch *H. Steinberger* *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, *VVDStRL* 50 (1991), 9, 39ff.

<sup>117</sup> Dazu *M. Jestaedt* *Verfassungsgerichtspositivismus, Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*, *FS Isensee*, 2002, 183.

staatlichen und nicht nationalen Erscheinungsformen öffentlicher Gewalt zu verwirklichen?“<sup>118</sup>

### 1. Demokratiegebot

Oder sind der Staat, Souveränität und Demokratie untrennbar verbunden, so dass der Abschied vom souveränen Staat auch eine Aufgabe der demokratischen Regierungsform implizieren würde?<sup>119</sup> Dies wäre schon deshalb problematisch, weil Demokratie sich zur staats- und völkerrechtlich gebotenen Staatsform entwickelt. Moderne Verfassungstexte konvergieren, indem sie Grundrechte, Gewaltenteilung, Demokratie und Völkerrechtsfreundlichkeit vorsehen.<sup>120</sup> Nach der modernen Völkerrechtslehre ist das Demokratiegebot (zumindest) eine Völkerrechtsnorm in statu nascendi.<sup>121</sup>

### 2. Demokratiebegriff

„Demokratie bedeutet staatliche Herrschaft durch das Volk.“<sup>122</sup> *Paul Kirchhof* präzisiert: „Wie jede Demokratie in einem vorgefundenen Staatsvolk ruht, so setzt das Entstehen und die Geltungskraft von Recht den Staat schon voraus.“<sup>123</sup> Ist aber das amerikanische Staatsvolk in diesem Sinne „vorgefunden“?<sup>124</sup> Und setzt die Geltung von Naturrecht, Gewohnheitsrecht, common law, notwendigerweise den Staat voraus?

Innerhalb des Nationalstaates ist Demokratie in erster Linie Herrschaft durch die Gesamtheit der Staatsbürger; im Grundsatz bedeutet Demo-

<sup>118</sup> *P. Badura* Mitbericht zum Thema Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, *VVDStRL* 23 (1966), 34, 38.

<sup>119</sup> In diese Richtung wohl *S. Oeter* (Fn. 63), 259.

<sup>120</sup> *J. Kokott* (Fn. 82), 71.

<sup>121</sup> *T. Franck* The Emerging Right to Democratic Governance, *AJIL* 1992, 46; *C. Tomuschat* (Fn. 29), 67f.; *M. Hilf* Ein europäisches Grundrecht auf Demokratie?, FS Eitel, 2003, 745.

<sup>122</sup> *J. Isensee* Abschied der Demokratie vom Demos, Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung, FS Mikat, 1989, 705.

<sup>123</sup> *P. Kirchhof* (Fn. 10), 951.

<sup>124</sup> Differenziert *H. Steinberger* (Fn. 116), 23: Volkssouveränität und Selbstbestimmung setzen „nicht schlechthin voraus, daß die Einzelnen sich schon zuvor als Volk oder als Nation konstituiert haben müßten. Das Beispiel der amerikanischen Verfassungsgebung kann durchaus belegen, daß sich ein neuer selbständiger *pouvoir constituant* auch erst im Akt der Verfassungsgebung selbst begründen kann.“

kratie Herrschaft durch die Betroffenen.<sup>125</sup> Das wird allerdings nur in Ausnahmefällen erheblich.

### 3. *Weltstaat, Europastaat*

Demokratie als Herrschaft durch die Staatsbürger aber kann nur in staatlichem Rahmen funktionieren. Ein staatsbürgerbezogenes Demokratieverständnis hilft folglich im Hinblick auf die Probleme der Europäisierung und Internationalisierung nur dann weiter, wenn man den Europa- oder gar Weltstaat<sup>126</sup> anstrebt. Ein „Europastaat“<sup>127</sup> wäre jedoch ebenfalls den Einflüssen und Wandlungen aufgrund der Globalisierung ausgesetzt, wie sie für die Staaten aufgezeigt wurden. „Wir stehen am Ende des neuzeitlichen Staatsparadigmas, und sollten die Europäische Integration nicht auf dieses so geradlinig scheinendes, aber wenig Zukunft verheißendes Gleis setzen.“<sup>128</sup> Also werde ich nicht auf den „Europastaat“ eingehen, sondern lediglich das Konzept eines Weltstaates streifen. Aber scheidet ein Konzept eines demokratischen Weltstaates nicht schon an der Größe?

*Plato* nahm an, dass bei 5040 Haushaltsvorständen die quantitative Grenze demokratischer Regierungsform liege; *Sokrates* ging davon aus, Demokratie sei durch die Reichweite der nicht künstlich verstärkten menschlichen Stimme territorial begrenzt.<sup>129</sup> In Schweizer Landsgemeinden ist noch die direkte Demokratie lebendig. Wird derartiges Idyll „inskünftig“ abgelöst durch eine virtuelle Demokratie mit Weltparlament, da immer mehr Fragen global zu lösen, die Bürger jedoch an der Entscheidungsfindung zu beteiligen sind? Wäre so ein demokratischer Weltstaat denkbar und wünschenswert?

<sup>125</sup> BVerfGE 83, 37, 52: „im Ausgangspunkt zutreffend“. Dagegen *J. Isensee* (Fn. 122), 729f. Ein Ausländerwahlrecht ergibt sich nicht notwendigerweise aus der Konzeption der Demokratie als Herrschaft der Betroffenen. Aber das wahlberechtigte Staatsvolk darf nicht willkürlich bestimmt werden.

<sup>126</sup> Dazu *H. Steiger* Brauchen wir eine Weltrepublik?, Zugleich Besprechung von *Otfried Höffe* Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, Der Staat 2003, 249.

<sup>127</sup> So die Terminologie von *J. Isensee* Integrationsziel Europastaat?, FS Everling, Bd. 1, 1995, 567.

<sup>128</sup> *U. Di Fabio* (Fn. 38), 31; ähnlich schon *H. Bülck* Diskussionsbeitrag zum Thema Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 120.

<sup>129</sup> *Aristoteles* Politik, Siebentes Buch, Viertes Kapitel, Übersetzung von *E. Rolfes*, 1981, 245ff. Auch *Isensee* betont, dass die Demokratie idealerweise kleinräumig, innerhalb eines weitgehend autonomen Staatsgebildes zu verwirklichen ist. *J. Isensee* (Fn. 74), 17f.

Leisner führt aus: „Der Entwicklungszug heutiger Demokratie geht nicht mehr zum ‚großen Volk‘, zur einen unteilbaren Nation der französischen Revolution. Als deutliches Ziel erscheint immer mehr die kleine völkische Einheit, als Gemeinschaft selbst in großen Nationen lebendig – in ihrer Autonomie ... In solchen Formen der Mikro-Demokratie findet heute die Volksherrschaft ihre Stärke, ihre tiefste Legitimation.“<sup>130</sup> Lebendige Demokratie gedeiht besser in kleinen, überschaubaren Einheiten.<sup>131</sup> Kleinere Einheiten fördern die „corporate identity“, die Europäische Union hat Mühe, den Eindruck der Bürgernähe zu vermitteln.<sup>132</sup>

Circa zwei Jahrtausende ging man im Anschluss an die griechische Polis davon aus, Demokratie funktioniere am besten in kleinen Stadtstaaten; circa zwei Jahrhunderte herrscht nun das staatszentrierte Demokratieverständnis vor. Aber weder sind alle öffentlichen Aufgaben kleinräumig, noch auf Ebene des Nationalstaats erfüllbar. Von daher gibt es keine Idealgröße für politische Gemeinwesen.<sup>133</sup> Das Selbstbestimmungs- und Demokratiegebot spricht für kleine politische Gemeinwesen, nicht zwingend für den Nationalstaat. Die Art der Aufgabe kann hingegen eine transnationale Regelung gebieten.

#### 4. *Elemente postnationaler guter Herrschaft („good governance“)*

##### a) *Subsidiaritätsprinzip*

Die international anerkannten Prinzipien der Selbstbestimmung und Demokratie gebieten die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes auch auf internationaler Ebene.<sup>134</sup> Nur die eine supranationale oder internationale Lösung wirklich erfordernden Probleme dürfen also supra- oder international geregelt werden. Das Subsidiaritätsprinzip steht demokratiefeindlicher, unnötiger Zentralisierung sowohl zugunsten supranationaler Organisationen als auch zugunsten des Nationalstaates entgegen. Es ist also eine Anpassung demokratischer Konzepte und Institutionen an die Gegebenheit erforderlich, dass unterschiedliche Probleme optimal durch Einheiten unterschiedlicher Größe gelöst werden können, substaatlich, staatlich, supra- oder international.<sup>135</sup> Die meisten Staaten werden sich in

---

<sup>130</sup> W. Leisner *Der unsichtbare Staat, Machtabbau oder Machtverschleierung*, 1994, 267.

<sup>131</sup> Vgl. R. Dahl/E. Tufte *Size and Democracy*, 1973, 2f.

<sup>132</sup> K. Doehring (Fn. 98), 395; U. Haltern *Pathos and Patina* (Fn. 105), 18.

<sup>133</sup> R. Dahl/E. Tufte (Fn. 131), 135; ähnlich A. Peters (Fn. 112), 779.

<sup>134</sup> P. Carozza *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, AJIL 2003, 38.

<sup>135</sup> R. Dahl/E. Tufte (Fn. 131), 135.

beide Richtungen zu bewegen haben:<sup>136</sup> Stärkung regionaler Untergliederungen einerseits und Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die Europäische Gemeinschaft und auf internationale Organisationen andererseits. Entsprechend geht die vertiefte europäische Integration in Italien und Frankreich gegenwärtig mit einer weitgehenden Dezentralisierung dieser Staaten einher. Insofern beinhaltet die Entsouveränisierung auch eine Chance für Bürgernähe, Volkssouveränität und Demokratie.<sup>137</sup>

#### b) Demokratische Prinzipien

Die Entwicklung dahingehend, dass wesentliche Entscheidungen auf universeller Ebene gefällt werden, ist nicht aufzuhalten. Darauf zu pochen, dass Demokratie notwendig den Staat voraussetze, kann in diesem Zusammenhang kontraproduktiv sein.

Staats- und Völkerrechtswissenschaft müssen sowohl an der richtigen Verteilung der Aufgaben auf die verschiedenen Ebenen<sup>138</sup> als auch an der (möglichst) demokratischen Gestaltung supranationaler Entscheidungsprozesse arbeiten.<sup>139</sup> Richtig führte *Peter Badura* bereits auf der Staatsrechtslehrertagung 1964 aus: „In dem Maße, wie die Ausübung öffentlicher Gewalt internationalisiert wird, nicht staatliche und nicht nationale Herrschaft an Raum gewinnt, internationalisiert sich auch die Verfassungsentwicklung und müssen die Ideen von Demokratie und Rechtsstaat ihren staatlichen und nationalen Entstehungsgrund überschreiten.“<sup>140</sup>

Demokratie jenseits des Staates wurde bislang in erster Linie hinsichtlich der Europäischen Gemeinschaften wissenschaftlich thematisiert. Die vorherrschende Auffassung kommt im Maastricht-Urteil zum Ausdruck: Die demokratische Legitimation der Europäischen Union erfolge zuvörderst „durch die Rückkoppelung ... an die Parlamente der Mitgliedstaaten“; hinzu tritt aber „im Maße des Zusammenwachsens der europäischen Nationen zunehmend ... die Vermittlung demokratischer Legitimation durch das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament.“<sup>141</sup>

<sup>136</sup> *R. Dahl/E. Tufte* (Fn. 131), 136.

<sup>137</sup> *N. MacCormick* (Fn. 11), 135.

<sup>138</sup> Vgl. auch *S. Hobe* (Fn. 39), 448: „Tendenz zur aufgabenorientierten Erledigung auf der adäquaten Ebene“.

<sup>139</sup> Vgl. auch *C. Tomuschat* How the Classical Concept of Sovereignty has Evolved, FS Dimitrijevic, 2003, 21, 349.

<sup>140</sup> *P. Badura* (Fn. 118), 34, 38.

<sup>141</sup> BVerfGE 89, 155.



Der parlamentszentrierte Ansatz ist im Rahmen der Europäischen Union wichtig. Im Rahmen der Internationalisierung ist er jedoch allenfalls beschränkt tauglich, da kein Weltstaat mit Weltparlament in Aussicht steht.<sup>142</sup>

c) *Kein internationaler Parlamentarismus*

Folglich „... muss man den zwar vertrauten, aber wenig erfolgversprechenden Weg der Parlamentszentriertheit verlassen“ und einen Blick auf die maßgebenden „Entscheidungs- und Organisationsstrukturen werfen und sie auf die ihnen innewohnenden Legitimationspotentiale hin untersuchen; denn legitimationsvermittelnd wirken nicht nur Parlamentsakte, sondern z.B. auch Verfahren der öffentlichen Meinungsbildung, die durch Offenheits- und Transparenzregeln abgesichert werden ...“.<sup>143</sup> „Nur unter Inanspruchnahme aller Formen und Möglichkeiten demokratischer Legitimierung (*nicht nur der parlamentarischen*) kann unter den faktischen Gegebenheiten der Macht ... der demokratische Grundsatz optimal realisiert werden, dass alle öffentliche Gewalt ‚vom Volk‘ ausgeht“.<sup>144</sup>

d) *Optimierungsgebot, Transparenz, responsible government*

Dies führt zum Postulat von *Peter Huber*, wonach supra- und internationale Demokratie vor allem strukturadäquat sein muss. Das europarechtliche und das internationale Demokratiegebot enthält ein Optimierungsgebot, das auf Ausschöpfung der Partizipationsmöglichkeiten auf allen Ebenen zielt.<sup>145</sup> Besondere Bedeutung kommt im Mehrebenensystem der Klarheit und Transparenz der Verantwortlichkeiten zu. Hinsichtlich der Verantwortlichkeiten darf es keine (vorgeschobenen) negativen Kompetenzkonflikte geben. Jede Ebene muss zu ihrer „ganze[n] harte[n]

---

<sup>142</sup> Vielleicht war von manchen die Generalversammlung der Vereinten Nationen als eine solche Institution gedacht. S. auch *C. Tomuschat* (Fn. 29), 67: „the world parliamentary body“. Die Generalversammlung ist jedoch demokratisch untauglich, da sie aus weisungsgebundenen Regierungsvertretern besteht und zumal noch nicht einmal alle dort vertretenen Staaten demokratisch sind.

<sup>143</sup> *G. Schuppert* (Fn. 5), 72; vgl. auch *D. Grimm* Does Europe Need a Constitution?, *European Law Journal* 1995, 282, 293 ff.

<sup>144</sup> *J. Kaiser* (Fn. 80), 33; s. auch *P. Badura* (Fn. 118), 34, 38.

<sup>145</sup> *P. Huber* Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: *Drexel u.a.* (Hrsg.) *Europäische Demokratie*, 1999, 29 ff., 55, zit. nach *G. Schuppert* (Fn. 5), 74.

Verantwortung“ stehen; wider die diffuse, unsichtbare Herrschaftsausübung, ins demokratische Licht der Öffentlichkeit.<sup>146</sup>

Subsidiaritäts- und Transparenzgebot sind je nach Konstellation durch direktdemokratische Entscheidungsverfahren und Klagemöglichkeiten der Einzelnen<sup>147</sup> zu ergänzen.<sup>148</sup> Zu beachten ist schließlich noch, dass Legitimation nicht ausschließlich verfahrensfokussiert zu betrachten ist<sup>149</sup> (input-Legitimation); auch ein gutes, allgemein akzeptiertes Resultat, etwa expertengeleitete Normsetzung in Übereinstimmung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen [Modell der International Law Commission/ILC und des American Law Institute/ALI] ist legitim (output-Legitimation). Dies sind zumindest Ansätze zur Entschärfung des Demokratieproblems auf internationaler Ebene.

#### IV. Konvergenz von Staats- und Völkerrecht,<sup>150</sup> Folgen für die Staatsrechtslehre

Im Völkerrecht ist nicht mehr die Frage nach der Souveränität entscheidend, sondern die Frage, wem, in welchem Ausmaße und unter welchen Umständen (partielle) Völkerrechtssubjektivität zukommt.<sup>151</sup> Das Völkerrecht nimmt mehr und mehr den Charakter eines Rechts an, welches nicht durch seinen zwischenstaatlichen Charakter, sondern dadurch gekennzeichnet ist, dass es unabhängig von seinen Quellen und seinen Adressaten auf staatsübergreifende Ordnung abzielt.<sup>152</sup>

<sup>146</sup> *W. Leisner* (Fn. 130); *B. Bauer* Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie, Zur Rolle internationaler Organisationen im weltweiten Demokratisierungsprozess, 1998, 261; *E. Schmidt-Aßmann* Bericht über die Diskussion der Referate und die Podiumsdiskussion, in: Heyde/Schaber (Hrsg.) Demokratisches Regieren in Europa? Zur Legitimation einer europäischen Rechtsordnung, 2000, 65, 74.

<sup>147</sup> Auf internationaler Ebene z.B. die Beschwerdemöglichkeiten der Einzelnen gegen umwelt- und menschenrechtsrelevante Weltbankprojekte vor dem „inspection panel“.

<sup>148</sup> *G. Lübbe-Wolff* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246, 289, LS 9.

<sup>149</sup> Vgl. auch *H. Kelsen* Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Neudruck der 2. Aufl. 1929, 1981, 98; *A. Jyränki* Transferring Powers of a Nation-State to International Organizations: The Doctrine of Sovereignty Revisited, in: ders. (Hrsg.) National Constitutions in the Era of Integration, 1998, 61, 81.

<sup>150</sup> Vgl. bereits 1964 *H. Bülck* (Fn. 128), 120; *B.-O. Bryde* Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 2003, 61; s. auch *P. Häberle* Diskussionsbeitrag zum Thema: Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 156, 157.

<sup>151</sup> Ähnlich aus historischer Perspektive *M. Koskeniemi* (Fn. 9), 172.

<sup>152</sup> *A.-M. Slaughter* (Fn. 9), 516.

Der Gegenstand des Staatsrechts muss sich verlagern, weg vom souveränen Staat, hin zur einer Analyse der öffentlichen Gewalt. Der monistischen Herleitung allen Rechts aus der einen staatlichen Geltungsquelle steht die wachsende Vielzahl produktiver und nicht immer koordinierter Rechtssetzungsinstanzen entgegen, die das internationale Recht, aber auch private Körperschaften erzeugen.<sup>153</sup> Das klassische Staats- und Verfassungsrecht muss sich auf diese neue Realität einstellen, nicht nur um den Anschluss zu wahren, sondern auch um die verfassungsrechtlichen Bindungen und Sicherungen, auf die die Bürger vertrauen, angemessen und systematisch zur Geltung zu bringen.<sup>154</sup>

Die weitgehende Europäisierung und Internationalisierung des Staates muss mit anderen Worten unweigerlich zu einer weiteren Europäisierung und Internationalisierung der Staatsrechtslehre führen, das sollte auch Folgen für das Pflichtfachprogramm an den Universitäten haben.<sup>155</sup> Staatsrechtslehre ohne Völkerrecht ist unvollständig, da Völker- und Europarecht den Rahmen für die insoweit nicht mehr ursprünglichen Verfassungsordnungen geben.<sup>156</sup>

Die Staatsrechtslehre verliert dadurch nicht, im Gegenteil. Angesichts der Diversität der Rechtsquellen erwächst neuer Spielraum für die Judikative, aber auch für die Wissenschaft. Diversität der Rechtsquellen sowie geringere Regelungsdichte des Völkerrechts führen im Rahmen der Internationalisierung zu einer Relativierung des Positivismus.<sup>157</sup> Das Recht muss selbst intensiver über Gerechtigkeit nachdenken, seine Legitimationsvoraussetzungen in der Gesellschaft ständig reproduzieren und nicht beides nur dem Gesetzgeber überlassen.<sup>158</sup>

## V. Conclusio

Ich habe versucht, die Realitäten einzufangen, ein Versuch, der sicherlich bei allem Bemühen um Objektivität auch subjektiv geprägt ist. Nie-

---

<sup>153</sup> C. Möllers (Fn. 7), 421 f.

<sup>154</sup> U. Di Fabio (Fn. 38), 128.

<sup>155</sup> S. auch P. Häberle (Fn. 150), 157; ders. Der europäische Jurist, Abschiedsvorlesung an der Universität St. Gallen, gehalten am 28. Juni 2001, 2002.

<sup>156</sup> Vgl. J. Bridge The United Kingdom Constitution: Autochthonous or European?, FS Fleiner, 2003, 293 ff.

<sup>157</sup> Vgl. J. Kokott (Fn. 60), 3; zu naturrechtlichen Vorstellungen s. auch B. Fassbender (Fn. 99), 12; N. Politis (Fn. 61), 49 ff.

<sup>158</sup> U. Di Fabio (Fn. 3), 148 f., 128; vgl. auch C. Möllers/A. Voßkuhle Die Deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der Internationalisierten Wissenschaften, Der Staat 2003, 321.

mandem ist es verwehrt zu versuchen, die Rückkehr zu einem mehr souveränitätsgebundenen Staats- und Völkerrecht anzustreben. Doch das ist eine rechtspolitische Entscheidung.

Maßstab für Staats-, Europa- und Völkerrecht ist der selbstbestimmte und doch gemeinschaftsgebundene Mensch,<sup>159</sup> nicht der Staat. Folglich sind die dargestellten Veränderungen und Tendenzen aus der Perspektive des Einzelnen zu werten.

Zwar kann der Staat dem Bürger in einer globalisierten Welt weniger als früher Schutz und Wohlfahrt garantieren. Aber der Einzelne ist nicht notwendig der Verlierer im Prozess der Denationalisierung, nur muss die Schutzfunktion verlagert werden.

Der Bürger ist weniger auf seinen eigenen Heimatstaat angewiesen, er ist freier. Er kann sich selbst an internationale Instanzen zum Schutz der Menschenrechte oder auch seiner Auslandsinvestitionen wenden. Staatsgrenzen verlieren ihre hemmende Wirkung und erlauben mehr Mobilität. Weiter werden in einem durch Wegfall der Grenzen und Vermischung der Bevölkerung zusammenwachsenden Europa Kriege unwahrscheinlich. In alledem liegt ein Freiheits- und Sicherheitsgewinn, der allerdings nur durch Verfestigung und Durchsetzbarkeit des internationalen Rechts verbürgt werden kann. Deshalb möchte ich meinen Vortrag trotz des Unterganges des im alten Sinne souveränen Staates optimistisch beschließen.

---

<sup>159</sup> Ähnlich schon *N. Politis* (Fn. 61), 69ff.; dazu *M. Koskenniemi*, (Fn. 9), 306 und allgemeiner 52, 177f.; *H. Kelsen* (Fn. 77), 128 und 143; s. auch *P. Kirchhof* (Fn. 8), 648; *R.-U. Kunze* Reconsidered: „Der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da.“ *Der Parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes*, *Der Staat* 2003, 383, 394f. Kritisch *U. Haltern* *Völkerrecht und Liebe* (Fn. 90). AA *G. W. F. Hegel* (Fn. 90), 278: Indem der Staat „objektiver Geist ist, so hat das Individuum selbst nur Objektivität, Wahrheit und Sittlichkeit, als es ein Glied desselben ist.“ Dazu *W. Pauly*, *Hegel und die Frage nach dem Staat*, *Der Staat* 2000, 381.

*Leitsätze der 1. Berichterstatterin über:*

## **Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung**

### *I. Veränderungen des (europäischen) Staates*

*1. Europäisierung und Internationalisierung beeinträchtigen die traditionellen drei Staatsmerkmale: Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt tief greifend.*

*2. Der Bedeutungsverlust der Staatsangehörigkeit und fehlende Schutzfähigkeit des einzelnen Staates vermindern die Schutz- und Loyalitätsbeziehung zwischen Staat und Staatsbürger vor allem in Europa.*

*3. Das Staatsgebiet als abgegrenzter und ausschließlicher Geltungsbereich einer bestimmten Herrschaftsordnung gehört der Vergangenheit an.*

*4. Durch die Aufgabe der alleinigen Verantwortung für das geltende Recht wird die Souveränität nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich beeinträchtigt.*

*5. Ein fundamentaler Wandel der Staatlichkeit in Europa, nämlich zum nicht souveränen Staat, steht außer Zweifel.*

*6. Der souveräne Staat ist kein Selbstzweck, wie extremer Nationalismus das vielleicht einmal annahm. Ebenso wenig sind Europäisierung und Internationalisierung Selbstzwecke.*

*7. Auch eine europäische Verfassung oder ein europäischer Verfassungsvertrag könnte und sollte die den Nationalstaaten durch die Globalisierung verloren gegangene Einheitlichkeit nicht wiederherstellen.*

*8. Die Entsouveränisierung hat nur einen Funktionswechsel des Staates, nicht dessen Untergang zur Folge. Der ehemals souveräne Nationalstaat wird zum rechtlich und faktisch gebundenen Staat innerhalb eines Systems multipler Rechtssetzung und Herrschaftsgewalt.*

### *II. Erfüllung der Staatsaufgaben im offenen Verfassungsstaat*

*9. Staatsaufgaben lassen sich aus dem „Wesen“ des Staates und aus der Verfassung ableiten. Letztlich müssen sie zurückführbar sein auf die Bedürfnisse der Einzelnen, für die Staat und Recht bestehen.*

10. *Herkömmlicherweise gehören zu den wesentlichen Staatsaufgaben: (1.) die Garantie von Freiheit und Sicherheit, (2.) die politische Definition des Gemeinwohls, (3.) Daseinsvorsorge und die Schaffung von Wohlfahrt (4.), die Identitäts- und Integrationsfunktion und schließlich (5.) die Wahrung des Völkerrechts.*

11. *Die genannten Staatsaufgaben werden heute weder autonom von den einzelnen Staaten definiert und ausgestaltet, diese müssen sich an völker- und europarechtliche Vorgaben halten; noch können die einzelnen Staaten die genannten Staatsaufgaben effektiv erfüllen.*

12. *Nur der Nationalstaat soll Opfer und Solidarität, etwa den persönlichen Einsatz im Krieg zur Verteidigung des Vaterlandes, verlangen können. Wenn aber der Nationalstaat zur Schutzgewährung nicht in der Lage ist, leidet konsequenterweise diese Einsatzbereitschaft.*

13. *Weder vermag der Nationalstaat fehlende Zugehörigkeit und Integration stets zuverlässig zu gewährleisten, noch ist der Einzelne ohne einen starken Nationalstaat notwendigerweise wurzellos, bindungslos und isoliert. Wie noch nie hat der Einzelne heute die Chance einer selbst bestimmten Identität, worunter Gemeinschaftswerte nicht leiden müssen.*

14. *Die Erfüllung vieler Staatsaufgaben wird in Europa supra- und internationalisiert. Während insoweit der Einfluss einzelner Staaten schwindet, wird die Funktion des Staates als Mitgestalter und Vollzugsinstrument supra- und internationalen Rechts ständig wichtiger.*

### III. Postnationale Demokratie?

15. *Europäisierung und Internationalisierung mindern die Bedeutung der nationalen Parlamente. Diese Entparlamentarisierung erfolgt nicht nur zugunsten von Regierung und Ministerialbürokratie (Exekutive), sondern auch zugunsten der nationalen und internationalen Gerichtsbarkeit. Europäisierung und Internationalisierung gefährden damit die parlamentarische Demokratie innerhalb der Nationalstaaten.*

16. *Das Demokratiegebot ist (zumindest) eine Völkerrechtsnorm in statu nascendi.*

17. *Innerhalb des Nationalstaates ist Demokratie in erster Linie Herrschaft durch die Gesamtheit der Staatsbürger; im Grundsatz bedeutet Demokratie Herrschaft durch die Betroffenen.*

18. *Die international anerkannten Prinzipien der Selbstbestimmung und Demokratie gebieten die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes auch auf internationaler Ebene.*

19. *Die meisten Staaten werden sich in beide Richtungen zu bewegen haben: Stärkung regionaler Untergliederungen einerseits und Übertragung*

*von Hoheitsbefugnissen auf die Europäische Gemeinschaft und auf internationale Organisationen andererseits. Insofern beinhaltet die Entsouveränisierung auch eine Chance für Bürgernähe, Volkssouveränität und Demokratie.*

20. *Staats- und Völkerrechtswissenschaft müssen sowohl an der richtigen Verteilung der Aufgaben auf die verschiedenen Ebenen als auch an der (möglichst) demokratischen Gestaltung supranationaler Entscheidungsprozesse arbeiten.*

21. *Der parlamentszentrierte Ansatz ist im Rahmen der Europäischen Union wichtig. Im Rahmen der Internationalisierung ist er jedoch allenfalls beschränkt tauglich, da kein Weltstaat mit Weltparlament in Aussicht steht.*

22. *Das europarechtliche und das internationale Demokratiegebot enthält ein Optimierungsgebot, das auf Ausschöpfung der Partizipationsmöglichkeiten auf allen Ebenen zielt.*

23. *Besondere Bedeutung kommt im Mehrebenensystem der Klarheit und Transparenz der Verantwortlichkeiten zu. Jede Ebene muss zu ihrer ganzen, harten Verantwortung stehen. Hinsichtlich der Verantwortlichkeiten darf es keine (vorgeschobenen) negativen Kompetenzkonflikte geben.*

#### *IV. Konvergenz von Staats- und Völkerrecht, Folgen für die Staatsrechtslehre*

24. *Im Völkerrecht ist nicht mehr die Frage nach der Souveränität entscheidend, sondern die Frage, wem, in welchem Ausmaße und unter welchen Umständen (partielle) Völkerrechtssubjektivität zukommt. Das Völkerrecht nimmt mehr und mehr den Charakter eines Rechts an, welches nicht durch seinen zwischenstaatlichen Charakter, sondern dadurch gekennzeichnet ist, dass es unabhängig von seinen Quellen und seinen Adressaten auf staatsübergreifende Ordnung abzielt.*

25. *Der Gegenstand des Staatsrechts muss sich verlagern, weg vom souveränen Staat, hin zur Analyse der öffentlichen Gewalt. Der monistischen Herleitung allen Rechts aus der einen staatlichen Geltungsquelle steht die wachsende Vielzahl produktiver und nicht immer koordinierter Rechtssetzungsinstanzen entgegen. Das klassische Staats- und Verfassungsrecht muss sich auf diese neue Realität einstellen, nicht nur um den Anschluss zu wahren, sondern auch um die verfassungsrechtlichen Bindungen und Sicherungen, auf die die Bürger vertrauen, angemessen und systematisch zur Geltung zu bringen.*

26. *Die weitgehende Europäisierung und Internationalisierung des Staates muss zu einer weiteren Europäisierung und Internationalisierung der Staatsrechtslehre führen. Staatsrechtslehre ohne Völkerrecht ist unvollständig, da Völker- und Europarecht den Rahmen für die insoweit nicht mehr ursprüng-*

lichen staatlichen Verfassungsordnungen geben. Das sollte auch Folgen für das Pflichtprogramm an den Universitäten haben.

27. Angesichts der Diversität der Rechtsquellen erwächst neuer Spielraum für die Judikative, aber auch für die Staatsrechtswissenschaft. Diversität der Rechtsquellen sowie geringere Regelungsdichte des Völkerrechts führen im Rahmen der Internationalisierung zu einer Relativierung des Positivismus. Das Recht muss selbst intensiver über Gerechtigkeit nachdenken, seine Legitimationsvoraussetzungen in der Gesellschaft ständig reproduzieren und nicht beides nur dem Gesetzgeber überlassen.

## V. Conclusio

28. Maßstab für Staats-, Europa- und Völkerrecht ist der selbstbestimmte und doch gemeinschaftsgebundene Mensch, nicht der Staat.

29. Zwar kann der Staat dem Bürger in einer globalisierten Welt weniger als früher Schutz und Wohlfahrt garantieren. Aber der Einzelne ist nicht notwendig der Verlierer im Prozess der Denationalisierung, nur muss die Schutzfunktion verlagert werden.

30. Der Bürger ist weniger auf seinen eigenen Heimatstaat angewiesen, er ist freier. Er kann sich selbst an internationale Instanzen zum Schutz der Menschenrechte oder auch seiner Auslandsinvestitionen wenden. Staatsgrenzen verlieren ihre hemmende Wirkung und erlauben mehr Mobilität. Weiter werden in einem durch Wegfall der Grenzen und Vermischung der Bevölkerung zusammenwachsenden Europa Kriege unwahrscheinlich. In alledem liegt ein Freiheits- und Sicherheitsgewinn, der allerdings nur durch Verfestigung und Durchsetzbarkeit des internationalen Rechts verbürgt werden kann.



Erster Beratungsgegenstand:

**Die Staatsrechtslehre und die Veränderung  
ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung  
und Internationalisierung**

2. Bericht von Prof. Dr. *Thomas Vesting*, Frankfurt a. M.\*

Inhalt

|  | Seite |
|--|-------|
| I. Die Beziehung zwischen Öffentlichem Recht und Staat<br>als Ausgangspunkt . . . . .                      | 42    |
| II. Der Rechtsstaat als Gegenstand und Resultat der<br>Staatsrechtslehre . . . . .                         | 43    |
| 1. Die Ablösung des Machtstaats durch den Rechtsstaat . . .  | 43    |
| 2. Einheit und Autonomie des Öffentlichen Rechts . . . . .   | 45    |
| 3. Ambivalenzen der Rechtsstaatsformel . . . . .   | 46    |
| III. Die neuen Phänomene: Europäisierung und<br>Internationalisierung . . . . .                            | 47    |
| 1. Die Verselbstständigung des Europarechts gegenüber<br>dem Staatsrecht und seine Rückwirkungen . . . . . | 48    |
| 2. Vom Völkerrecht zum Menschheitsrecht . . . . .  | 52    |
| a) Die staatsrechtliche Konzeption des Völkerrechts . .  | 52    |
| b) Entwicklungen ihrer Auflösung . . . . .   | 53    |
| 3. Transnationale und internationale privat-öffentliche<br>Regulierungsnetzwerke . . . . .                 | 56    |
| 4. Globales Recht ohne Staat . . . . .   | 58    |
| IV. Die Suche nach Alternativen: Offener Staat,<br>Konstitutionalismus, Rechtspluralismus . . . . .        | 59    |
| 1. Der offene Staat . . . . .  | 61    |
| 2. Konstitutionalismus . . . . .   | 62    |
| 3. Rechtspluralismus . . . . .   | 64    |
| V. Konsequenzen für das Staatsrecht und die Staatsrechtslehre  | 65    |

---

\* Für Anregungen und konstruktive Kritik danke ich Karl-Heinz Ladeur, Günter Fran-  
kenberg, Martin Eifert und Carsten Kremer.

## I. Die Beziehung zwischen Öffentlichem Recht und Staat als Ausgangspunkt

Der Punkt, an dem die folgenden Überlegungen einsetzen, ist die Beziehung zwischen Öffentlichem Recht und Staat. Wählt man als Ausgangspunkt den Staat als Element einer Beziehung, kann es nicht einfach um die Veränderung des Staates gehen. Damit werden zugleich bestimmte Fragestellungen ausgeschlossen. Fragen des Typs wie „Nähert sich die staatliche Souveränität angesichts der Globalisierung unaufhaltsam dem Nullpunkt? War die Souveränität des Nationalstaats nicht schon im 19. Jahrhundert eine ‚Fiktion‘?“ sind dann eher in einem politik-wissenschaftlichen, nicht aber primär in einem staatsrechtlichen Referat zu beantworten.

Beginnt man also nicht mit dem Staat, sondern mit der Beziehung von Öffentlichem Recht und Staat, muss die Aufmerksamkeit auf die Veränderung einer Beziehung gelenkt werden. Die Beschreibung einer Veränderung setzt wiederum eine Grundlage voraus, gegen die die gegenwärtige Lage abgegrenzt und konturiert werden kann. Diese Grundlage kann in einem staatsrechtlichen Referat nur die Geschichte des eigenen Fachs selbst sein. Da die Staatsrechtslehre ihre Vollstufe aber nicht erst unter dem Grundgesetz erreicht hat, sondern schon im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, liegt es nahe, in einem ersten Schritt zu skizzieren, wie Öffentliches Recht und Staat im so genannten staatsrechtlichen Positivismus<sup>1</sup> miteinander in Beziehung gesetzt worden sind.

Es sollen daher zunächst einige der zentralen Voraussetzungen der Staatsrechtslehre des späten 19. Jahrhunderts herausgearbeitet werden. Die Grundlagen, die im staatsrechtlichen Positivismus gelegt worden sind, wirken bis heute nach; auch 1949 ist in der Geschichte des Öffentlichen Rechts in dieser Hinsicht kein grundlegender Einschnitt.<sup>2</sup> Deshalb lassen sich die Veränderungen, die durch Prozesse der Europäisierung

---

<sup>1</sup> Der Begriff soll hier in einem weiten Sinn verwendet werden und nicht nur Autoren wie *C.F. Gerber* und *P. Laband*, sondern auch *O. Mayer* und *G. Jellinek* einschließen. Zu den Einzelheiten vgl. nur *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, 276 ff.; *W. Pauly* Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, 92 ff.; *M. Friedrich* Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, 222 ff., 235 ff.

<sup>2</sup> Etwa im Sinne eines Übergangs vom Staatsrecht zum Verfassungsrecht. Davon geht z. B. *R. Wahl* Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, aus. Wenn dieser Übergang hier relativiert wird, soll damit nicht behauptet werden, dass etwa die Vorstellung des „Vorrangs der Verfassung“ keinen Unterschied zum Staatsrecht des 19. Jahrhunderts oder der Weimarer Republik ausmachen würde. Der Unterschied ist aber m.E. nur gradueller Natur.

und Internationalisierung ausgelöst werden (und bereits ausgelöst worden sind), ohne Rekurs auf die Anfänge des eigenen Fachs weder einordnen noch in ihrer Bedeutung für die Gegenwart richtig einschätzen.

## II. Der Rechtsstaat als Gegenstand und Resultat der Staatsrechtslehre

### 1. Die Ablösung des Machtstaats durch den Rechtsstaat

Der Begriff, an dem sich der staatsrechtliche Positivismus orientierte, war der Begriff des Rechtsstaats.<sup>3</sup> Mit dem Niedergang und Ende der altständischen Gesellschaft konnte das Öffentliche Recht nicht mehr in der Tradition eines *jus publicum* fundiert werden. Die liberale Gesellschaft zwang auch das Öffentliche Recht dazu, nach neuen Begriffen und Theorien zu suchen. Die Suche nach dem Neuen bedeutete freilich auch im 19. Jahrhundert nicht, das Neue einfach aus dem Nichts zu schaffen. Das Neue ist immer ein Neues zwischen der Identität der Tradition und dem Bruch mit dieser. Auch der Begriff des Rechtsstaats war das Produkt einer solchen Oszillation, einer Suchbewegung, in der sich die Staatsrechtslehre von den Konstruktionen der Vergangenheit absetzte.

Der Begriff des Rechtsstaats richtete sich vor allem gegen den neuzeitlichen (voluntaristischen) Souveränitätsbegriff, gegen den „Machtstaat“.<sup>4</sup> Für den staatsrechtlichen Positivismus lag das entscheidende Merkmal dieser Tradition in der Schrankenlosigkeit des Herrscherwillens.<sup>5</sup> Des-

---

<sup>3</sup> Stolleis (Fn. 1), 258 ff., 276 ff. Zum Rechtsstaatsbegriff vgl. einerseits *E.-W. Böckenförde* Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders. (Hrsg.) Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 65 ff. („materieller Rechtsstaat“) und andererseits *J. Maus* Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: M. Tohidipur (Hrsg.) Der bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 1, 1978, 13 ff. („formaler Rechtsstaat“).

<sup>4</sup> Der Machtstaat (bzw. Polizeistaat) strebte nach absoluter, unbeschränkter Gewalt und war daher für den Rechtspositivismus überhaupt kein möglicher Gegenstand eines systematischen Staatsrechts. Vgl. nur *G. Jellinek* Allgemeine Staatslehre (1928), unv. Nachdruck 1959, 325; *O. Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 (1923), unv. Nachdruck 1969, 38, 39, spricht von der „schrankenlos gewordene(n) öffentliche(n) Gewalt“ des Polizeistaats, mit dem das Recht nichts zu tun hat. Noch *E. ForsthoFF* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1966, 40, pflichtet *O. Mayer* bei: „Die Verwaltung des Polizeistaates war kein möglicher Gegenstand einer systematischen Rechtswissenschaft.“

<sup>5</sup> Die Annahme, dass die absolutistischen Herrscher in einem rechtsfreien Raum (schrankenlos) hätten agieren können, entsprach selbstverständlich nicht den historischen Tatsachen, macht die Zielrichtung der Rechtsstaatsformel aber umso deutlicher. Das Recht war als lokales und interregionales Gewohnheitsrecht, als Königsrecht, Feudalrecht, Stadtrecht, kanonisches Recht, als *lex mercatoria* und nicht zuletzt als römisches Zivilrecht schon längst vorhanden, mit eigenen Gerichtsbarkeiten ausgestattet, ja teilweise sogar schon schriftlich fixiert, als der souveräne Staat sich als neue politische Ord-

halb zielte der Rechtsstaat genau auf die Eliminierung jener Momente von Willkür, die aus der im Souveränitätsbegriff angelegten strikten Trennung von Recht (*ius*) und Gesetz (*lex*) resultierten. Die Unterscheidung von Recht und Gesetz ermöglichte es nämlich schon *Bodin* den Gesetzesbegriff aus der teleologischen Rechtsauffassung der altständischen Gesellschaft zu lösen<sup>6</sup> – und das Gesetz statt in einer notwendigen Wahrheit, dem Willen Gottes, in einer kontingenten Wahrheit, dem Willen des Königs, zu fundieren.<sup>7</sup>

Gegen diesen Bruch, den die Lehre vom souveränen Staat gegenüber der traditionellen Rechtsauffassung bewirkte, setzte der Rechtspositivismus aber nicht einfach auf Ethik und Moral. Vielmehr votierte der staatsrechtliche Positivismus für einen Rationalitätsanspruch, der in der Rechtsform selbst verankert wurde. Mit Hilfe der Verknüpfung von Öffentlichem Recht und Staat sollten alle, Staat und Verwaltung zurechenbaren Handlungen an ein von Moral und Religion emanzipiertes, aber regelhaftes, und systematisches und in diesem Sinne positives Staatsrecht gebunden werden.

Der Rechtsstaat war also weniger ein Prinzip des geltenden Rechts,<sup>8</sup> sondern vor allem eine strategische Orientierungsformel. Das Ziel des Rechtsstaatsbegriffs bestand darin, sämtliche staatlichen Willensäußerungen in einem Rechtssystem zusammenzufassen und dieses System wie einen Automaten verlässlich und vorhersehbar zu programmieren. Das galt insbesondere für solche Handlungen, die in die Privatrechtsgesellschaft hineinwirkten und „Freiheit und Eigentum“ berührten. Anders ge-

---

nung zu konsolidieren begann; und gerade die Konsolidierung des souveränen Staates selbst basierte wiederum ganz maßgeblich auf rechtlichen Mitteln, nicht zuletzt auf einem neuartigen Verständnis des Öffentlichen Rechts, das sich an den Universitäten nach 1650 als *jus publicum* und Reichspublizistik zu etablieren begann. Zur Geschichte des modernen Rechts *H.J. Berman* Recht und Revolution, 1991; zur Reichspublizistik *Stolleis* (Fn. 1), 225 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *J. Bodin* Sechs Bücher über den Staat (1583), Band I-III, 1981, 205; vgl. *H. Quaritsch* Staat und Souveränität, 1970, 39 ff., 243 ff.; *P. Kondylis* Konservatismus, 1986, 72 ff. Rechtlich! Politisch blieb der Fürst weiterhin an Konsens und Staatsräson gebunden. *Jel-linek* (Fn. 4), 328, spricht in diesem Zusammenhang zu Recht vom „potentiell schrankenlose(n) Staat der *juristischen* Theorie“ (Hervorhebung von mir, T.V.).

<sup>7</sup> Daher voluntaristisch: nach der Einsicht Descartes', dass Gott die mathematischen Wahrheiten genauso konstituiert habe, wie ein König Gesetze gebe.

<sup>8</sup> Wie der Rechtsstaat heute normalerweise bezeichnet und in seinen dogmatischen Ausprägungen – als Gewaltenteilung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Bestimmtheitsgebot usw. – in den Lehrbüchern zumeist unter Einschluss der Wiedergabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dargestellt wird. Vgl. nur *C. Degenhart* Staatsrecht I, 18. Aufl., 2002, 233 ff.; *J. Ipsen* Staatsrecht I, 13. Aufl., 2001, 177 ff.; *H. Maurer* Staatsrecht I, 3. Aufl., 2003, 215 ff.

wendet: Die Ordnungsleistung des positiven Staatsrechts sollte gegenüber den historisch gewachsenen Institutionen, der Verwaltung und Regierung als „Schranke“, d.h. zum Schutz der Privatrechtsgesellschaft, in Anschlag gebracht werden. Die Zielsetzung des staatsrechtlichen Positivismus bestand also darin, das im (voluntaristischen) Souveränitätsbegriff der frühen Neuzeit angelegte Willkürmoment in ein systemabhängiges Staatsrecht umzuleiten.<sup>9</sup>

## 2. *Einheit und Autonomie des Öffentlichen Rechts*

Deshalb lag der Akzent der Staatsrechtslehre ganz auf der Darstellung der Einheit und Autonomie des Öffentlichen Rechts. In der Unterstellung der Einheit der Rechtsordnung, die für *Laband* so lückenlos war wie die Ordnung der Natur,<sup>10</sup> suchte der staatsrechtliche Positivismus Anschluss an die Tradition der Naturphilosophie und des Naturrechts. In dieser Tradition war die Systemabhängigkeit allen wissenschaftlichen Denkens seit *Descartes* selbstverständlich geworden. Hatte dort zunächst die Gründung und Durchsetzung eines einheitlichen Raums des Politisch-Rechtlichen im Vordergrund gestanden,<sup>11</sup> ging es dem staatsrechtlichen Positivismus jedoch um die Trennung von Politik und Recht. Konstituierte das positive Recht vor allem bei *Hobbes* einen von aller Tradition befreiten souveränen Willen, der aber zugleich ein politischer Herrscherwille war und blieb,<sup>12</sup> betont der staatsrechtliche Positivismus gerade die Unabhängigkeit des Öffentlichen Rechts von aller Politik. Das Öffentliche Recht sollte wie bei *Hobbes* unabhängig von der Natur und ihr inhärenter moralischer Prinzipien konstruiert werden. Aber im Unterschied zu *Hobbes* setzte der staatsrechtliche Positivismus sehr viel stärker auf das Recht im Unterschied zur Politik, wie sich etwa an der scharfen Kritik der „Genossenschaftslehre“ zeigte.

Worauf beruhte die Autonomie des Staatsrechts nun aber genau? Die Antwort auf diese Frage lautet: Auf der Produktion rechtswissenschaft-

---

<sup>9</sup> Also den „vorrechtlichen Machtstaat“ zum „Rechtsstaat“ zu formen, wie *Stolleis* (Fn. 1), 453 schreibt.

<sup>10</sup> *P. Laband* Das Budgetrecht (1871), Nachdruck 1971, 75.

<sup>11</sup> Zu den Ambivalenzen des politischen Raumbegriffs vgl. *H. Heller* Staatslehre, in: *Draht/Stammer/Niemeyer/Borinsky* (Hrsg.) Gesammelte Schriften, Bd. 3, Staatslehre als politische Wissenschaft, Leiden 1971, 239 ff. und den Eintrag *Raum, politischer* in: *J. Ritter/K. Gründer* (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 8, 1992, 122 ff.

<sup>12</sup> Zu dieser Ambivalenz im liberalen Denken von *Hobbes*, *Locke* und der schottischen Aufklärung vgl. *K.-H. Ladeur* Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 21 ff.; *ders.* Das selbstreferenzielle Kamel: Die Emergenz des modernen autonomen Rechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 177 ff., 178 f.

licher Theorien und Begriffe in Form von geschriebener und gedruckter Literatur, also auf der Staatsrechtslehre selbst. Man könnte gerade am Beispiel der Diskussion über die juristische Person zeigen, wie sehr es dem staatsrechtlichen Positivismus um die Selbstbegründung des Öffentlichen Rechts ging.<sup>13</sup> Im Vordergrund stand das Recht als symbolische Ordnung, das Recht als Zeichensystem, als „geistiger“ Kommunikationszusammenhang.<sup>14</sup> Durch die Produktion rechtswissenschaftlicher Literatur und ihre allmähliche Verankerung in der sozialen Wirklichkeit sollte vor allem die Beziehung des Staates zu den „Gewaltunterworfenen“ als geschriebenes Rechtsverhältnis, als Beziehung von (juristischer) Person zu (juristischer) Person konstruiert werden – und darin das sprachlose Gewaltverhältnis der Vergangenheit ablösen.<sup>15</sup> Die Wirklichkeit des Rechtsstaats lag mit anderen Worten in seiner medialen Realisierung; und die Themen dieses selbst tragenden Unternehmens hießen: Herrschaft des Gesetzes, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und (individueller) Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte.

### 3. *Ambivalenzen der Rechtsstaatsformel*

Allerdings erfolgte die Akzentsetzung auf die Einheit und Autonomie des Öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert unter der Voraussetzung eines sich formierenden Nationalstaats. Das hatte eine nicht auflösbare Ambiva-

---

<sup>13</sup> Wie *Laband* in der Auseinandersetzung um die Auffassung des Staates als einer juristischen Person des Öffentlichen Rechts im Staatsrecht von 1887 anmerkte, habe der Staat als juristische Person zwar keine reale physische Existenz, er existiere als „Rechtsvorstellung“, aber er sei „wirklich“ und nicht lediglich eine „Fiktion“. So wie die Natur Menschen schaffe, aber keine natürlichen Personen, so gebe es auch in der sozialen Natur keine wirklich existierende Gesamtperson, kein Rechtssubjekt Staat. Aber so wie das Zivilrecht aus den Individuen Personen mache, d.h. Rechtssubjekte, so schaffe das Öffentliche Recht mittels der Konstruktion der juristischen Person einen rechtlich verselbstständigten Träger kollektiver Rechte und Pflichten. Vgl. nur *P. Laband* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 1894, 94 (Fn. 1).

<sup>14</sup> *Laband* bemüht einerseits die Sprache der Bewusstseinsphilosophie und nennt den Staat eine „Rechtsvorstellung“, ein Produkt aus „dem Reich der Gedanken“; zugleich soll der Staat als juristische Person etwas Wirkliches sein. Trotz dieser Inkonsistenzen kann es aber nicht zweifelhaft sein, dass *Laband* das Recht als wirkliche autonome Ordnung dachte. *Laband* fehlten allenfalls die theoretischen Mittel, den Sachverhalt, der ihm vor Augen stand, so zu formulieren, dass gedankliche Vorstellung und (sprachliche) Wirklichkeit keinen Widerspruch mehr bildeten, sondern eine Einheit. Hier wird diese Einheit als (Rechts-)Kommunikation bezeichnet.

<sup>15</sup> Zur Verschriftlichung des Rechts vgl. nur *J. Goody* Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft, 1990, 211 ff.; *P. Goodrich* Languages of Law, London 1990 (Common Law); *M.-Th. Fögen* Römische Rechtsgeschichten, 2002, 82 ff.

lenz der Rechtsstaatsformel zur Folge: Der Rechtsstaat sollte den Machtstaat vereinnahmen. Die Kehrseite dieser Vereinnahmungsstrategie war jedoch, dass das Öffentliche Recht auf den Staat als Nationalstaat fixiert blieb. War der Rechtsstaat als symbolische Ordnung, als Rechtsordnung, „eine Einrichtung des Rechts“,<sup>16</sup> fungierte er in seiner Zentrierung auf den Nationalstaat als Chiffre einer politischen Instrumentierung des Rechts.

Damit wurde der Rechtsstaat Bestandteil eines politisch-territorialen Ordnungsanspruchs. Er wurde zum Element einer politischen Raumordnung, in der die Ordnungsleistung des Öffentlichen Rechts letztlich aus einem räumlichen Substrat, dem auf einem fest umrissenen politischen Territorium vorhandenen „Gewaltmonopol“, abgeleitet wurde. Daraus resultiert eine bis heute nicht aufgelöste Paradoxie: Die Selbstbegründung des Staatswillens als Komponente eines *rechtlichen* Kommunikationszusammenhangs wurde mit einer *politisch-staatlichen* Fremdbegründung kurzgeschlossen. Politisch-territoriale Ordnung und Rechtsordnung bildeten in der Orientierungsformel Rechtsstaat eine Einheit, obwohl sie dies der Sache nach niemals waren.

Der Rückgriff auf den staatsrechtlichen Positivismus hat gezeigt: Der Klammerbegriff Rechtsstaat hatte im 19. Jahrhundert die Aufgabe, das Öffentliche Recht vom traditionellen Souveränitätsbegriff zu lösen, es als autonome Ordnung zu begründen und die Beziehung zwischen Staat und Untertan in eine rechtsförmige (vertextete) Beziehung zwischen juristischen Personen zu transformieren. Darin war die Staatsrechtslehre ganz Rechtslehre.<sup>17</sup> Allerdings vollzog sich die Transformation des Machtstaates in den Rechtsstaat vor dem Hintergrund eines sich ausbildenden Nationalstaates. Beide Ebenen, Recht und Staat, zu verknüpfen, gelang deshalb nicht ohne innere Widersprüche, aber vor diesem Hintergrund war es zumindest schlüssig, das Öffentliche Recht auf den Staat zu zentrieren. Es war einleuchtend, Öffentliches Recht als Staatsrecht zu betreiben und die akademische Disziplin, unter der man dies tat, als Staatsrechtslehre zu bezeichnen.

### III. Die neuen Phänomene: Europäisierung und Internationalisierung

Lässt sich diese Tradition angesichts der neuen Phänomene der Europäisierung und Internationalisierung fortsetzen? Inwiefern ist die stillschweigende Prämisse der Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, poli-

---

<sup>16</sup> N. Luhmann *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 415.

<sup>17</sup> Für *Laband* vgl. nur den Brief an *Gerber* vom 8. 3. 1880 – abgedruckt bei *Pauly* (Fn. 1), 160; für *Jellinek* vgl. nur *ders.* (Fn. 4), 367 ff.; für *Mayer* vgl. *ders.* (Fn. 4), 54 ff.

tisch-territoriale Ordnung und Rechtsordnung als Einheit denken zu können, heute hinfällig geworden? Die Klärung dieser Frage soll beispielhaft in vier Zusammenhängen erfolgen.

1. *Die Verselbstständigung des Europarechts gegenüber dem Staatsrecht und seine Rückwirkungen*

Durch das Europarecht wird eine Rechtsordnung jenseits der staatlichen Hoheitsgewalt geschaffen und begründet, die gleichwohl auf dem Territorium eines jeden Mitgliedstaates gilt und auf dessen jeweilige Rechtsordnung einwirkt.<sup>18</sup> Zur Übertragung von Hoheitsrechten gem. Art. 23 Abs. 1 GG (wie zuvor Art. 24 Abs. 1 GG) gehört vor allem die Übertragung von Rechtserzeugungs- und Rechtsanwendungskompetenzen auf Gemeinschaftsorgane. Ganz gleich, wie man die Übertragung derartiger Kompetenzen konstruiert:<sup>19</sup> Es lässt sich schwerlich bestreiten, dass das geltende Gemeinschaftsrecht nur noch in sehr eingeschränktem Maß auf die einzelstaatlichen Übertragungsakte (und den darin gespeicherten Willen) zurückgeführt werden kann. In der europarechtlichen Literatur wird die Verselbstständigung des EG-Rechts gegenüber den einzelstaatlichen Akten der Kompetenzübertragung sogar ausdrücklich akzentuiert, wenn das EG-Recht als neue oder eigene Rechtsordnung bezeichnet wird,<sup>20</sup> der nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sogar ein Anwendungsvorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten zukommen soll.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Vgl. allg. *R. Wahl* Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland – Die Europäisierung des öffentlichen Rechts, *Der Staat* 38 (1999), 495–518; *ders.* (Fn. 2), 22.

<sup>19</sup> Zwei Vorstellungen konkurrieren: die Übertragung im Sinne des (endgültigen) Verzichts auf die Ausschließlichkeit staatlicher Hoheitsgewalt und die (vorübergehende) Suspendierung staatlicher Rechte. Für eine echte Übertragung z.B. *M. Zuleeg* AK-GG, 3. Aufl. (2001), Art. 24 Rn. 4, Art. 23 Rn. 45; dagegen z.B. *R. Scholz* in: *Maunz/Dürig/Herzog* (Hrsg.) Grundgesetz (Stand 2002), Art. 23, Rn. 51 und *I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl* Das Recht der internationalen Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften, 1996, 260f.; zum Meinungsstand vgl. auch *D. König* Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, 50ff.; *Wahl* (Fn. 2), 20ff.

<sup>20</sup> In Rs. 26/62 (*van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 ff., 25) nannte der EuGH die Gemeinschaft wohl erstmalig als „eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts“. Vgl. dazu nur *Zuleeg* (Fn. 19), Art. 23 Rn. 19; *S. Kadelbach* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, 54ff.; *S. Hobe* Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, 348f. jeweils mwN aus der Rechtsprechung des EuGH.

<sup>21</sup> Vgl. nur *I. Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001), 182f.; *Zuleeg* (Fn. 19), Art. 23 Rn. 34 mwN aus der Rechtsprechung des EuGH; *ders.* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen,



Die Verselbstständigung des EG-Rechts gegenüber dem Staatsrecht der Mitgliedstaaten tritt insbesondere dann klar und deutlich hervor, wenn europäisches Sekundärrecht in einer zirkelhaften Bewegung der Selbstbegründung von Kompetenzen durch Organe der EG selbst geschaffen wird. So wurden beispielsweise nicht unwesentliche Schritte auf dem Weg zur Marktöffnung im Telekommunikationsbereich vielfach auf den früheren Art. 90 Abs. 3 EGV gestützt.<sup>22</sup> Diese Vorschrift, die die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen regelt, gibt der EG-Kommission eine eigenständige Gestaltungskompetenz, die den Erlass von Richtlinien einschließt. Diese Richtlinienkompetenz ist als „Delegation“ von Rechtsetzungsbefugnissen nur unzulänglich beschrieben. Sie wird lediglich durch eine Zweckformel, ein Finalprogramm begrenzt, nämlich das gemeinschaftsrechtliche Integrationsziel der Gewährleistung eines wirksamen, unverfälschten Wettbewerbs.<sup>23</sup>

Damit soll nicht behauptet werden, dass die Organe der Gemeinschaft in solchen Fällen tun und lassen könnten, was sie wollen. Sie sind natürlich an politischen Konsens gebunden. Rechtlich definieren sie ihre Handlungsmöglichkeiten jedoch weitgehend selbst, da sich Finalprogramme rechtlich nur schwer strukturieren und kontrollieren lassen. Das belegt auch die Geschichte der europäischen Rundfunkregulierung.<sup>24</sup>

---

VVDStRL 53, 154, 159 ff.; aus dem neueren Schrifttum vgl. nur *A. Peters* Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 309 ff.; *W. Schroeder* Das Gemeinschaftsrechtssystem, Jus Publicum Bd. 86 (2002), 104 ff.

<sup>22</sup> Jetzt: Art. 86 Abs. 3 EGV. Das betrifft beispielsweise die Richtlinie der Kommission über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsendgeräte 88/301/EWG und die Richtlinie über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste 90/388/EWG. Vgl. zu dieser Entwicklung in den 70er- und 80er-Jahren allg. *H. v.d.Groeben* Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl. (1991), Art. 90, Rn. 83 ff.; zur neueren Entwicklung vgl. nur *W. Hoffmann-Riem* Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, 191 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *I. Pernice* in: Grabitz (Hrsg.) Kommentar zum EWG-Vertrag, 1983, Art. 90 Rn. 2; *v.d.Groeben* (Fn. 22), Art. 90, Rn. 1.

<sup>24</sup> Die europäische Fernsehrichtlinie ist, nachdem sich die Kommission mit Hilfe des Grünbuchs „Fernsehen ohne Grenzen“ selbst für diesen Bereich zuständig erklärt hatte, durch eine äußerst großzügige Interpretation der Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 EG) in mehreren Urteilen des EuGH möglich worden. Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM (84) 300 endg. Fernsehen ohne Grenzen, Brüssel 1984; dazu etwa *M. Holznagel* Rundfunkrecht in Europa. Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnung, 1996, 123 ff.; kritisch *M. Stock* Europäisches Medienrecht im Werden – Probleme und Chancen, RuF 37 (1989), 180 ff., 182 ff. Zur Rolle des EuGH vgl. nur *N. Petersen* Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag, Die Einwirkung des europäischen Rechts auf die Ausgestaltung der nationalen Rundfunkordnung, 1994, 21 f.; *Holznagel* ebd., 123 ff.; *T. Vesting* Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, 256 ff., 269 ff.; aus dem neue-

Bereits diese beiden Beispiele zeigen, wie sehr der EG-Vertrag im Laufe seiner Existenz eine Eigendynamik jenseits des mitgliedstaatlichen Ableitungszusammenhangs entwickelt hat. Diese Eigendynamik resultiert nicht zuletzt aus der Rechtsprechung des EuGH.<sup>25</sup> Die Rechtsprechung des EuGH orientiert sich ganz an den funktionalen Erfordernissen einer transnationalen Rechtsordnung, aber gerade nicht an einem „supranationalen“ Willen. Damit wird eine an sektoralen Funktionserfordernissen orientierte Differenz von Text und Interpretation freigesetzt, die in der Praxis zu einer laufenden „Rechtsfortbildung“ des Europarechts führt. Diese Rechtsfortbildung wirkt dann auf das nationalstaatliche Recht zurück und europäisiert dieses seinerseits.<sup>26</sup>

Die Beeinflussung und der Umbau des Staatsrechts durch Europarecht lassen sich etwa im Bereich der Grund- und Menschenrechte beobachten. Dafür steht nicht nur die Europäische Menschenrechtskonvention. Auch die Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes ist heute stark vom Europarecht geprägt, sowohl von den Grundfreiheiten des EG-Vertrages als auch von europäischen Grundrechten. Dieser Trend wird sich durch die Grundrechtscharta und die Entwicklung der Unionsrechte weiter fortsetzen.<sup>27</sup>

---

ren Schrifttum C. Roeder Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001. Telekommunikations- und Medienrecht sind zugleich Beispiele für eine Vorstrukturierung der Handlungsmöglichkeiten der Legislativorgane des Nationalstaats, entweder, wie im Fall der Telekommunikation, auf Bundesebene oder, wie im Fall des Rundfunks, auf Landesebene.

<sup>25</sup> Es geht nicht so sehr um eine „open-texture“ Situation (im Sinne *Harts*), wie etwa *Schroeder* (Fn. 21), 49, glaubt, sondern eher um eine institutionell unvermeidbare „preference for Europe“, wenn man einmal ein europäisches Gericht gegründet hat.

<sup>26</sup> Dieser Prozess verläuft durchaus netzwerkartig, nicht aber, wie viele Europarechtler glauben, von „oben“ nach „unten“: Die authentische Interpretation des EG-Rechts obliegt zwar in erster Linie den EG-Organen, vor allem dem EuGH. Dennoch wird durch das Europarecht eine Verknüpfung unterschiedlicher „Rechtskreise“ notwendig, deren jeweilige Eigenlogik jetzt aufeinander abgestimmt werden muss. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass der mittelbare Vollzug, die Ausführung des EG-Rechts durch nationale Verwaltungsbehörden, in der Praxis den Großteil der Fälle ausmacht (vgl. auch Fn. 88).

<sup>27</sup> Vgl. nur *B.-O. Bryde* Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, *Der Staat* 42 (2003), 61 ff.; *C. Tietje* Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, *DVBl* 2003, 1081; *H.-W. Rengeling* Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993. Durch die Einwirkungen des Europarechts ist es auf dieser Ebene beispielsweise zu einer Ausdehnung des Kreises der Grundrechtsberechtigten gekommen (Lohnleichheit, Freizügigkeit), aber auch zur Erhöhung des mitgliedstaatlichen Grundrechtsschutzes (Umweltschutzvorschriften, PCP-Verbot).

Dass man hinsichtlich der Europäisierung mit Fug und Recht von einem Umschlag von Quantität in Qualität sprechen kann, wird auf der Ebene des Verwaltungsrechts vielleicht noch deutlicher.<sup>28</sup> Das Verwaltungsrecht, das bei *Otto Mayer* nicht zufällig den Namen „Deutsches Verwaltungsrecht“ trug, ist heute in hohem Maße durch Europarecht geprägt. Im Besonderen Verwaltungsrecht gilt dies nicht nur für das Medien- und Telekommunikationsrecht. Die Konsequenzen der Europäisierung zeigen sich genauso deutlich im Umweltrecht,<sup>29</sup> im Energierecht<sup>30</sup> und im Wirtschaftsrecht, hier insbesondere im Bereich des Subventionsrechts und der Beihilfe.<sup>31</sup>

Darüber hinaus sind inzwischen sämtliche Kernbereiche des Allgemeinen Verwaltungsrechts in das „Gravitationsfeld“ des Europarechts geraten.<sup>32</sup> Dafür stehen etwa die Einwirkungen des Europarechts auf die Rechtsquellenlehre, auf das Verwaltungshandeln, das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungsrechtsschutz. Auch das Verwaltungsprozessrecht<sup>33</sup> und das Staatshaftungsrecht<sup>34</sup> haben sich unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts verändert. Das nationale Verwaltungsrecht ist in-

---

<sup>28</sup> Vgl. allgemein nur *F. Schoch* Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, NordÖR 2002, 1 ff.; *ders.* Europäisierung der Verwaltungsrechtsordnung – einschließlich Verwaltungsverfahrenrecht und Rechtsschutz, VBIBW 1999, 241 ff.; *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, 1998, 29 ff., 307 ff.; *Kadelbach* (Fn. 20); *Th. v. Danwitz* Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996.

<sup>29</sup> *F. Schoch* Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457 ff.; *W. Köck* Das Pflichten- und Kontrollsystem des Öko-Audit-Konzepts nach der Öko-Audit-Verordnung und dem Umweltauditgesetz, VerwArch 1996, 644 ff.; *R. Steinberg* Probleme der Europäisierung des deutschen Umweltrechts, AöR 1995, 549 ff.

<sup>30</sup> *H.-P. Schneider* Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, 384 ff.

<sup>31</sup> Zum Wirtschaftsrecht vgl. *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht in einer offenen Staatlichkeit, FS Vogel, 2000, 21 ff.; zu Subventionsrecht und Beihilfe vgl. den Überblick bei *P. Badura* in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003, 245 ff., 313 ff., 317 ff.; *D.H. Scheuing* Europäisierung des Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 34 (2001), 107 ff.

<sup>32</sup> *V. Danwitz* (Fn. 28), 190 ff., 334; vgl. auch allg. *Kadelbach* (Fn. 20), 296 ff., *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), 31 f.

<sup>33</sup> *P.M. Huber* Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, BayVBl 2001, 577 ff.; *W. Buck* Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, 2000; *F. Schoch* Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, 279 ff.; *C.D. Classen* Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996.

<sup>34</sup> *F. Schoch* Europäisierung des Staatshaftungsrechts, FS Maurer, 2001, 759 ff.

zwischen durchgehend mit Komponenten des Europarechts durchsetzt. Es ist jedenfalls nicht mehr möglich, das auf dem Territorium der Bundesrepublik geltende Verwaltungsrecht als deutsches Verwaltungsrecht zu bezeichnen: als das eigentümliche Recht der Beziehung zwischen verwaltem Staat und seinem ihm dabei belegendem Untertan.<sup>35</sup> Das Zeitalter *Otto Mayers* ist endgültig verstrichen. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang auch von einer „Ent-Territorialisierung“ des Verwaltungsrechts gesprochen.<sup>36</sup>

## 2. Vom Völkerrecht zum Menschenheitsrecht

### a) Die staatsrechtliche Konzeption des Völkerrechts

Nach herkömmlicher (und noch heute weit verbreiteter) Auffassung ist das Völkerrecht ein Derivat des Staatsrechts. Es ist Völkerrecht im Sinne eines „Verkehrsrechts“, das die Beziehungen *zwischen* souveränen Nationalstaaten normiert.<sup>37</sup> Noch heute wird das Völkervertragsrecht entsprechend dieser Tradition als „Hauptrechtsquelle“ des Völkerrechts angesehen.<sup>38</sup> Dazu passt, dass die Geltung des Völkergewohnheitsrechts (der zweiten allgemein akzeptierten Quelle des Völkerrechts) zumindest in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts nie ganz unumstritten war.<sup>39</sup>

Bereits darin zeigt sich, dass das Völkerrecht durch die Grundaxiome des staatsrechtlichen Positivismus bestimmt worden ist und bis heute bestimmt wird. So wie die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft auf der Innenseite des Staates in der Regel als Unterordnung des Individuums unter den Staat interpretiert wurde, als Subordination, war auch die begriffliche Opposition Innen/Außen in Form der Hierarchie gebaut.

<sup>35</sup> *Mayer* (Fn. 4), 14. Verwaltung ist für *Mayer* „Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, außerhalb der Justiz.“

<sup>36</sup> Vgl. *C. Tietje* Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, 174 ff.; *Vesting* (Fn. 24), 254 f.; *von Danwitz* (Fn. 28), 414 f.; *E. Schmidt-Aßmann* Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl 1993, 924, 936. In ähnlicher Weise wird in der politikwissenschaftlichen Literatur der „Inter-Relations“ schon seit einiger Zeit vom Ende der Territorien gesprochen. Vgl. nur *B. Badie* La Fin de territoires, Paris, 1995.

<sup>37</sup> *A. W. Heffter* Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 7. Aufl., Berlin 1882, 3; dazu *B. Fassbender* Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, EuGRZ 2003, 2.

<sup>38</sup> Vgl. nur *K. Ipsen* Völkerrecht, 1999, 92 ff.

<sup>39</sup> Vgl. nur *H. Triepel* Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, 95 ff., 99, für den Völkergewohnheitsrecht nur das ist, was „als Bestandtheil einer rechtsetzenden Vereinbarung“ auftritt oder in eine solche Vereinbarung zwischen Staaten zurückgeführt werden kann.

Staatsrecht und Völkerrecht wurden im späten 19. Jahrhundert zwar als zwei strikt verschiedene Rechtsordnungen gedacht.<sup>40</sup> Der Unterschied von Völkerrecht und Staatsrecht fand seine Einheit jedoch im Staatsrecht. Der Staat war die Basis, auf dem das Völkerrecht ruhte. Die Geltung des Völkerrechts gründete in der Unabhängigkeit und Einheit *einer* Verträge schließenden und diese bestimmenden Staatsgewalt.<sup>41</sup>

#### b) *Entwicklungen ihrer Auflösung*

Der Trend einer Lösung des Öffentlichen Rechts vom Nationalstaat lässt sich auch im Völkerrecht nachweisen.<sup>42</sup>

Die Grenzen der traditionellen Zentrierung des Völkerrechts auf den Staat werden zunächst in der Einbindung der Staaten in ein dichtes Netz von Verträgen sichtbar. Obwohl die Staaten Urheber der Verträge sind, hat die zwischenstaatliche Kooperation mittlerweile eine solche Dichte erreicht, dass sich die Stellung der Staaten innerhalb dieses Netzwerks von Verträgen und den daraus hervorgegangenen Institutionen<sup>43</sup> selbst verändert hat. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass die Kooperation zwischen den Staaten nicht mehr ausschließlich über die Staatsspitze bzw. die auswärtige Gewalt erfolgt, sondern sich in variablen Strukturen zwischen Ministerien, Verwaltungen, Regulierungsbehörden, Gerichten usw. festsetzt.

<sup>40</sup> Grundlegend *Triepel* (Fn. 39), 11 ff. (Völkerrecht und Landesrecht als Gegensätze); dazu aus jüngerer Zeit ausführlich *Tietje* (Fn. 36), 86 ff., 94 ff.

<sup>41</sup> *Triepel* (Fn. 39), 27 ff., 63 ff. (Völkerrecht entsteht durch „Vereinbarung“ zwischen Staaten); ähnlich bereits *Heffler* (Fn. 37), 5, 23 („Völkerverträge“ der „Staatsgewalten“); eine Ausnahme ist hier *Jellinek* (Fn. 4), 378 f., der davon ausgeht, dass das Völkerrecht nur formell im Willen der vertragsschließenden Einzelstaaten gründet, materiell aber einem „Etwas“ entspricht, „das über den Einzelstaat hinausgeht“; dazu *Tietje* (Fn. 36), 71 ff.; zur Lage des Völkerrechts um 1900 vgl. auch *F. Herrmann* Das Standardwerk, 2001, insb. 175 ff. Der h.M. entsprach es, dass das Völkerrecht auch als akademisch-universitäre Disziplin um 1900 kaum mehr als ein Supplement des Staatsrechts war. Vgl. dazu *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, 88 f.

<sup>42</sup> Dazu allg. *J. Delbrück* Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, in: *Tietje/Kraft* (Hrsg.) Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, Heft 3; *ders.* Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 2001, 1 ff., 26 ff.; *D. Thürer* Modernes Völkerrecht, ZaöRV 2000, 557 ff.; *P. Zumbansen* Die vergangene Zukunft des Völkerrechts, KJ 34 (2001), 46 ff.; *Hobe* (Fn. 20).

<sup>43</sup> Die vielen internationalen Organisationen, die aus den völkerrechtlichen Verträgen hervorgegangen sind, man denke nur an den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (UN) oder die verschiedenen Organisationen zur gerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten (wie z.B. den ständigen Haager Gerichtshof), legen davon Zeugnis ab. Ihre Zahl betrug 1998: 48350. Vgl. dazu *Tietje* (Fn. 36), 116 ff.

Diese Dynamik treibt das Völkerrecht über ein Staatenkooperationsrecht hinaus zu einem autonomen Staatengemeinschaftsrecht, das seinerseits in die staatlichen Territorien hineinwirkt.<sup>44</sup> In diesem Staatengemeinschaftsrecht sind die Staaten nicht mehr nur „Herren der Verträge“, sondern – um im Bild zu bleiben – zugleich ihre „Knechte“.

Ein Beispiel dafür ist das Recht der Welthandelsorganisation (WTO). Wurde der grenzüberschreitende Freihandel zu Zeiten des staatsrechtlichen Positivismus noch als von der Erlaubnis des Nationalstaates abhängig gedacht,<sup>45</sup> bringt das WTO-Recht jetzt genau umgekehrt die Nichtdiskriminierung freier Märkte als zentralen Rechtsgrundsatz gegen die Staaten in Anschlag.<sup>46</sup> Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wirkt sich zumindest auch mittelbar in den Mitgliedstaaten aus. Zwar verfügt die WTO über keine explizit eingeräumten Rechtsetzungskompetenzen. Die Verselbstständigung des WTO-Rechts zeigt sich aber deutlich im Streitbeilegungsverfahren (*Dispute Settlement Understanding*, Art. III Abs. 3 WTO). Vor allem das Berufungsgremium, der *Appellate Body*, verfügt über eine eigenständige Kompetenz der „adjudication“.<sup>47</sup> Damit setzt auch das WTO-Recht eine Dynamik funktionsorientierter Rechtsfortbildung frei, ähnlich wie sich die Rechtsprechung des EuGH nicht in reiner Rechtsanwendung, der Deduktion aus Regeln, erschöpft.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> In diese Richtung denkend etwa *Thürer* (Fn. 42), 557ff., 595ff.; *B. Simma* From Bilateralism to Community Interest in International Law, *Recueil des Cours* 281 (1999), 221 (233); *Tietje* (Fn. 36), 180; zusammenführend *B. Fassbender* UN Security Council Reform and the Right of Veto, *The Hague/London/Boston* 1998, 50ff. Kritisch dazu aus demokratietheoretischer Perspektive *S. Oeter* Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer Verfassung der Freiheit, in: *Brunkhorst/Kettner* (Hrsg.) *Globalisierung und Demokratie – Wirtschaft, Recht, Medien*, 2000, 208ff.; *ders.* Souveränität – ein überholtes Konzept?, *FS Steinberger*, 2002, 259ff., 298.

<sup>45</sup> Zu dieser Abhängigkeit und ihren Ambivalenzen *Delbrück* (Fn. 42 – Staatsbild), 8.

<sup>46</sup> Das Gebot der Nichtdiskriminierung wird u.a. in der Form von Meistbegünstigung und Inländerbehandlung gegen die Staaten geltend gemacht.

<sup>47</sup> *J.P. Trachtman* The Domain of WTO Dispute Resolution, *Harvard International Law Journal* 40 (1999), 333ff. Der im deutschen Schrifttum vielfach anzutreffende Vergleich des Streitbeilegungsverfahrens mit einem Gericht trifft die Funktion des *Appellate Body* nur teilweise.

<sup>48</sup> Vgl. *Trachtman* (Fn. 47), 338. Auch wenn *Panel* und *Appellate Body* an die herkömmlichen Regeln der Auslegung des Völkerrechts und damit an die Interpretationsregeln der Wiener Konvention gebunden sind (Art. 3 Abs. 2 DSU), ist diese Unterscheidung in der Praxis des *Appellate Body* fließend geworden. Gründe sind u.a.: die unvermeidbare Lückenhaftigkeit der WTO-Verträge selbst und andere „Unschärferelationen“ des WTO-Rechts, insbesondere das Verhältnis von WTO-Recht zu sonstigem (Völker-)Recht. Zum WTO-Recht vgl. nur *A. v. Bogdandy* Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandels-

Auch im humanitären Völkerrecht lassen sich Tendenzen einer Lösung des Völkerrechts vom Staat und seiner Rückwirkung auf das Staatsrecht feststellen.

Auslöser für diese Verselbstständigungstendenzen ist einmal die unterschiedliche wirtschaftliche Entwicklung der Weltregionen. Darauf hat das humanitäre Völkerrecht mit der Ausarbeitung sozialer Menschenrechte in Form der Anerkennung sozialer Mindeststandards und einem Recht auf Entwicklung reagiert.<sup>49</sup> Daneben haben die schon seit längerem sichtbare Veränderung des Krieges, die Veränderung der weltpolitischen Lage seit 1989 sowie der Umgang mit Diktatoren und „Schurkenstaaten“ dem humanitären Völkerrecht zu wachsender Bedeutung verholfen. Dies hat in Rechtsprechung und Literatur u. a. zur Anerkennung bestimmter Verpflichtungen eines Staates gegenüber allen anderen Staaten geführt (sog. *erga omnes*-Pflichten), beispielsweise in Form des Verbots des Angriffskrieges, des Völkermordes, der Sklaverei oder der Rassendiskriminierung.<sup>50</sup> Eine andere Fallgruppe ist die Anerkennung zwingenden Völkerrechts (*jus cogens*) vor allem in Form des Folterverbots,<sup>51</sup> des Rechts auf Leben<sup>52</sup> oder einer sich abzeichnenden Beschränkung des staatlichen Immunitätsschutzes bei schweren Menschenrechtsverletzungen.<sup>53</sup>

Neben der Forderung nach weltwirtschaftlicher „Gerechtigkeit“ entwickelt sich im Völkerrecht also offensichtlich ein weiterer globaler rechtlicher Kode der „Humanität“, der die staatliche Mediatisierung des

---

organisation, 1. Teil: Entkopplung von Recht und Politik, KJ 2001, 267; R. Uerpmann Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565, 569; Delbrück (Fn. 42 – Staatsbild), 13 ff.; M. Herdegen Internationales Wirtschaftsrecht, 2002, 120 ff. Um die Autonomie und Eigendynamik des WTO-Rechts rechtswissenschaftlich besser abbilden zu können, erscheint es durchaus plausibel, den Begriff des Völkerrechts in diesen Zusammenhängen aufzugeben und durch den Begriff des transnationalen (Wirtschafts-)Rechts zu ersetzen. In diese Richtung etwa C. Tietje Transnationales Wirtschaftsrecht aus öffentlich-rechtlicher Perspektive, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft – Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht 4 (2002), 404 ff.; kritisch z. B. Herdegen ebd., 26.

<sup>49</sup> E. Riedel Menschenrechte der dritten Dimension, EuGRZ 1989, 9 ff.

<sup>50</sup> Ausgangspunkt ist hier der *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970; weitere Nachweise bei Fassbender (Fn. 37), 6 f.

<sup>51</sup> Vgl. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment of 10 Dec. 1998, case no. IT-95-17/I-T, paras. 153, 154, in: ILM 38 (1999), 317 (349).

<sup>52</sup> C. Tietje/S. Hobe Schießbefehl an der DDR-Grenze und ius cogens, Archiv des Völkerrechts 32 (1994), 130 ff.

<sup>53</sup> EGMR, Urteil vom 21. 11. 2001 – Al Adsani, EuGRZ 29 (2002), 403 ff.; C. Maierhöfer Der EGMR als „Modernisierer“ des Völkerrechts? – Staatenimmunität und ius cogens auf dem Prüfstand, EuGRZ 29 (2002), 391–398.

Völkerrechts mehr und mehr durchbricht und selbst das Staatsrecht beeinflusst.<sup>54</sup> Stellt man höhere Ansprüche an sprachliche Genauigkeit geht es im humanitären Völkerrecht gar nicht mehr um Völkerrecht, sondern um Menschenheitsrecht, um das humanitäre Recht der Weltgesellschaft.<sup>55</sup>

### 3. *Transnationale und internationale privat-öffentliche Regulierungsnetzwerke*

Der Eindruck einer Aufweichung der Exklusivität der Staatszentrierung des Völkerrechts verstärkt sich weiter, wenn man die Zunahme der Bedeutung solcher Regulierungsnetzwerke in die Betrachtung einbezieht, an deren Norm- und Regelbildung neben staatlichen auch nicht-staatliche Akteure wie Nichtregierungsorganisationen (NGOs), Verbände, Sachverständige, *agenciers* usw. beteiligt sind. Gerade NGOs sind heute vielfach in transnationalen Rechtsbildungsprozessen involviert und übernehmen dort funktional die Rolle, die im Nationalstaat politischen Parteien und Verbänden zukommt (ja teilweise nehmen NGOs selbst die Rolle von Staaten ein).<sup>56</sup> Das zeigt etwa der Einfluss von *Greenpeace* bei der Entwicklung solcher umweltrechtlicher Institutionen wie der Verschmutzungszertifikate. Ein anderes Beispiel ist der Einfluss von *amnesty inter-*

<sup>54</sup> Im Ergebnis löst sich damit die seit der Französischen Revolution sichtbare Paradoxie der Zwillingsexistenz von Menschenrechtsidee und Nationalstaatsprinzip zugunsten der Menschenrechte auf. In diese Richtung etwa *A. Paulus* Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht – Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, 2001, 358; *C. Tomuschat* International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a new Century, *Receuil des Cours* 281 (1991), 9–438; *Fassbender* (Fn. 37), 6f.; in der Tendenz ähnlich *S. Kadelbach* Zwingendes Völkerrecht, 1992, 320 – „Positionen“ für die „Rechtssubjekte Staat, Gruppe, Einzelner“.

<sup>55</sup> Vor allem die Verselbstständigungstendenzen im humanitären Völkerrecht werden in der Literatur als Beleg für eine grundsätzlichere Umstellung des Völkerrechts von zwischenstaatlichem Koordinationsrecht auf Staatengemeinschaftsrecht oder das Recht der internationalen Gemeinschaft angesehen. Vgl. z.B. *Paulus* (Fn. 54), 285 ff. Diese Richtung als gemeinwohlorientierte Normkategorien generalisierend z.B. *Fassbender* (Fn. 37), 16 mwN, der von einer „zeitgemäßen Rechtsordnung interdependenter Völker einer Menschheit“ spricht. Zu den Menschenrechten als Faktoren des Rechts der Weltgesellschaft *Luhmann* (Fn. 16), 574 ff.

<sup>56</sup> Dazu *Tietje* (Fn. 36); *Hobe* (Fn. 20), 309 ff.; *Wahl* (Fn. 2), 43; *K. Günther/S. Randeria* Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung, in: *Werner Reimers Stiftung* (Hrsg.) Suchprozesse für innovative Fragestellungen in der Wissenschaft, Heft 4 (2001), 63 ff.; aus der neueren politikwissenschaftlichen Literatur vgl. nur *R.A. Higgott* (ed.), *Non-State Actors and Authority in the Global System*, London/New York 2000.



*national* auf die Standards von Menschenrechten, z.B. im Bereich der Folterung mit Wissen oder unter dem Schutz staatlicher Organe.<sup>57</sup>

Vergleichbare Entwicklungen lassen sich im internationalisierten Verwaltungshandeln beobachten. Hier zeichnet sich ab, wie durch Prozesse der Internationalisierung nicht nur die territorialen Staatsgrenzen destabilisiert werden, sondern zugleich die für das liberale Staatsrecht konstitutive Grenzziehung zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten unterlaufen wird.

Das Muster lässt sich folgendermaßen beschreiben: Ausgangspunkt des internationalisierten Verwaltungshandelns sind Kooperationen zwischen internationalen und nationalen Verwaltungsbehörden. Dabei entsteht regelmäßig ein ausgeprägtes Kommissionswesen, dessen Arbeit die Einbeziehung technisch-wissenschaftlichen Sachverständs erforderlich macht. Da die Normen und Standards, die in diesen transnationalen Regulierungsnetzwerken entstehen – ähnlich wie in der „Komitologie“ auf europäischer Ebene<sup>58</sup> – einem starken Einfluss privater Regelbildung ausgesetzt sind, wird die Grenze zwischen dem Privaten und dem Öffentlichen undicht.

Ein Beispiel für die Produktion von Standards, die in privat-öffentlichen Netzwerken eines internationalen Kommissionswesens geschaffen und von hier aus auf Völkerrecht, WTO-Recht, Gemeinschaftsrecht und nationales Verwaltungsrecht einwirken, liefert die Standardisierung des Lebensmittelrechts durch die Codex Alimentarius-Kommission.<sup>59</sup> Diese Standards entfalten zwar keine unmittelbare völkerrechtliche Wirksamkeit, gleichwohl ist in der einschlägigen Literatur aber die faktische normative Wirkkraft der Codex Alimentarius-Standards unbestritten.<sup>60</sup> So

---

<sup>57</sup> *Hobe* (Fn. 20), 322ff.; vgl. allg. auch *A. Bianchi* Globalization of Human Rights: The role of Non-state Actors, in: G. Teubner (Hrsg.) *Global Law Without a State*, Aldershot u.a. 1997, 179ff.

<sup>58</sup> Gemeint sind die technisch-wissenschaftlichen Ausschüsse und Agenturen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Vgl. *G. Lübke-Wolff* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246ff., 268ff.; *C. Joerges/J. Falke* (Hrsg.) *Das Ausschußwesen der Europäischen Union*, 2000, 17ff.; *C. Joerges* *Bureaucratic Nightmare, Technocratic Regime and the Dream of Good Transnational Governance*, in: ders./E. Vos (Hrsg.) *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford, 1999, 3ff.

<sup>59</sup> Die Codex Alimentarius-Kommission befasst sich mit der Standardisierung des Lebensmittelrechts und hat bis heute etwa 200 Lebensmittelstandards verabschiedet sowie mehr als 3000 Standards für maximale Pestizidrückstände – vgl. nur *Tietje* (Fn. 36), 301ff.

<sup>60</sup> *Tietje* (Fn. 36), 313 mwN; *C. Joerges* „Gutes Regieren“ im Binnenmarkt, in: *Joerges/Falke* (Fn. 58), 349, 373ff.

reflektieren z.B. zahlreiche Rechtsinstrumente der EG, an die die Mitgliedstaaten viele ihrer Kompetenzen im Lebensmittelbereich abgegeben haben, eben jene Codex-Standards.

#### 4. *Globales Recht ohne Staat*

Das Schlagwort vom globalen Recht ohne Staat referiert auf Rechtsbildungsprozesse, in denen die Norm- und Regelbildung in ähnlicher Weise auf Netzwerke verlagert wird, wie im Fall der privat-öffentlichen Regulierungsnetzwerke. Im Gegensatz zu diesen nimmt die Bedeutung der Beteiligung öffentlicher Organisationen (Regulierungsbehörden, Gerichte, Gesetzgebung) hier aber weiter ab.<sup>61</sup> Als Beispiel dafür könnte man die Regulierung globaler Finanzmärkte nennen, etwa die Entwicklung von Standards der Transparenz und Rechnungsabgrenzung.<sup>62</sup>

Reiches Anschauungsmaterial für die These des globalen Rechts ohne Staat liefert darüber hinaus die Regulierung des Internets. Dabei kann man einmal auf die Verwaltung der *Domain Names* durch die ICANN verweisen.<sup>63</sup> Wie sehr sich die materielle Regelbildung im Internet dabei vor allem vom staatlichen Gesetzgebungsakt löst,<sup>64</sup> zeigt der Fall der technischen Standards. Die Netzwerkstandards gewinnen im Internet eine neuartige Bedeutung, weil sie, ähnlich wie früher die grammatischen Regeln der Sprache, in der operativen Basis digitaler Kommunikation selbst verankert sind. Die Folgen treten etwa im Datenschutzrecht hervor. Das Datenschutzrecht verwandelt sich weitgehend in ein technisches Recht, und das heißt: in ein Recht der *Software Standards*.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Grundlegend: *G. Teubner*, 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society, in: ders. (Fn. 57), 3 ff.; *K.-H. Ladeur* Die Rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 64 (2000), 60, 98 ff.; dazu auch *S. Oeter* International Law and General Systems Theory, *German Yearbook of International Law*, 2001, 72 ff.

<sup>62</sup> *Tietje* (Fn. 48).

<sup>63</sup> *Teubner* (Fn. 61); *G. Teubner/V. Karavas* <http://www.CompanyNameSucks.com>: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber „Privaten“ im autonomen Recht des Internet?, in: *W. Hoffmann-Riem/K.-H. Ladeur* (Hrsg.) *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, 2003 (i.E.); *J. v. Bernstorff* ICANN as a Global Governance Network: The Rise and Fall of a Governance Experiment, in: *C. Joerges/I.-J. Sand/G. Teubner* (Hrsg.) *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, 2003 (i.E.).

<sup>64</sup> Vgl. dazu allg. *V. Géczy-Sparwasser* Die Gesetzgebungsgeschichte des Internet, 2003, insb. 253 f.

<sup>65</sup> Das hat in der rechtswissenschaftlichen Literatur sogar zu der Vermutung geführt, dass die Netzwerkstandards die Ordnungsfunktion des Rechts selbst ersetzen. Die Internetregulierung liefe dann in essenziellen Bereichen nicht nur auf Lösungen ohne Staat, sondern sogar auf „Lösungen ohne Recht“ hinaus. Vgl. nur *C. Engel* Das Internet und

#### IV. Die Suche nach Alternativen: Offener Staat, Konstitutionalismus, Rechtspluralismus

Die Skizze einiger Prozesse der Europäisierung und Internationalisierung hat deutlich gemacht: Wenn man den Akzent auf die Beschreibung der Veränderung der Beziehung von Öffentlichem Recht und Staat legt, liegt die entscheidende Neuerung im Unterschied zur Situation um 1900 nicht in einer wie auch immer einzuschätzenden Veränderung staatlicher Macht, sondern in der sich abzeichnenden Abkopplung des Öffentlichen Rechts vom Staat. Die im Staatsrecht des 19. Jahrhunderts und auch nach 1949 noch als selbstverständlich unterstellte Identität von Rechtsordnung und politischer Raumordnung hat sich zumindest teilweise aufgelöst.

Die Staatsrechtslehre sieht sich heute mit einem „Mehrebenensystem“ konfrontiert, in dem nationales Recht, Europarecht, Völkerrecht, transnationales und globales Recht variabel und flexibel miteinander verknüpft werden. Diese Verknüpfungen folgen keiner territorialen Logik mehr. Über die alten Differenzen des raumbezogenen Staats- und Völkerrechts hat sich eine funktionale Logik der Regulierung und Sicherung unterschiedlichster Sektoren, Interessen, Güter und Werte gelegt:<sup>66</sup> von der europäischen Regulierung der Telekommunikation und der Medien über die Gewährleistung freier weltweiter Handelsströme im Rahmen der WTO, dem universellen Menschenrechtsschutz des Völkerrechts bis hin zur Sicherung globaler Lebensmittel- und Internetstandards in internationalen und transnationalen Regulierungsnetzwerken.

Diese Entwicklung schlägt auch auf die Rechtsquellenlehre durch. So wie schon *Bodin* das Gesetz als Setzungsprodukt gegen das Recht als Phänomen der sozialen Selbstorganisation auszuspielen versuchte, schuf der staatsrechtliche Positivismus ein hierarchisch aufgebautes Rangfolgesystem von Rechtsnormen, in dem Rechtsbildung im Wesentlichen mit staatlicher Rechtsetzung identifiziert wurde. Obwohl die Verankerung des liberalen Rechts in Prozessen der gesellschaftlichen Selbstorganisation im 19. Jahrhundert insbesondere in Form von Eigentum und Freiheit anerkannt wurde, wurde die Rechtsbildung im staatsrechtlichen Positivismus

---

der Nationalstaat, in: Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (Hrsg.) *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, 2000, 411 f.; tonangebend ist hier *L. Lessig* *Code and other Laws of Cyberspace*, New York 2000.

<sup>66</sup> *Tietje* (Fn. 36), 416, spricht von einem „komplexen Geflecht an territorialen und entterritorialisierten Strukturen des Rechts“; die „funktionale Dezentralisation“ und ihre weitreichenden, die jahrhundertelange „Essenz des Politischen“ sprengenden Folgen betont auch *Wahl* (Fn. 2), 37; vgl. auch *G. Teubner* *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *ZaöRV* 63 (2003), 1–28.

doch gleichsam als durch den Staat „aufgesogen“ dargestellt.<sup>67</sup> Die Geltung der transnationalen Normen und Regeln kann aber nicht mehr abschließend in eine staatszentrierte Rechtsquellenhierarchie zurückgeführt werden.<sup>68</sup> Im Gegenteil, das verselbstständigte europäische, internationale, transnationale und globale Recht beeinflusst und bestimmt nun das Staatsrecht und seine Quellen selbst.<sup>69</sup> Damit weicht die Trennung von staatlichem und nicht-staatlichem Recht einer Interdependenz und Kooperation zwischen verschiedenen Rechtsordnungen.

Der Ausgangspunkt der Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, das Öffentliche Recht als Staatsrecht, als Recht einer geschlossenen territorialen politischen Einheit denken und betreiben zu können, lässt sich vor dem Hintergrund der skizzierten Entwicklungen nicht mehr halten.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Jellinek (Fn. 4), 366. Jellinek spricht von „Aufsaugung“, bezieht dies aber zu Recht nur auf den staatlich geordneten Rechtsschutz, also die staatliche Gerichtsbarkeit, nicht aber die darunter liegenden Infrastrukturen des Rechts. In die Richtung einer „Aufsaugung“ denkend vgl. aus neuerer Zeit nur W. Reinhard Geschichte der Staatsgewalt, 1999, 291 ff.

<sup>68</sup> Man denke als Beispiel nur noch einmal an das humanitäre Völkerrecht: Die Geltung der Menschenrechte liegt weder im staatlichen Gewaltmonopol begründet noch macht sie vor der territorialen Souveränität der Staaten halt. Wenn der Rechtscode der Humanität überhaupt einer Außenabstützung bedarf, dann dürfte er im moralisierenden Kommunikationsmodus der globalen Fernsehdemokratie zu suchen sein. Vgl. dazu nur K. Röhl Das Recht nach der visuellen Zeitenwende, JZ 2003, 339 ff., 344 f.

<sup>69</sup> Vgl. dazu auch C. Tietje, Recht ohne Rechtsquellen? Entstehung und Wandel von Völkerrechtsnormen im Interesse des Schutzes globaler Rechtsgüter im Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Rechtsdynamik, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 24 (2003), 27 ff.

<sup>70</sup> Das ist natürlich keine neue Erkenntnis, sondern bereits der berechtigte Kern der Bemerkung Carl Schmitts, dass die Epoche der Staatlichkeit zu Ende gehe. Die Zentrierung des Öffentlichen Rechts auf den Staat ist also nicht erst heute, im Zeitalter der Globalisierung, problematisch geworden. Ein Rückblick könnte zeigen, dass spätestens mit dem Ersten Weltkrieg eine Entwicklung eingeleitet wurde, durch die das Staatsrecht auf der Innenseite bereits in ähnlicher Weise unter Druck gesetzt worden ist, wie heute durch die Globalisierung auf der Außenseite. Vgl. nur Peters (Fn. 21), 130 ff., 134 f. Es ist daher kein Zufall, dass die Staatsrechtslehre im Bereich der wissenschaftlich systematischen Monographie schon während der Weimarer Republik in die Minderheitenposition gerät. Dass Kelsen, Smend und Schmitt kein Staatsrecht mehr geschrieben haben, kann als deutliches Indiz dafür angesehen werden, dass die komplementären Komposita von Rechtsstaat und Staatsrecht schon am Ende der Weimarer Republik ihre synthetisierende Kraft verloren hatten. Insbesondere Carl Schmitts „Begriff des Politischen“ (1932) könnte als ein früher Beleg für die Suche nach neuen Haltepunkten des Öffentlichen Rechts jenseits des Staates interpretiert werden. Aber so beeindruckend die Suchbewegungen der 20er- und 30er-Jahre immer noch scheinen mögen, die Diskussion hat gezeigt, dass die Erklärungskraft von Integrationslehre, Wirklichkeitswissenschaft und Reiner Rechtslehre heute erschöpft ist. Gerade Carl Schmitt konnte und wollte die Suche nach neuen Hal-

Entgegen früherer Szenarien, die in der Europäisierung und Internationalisierung nur einen Zerfall des Staates erkennen konnten (und wollten), hat die Staatsrechtslehre inzwischen begonnen, produktiv auf diese Prozesse zu reagieren. Drei Suchbewegungen, die neuen Phänomene zu verarbeiten, zeichnen sich ab.

### 1. *Der offene Staat*

Eine Richtung reagiert auf die neuartigen Herausforderungen mit dem Begriff des offenen Staates.<sup>71</sup> Ausgangspunkt ist die Einsicht, dass sich das Öffentliche Recht gegenüber dem Staat verselbstständigt habe und eine rein staatszentrierte Betrachtungsweise den Anforderungen an ein wirklichkeitsnahes Öffentliches Recht nicht mehr gerecht werde. Deshalb wird eine „transmoderne Staatstheorie“ vorgeschlagen, die einerseits über den modernen Staat hinausweisen soll, aber andererseits nicht die „kraftvoll fortbestehenden öffentlichen Gewalten“ leugnet.<sup>72</sup> Eine Variante dieses Konzepts setzt den „offenen Staat“ dem „souveränen Staat“ entgegen.<sup>73</sup>

Was die Offenheit des offenen Staates und damit den Begriff ausmacht, ist in beiden Konzeptionen nicht leicht ersichtlich. Seine Besonderheit besteht aber anscheinend darin, dass der Staat trotz aller Verflechtungen nach außen nicht aufgehört hat, „Staat zu sein“.<sup>74</sup>

Der Haupteinwand, den die Theorie des offenen Staates entkräften muss, lautet: Es ist nicht möglich, in einem dichten Netzwerk staatlicher Kooperation von Eigenschaften des Staates auszugehen, die von diesem Netzwerk unabhängig sind und den Verbindungen zwischen den Staaten vorgegeben sein könnten. Ein nach außen vielfach eingebundener und in diesem Sinne „offener Staat“ ist eben kein Staat mehr.<sup>75</sup> Diese Einsicht

---

tepunkten des Öffentlichen Rechts nicht mehr konstruktiv wenden, sondern hat das Öffentliche Recht direkt in die Nebelbänke der politischen Theologie geführt bzw. in die nicht weniger trüben Gewässer einer Theorie des konkreten Großraums.

<sup>71</sup> *U. di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, 122 ff.; *ders.* Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, in: Walter Eucken Institut (Hrsg.) Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik 166 (2001), 120 ff., 130 – „System offener, miteinander kooperierender und konkurrierender Staaten“.

<sup>72</sup> *Di Fabio* (Fn. 71), 133.

<sup>73</sup> *Wahl* (Fn. 2), 17 ff., 49 (der „offene Staat“ als bleibender „ausschließlicher Kristallisationskern von politischen Prozessen“); vgl. auch *Hobe* (Fn. 20), 380 ff.; *K. Vogel* Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965, 89 ff. („Verfall des Territorialprinzips“).

<sup>74</sup> *Wahl* (Fn. 2), 52.

<sup>75</sup> Vgl. auch *Tietje* (Fn. 27), 1164.

wirft aber unweigerlich die Frage auf, warum man, um die neuen Phänomene begrifflich erfassen zu können, weiterhin am Staatsbegriff festhalten sollte.<sup>76</sup>

## 2. *Konstitutionalismus*

Der Konstitutionalismus favorisiert eine Höherlegung des politischen und administrativen Niveaus und sucht nach neuen Haltepunkten jenseits des Staates. Der Kern dieser Suchbewegung besteht darin, Vorstellungen von europäischer und internationaler Demokratie in den Vordergrund zu stellen und diese mit dem Verfassungsbegriff zu verknüpfen. So nimmt seit geraumer Zeit die Zahl der Publikationen zu, die, Analyse und Empfehlung verbindend, Europarecht, Völkerrecht, transnationales und globales Recht in einer Phase der Konstitutionalisierung sehen.<sup>77</sup> Der Ver-

---

<sup>76</sup> Der Einwand ließe sich in der hier eingenommenen Perspektive etwa so formulieren: Der Staatsbegriff der Neuzeit referiert auf die flächenhafte Vorstellung eines Staatsgebiets. Ein Staatsgebiet setzt wiederum eine Grenze (von slawisch: *granica*) voraus, deren Integrität von anderen Staaten geachtet wird. Ein Territorium mit einer offenen Grenze ist aber kein Territorium mehr. Es wird vielmehr zu einem Transitraum, so wie auch die anderen staatlichen Territorien zu Transiträumen werden. Wenn das ausschlaggebende Moment des Raumes nicht mehr die Innenseite der Grenze ist, sondern das dauernde Kreuzen der Grenze (z.B. zwischen Düsseldorf und Palma de Mallorca), dann werden zwar nicht alle Unterschiede zwischen den Staaten beseitigt, durch das dauernde Kreuzen wird aber unweigerlich eine Dynamik freigesetzt, in der die „Umschlußfunktion des Raumes“ (*H. Heller*) immer weniger einen Unterschied macht. Damit geraten zugleich die weiteren Voraussetzungen des Staatsbegriffs (im Sinne Jelineks) unter Druck, das Staatsvolk, d.h. die Lokalisierung einer Menge von Körpern auf diesem und keinem anderen Staatsgebiet und ihre „Unterwerfung“ unter diese und keine andere Hoheitsgewalt. *Hellers* zutreffender Vermutung (Fn. 11), 242, dass auf einer Schicksalsgemeinschaft des Bodens das Wesen des Staates als einer gebietsuniversalen Entscheidungs- und Wirkungseinheit wesentlich beruht, werden dann auch „sozio-kulturell“ die Voraussetzungen entzogen.

<sup>77</sup> Allgemein z.B. *G. Frankenberg* Autorität und Integration, 2003, 171ff.; für das globale Recht z.B. *Teubner* (Fn. 66); diese Perspektive leicht abschwächend *A. Fischer-Lescano* Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), 217ff.; für das Völkerrecht *J.A. Frowein* Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: K. Dicke u.a. (Hrsg.) *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Beziehungen*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Bd. 39, 427ff.; für das WTO-Recht *E.-U. Petersmann* Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law, Fribourg 1991, insb. 210ff.; *Uerpman* (Fn. 48); für das Gemeinschaftsrecht vgl. nur *I. Pernice* (Fn. 21), 148ff., 153, mit der These, dass es eine europäische Verfassung schon gibt; *J.H.H. Weiler* European Neo-constitutionalism – In Search of Foundations for the European Constitutional

fassungs-begriff dient dabei auch häufig als Chiffre für eine allerdings eher unklar bleibende Vorstellung des Schutzes Drittbetroffener vor den negativen Auswirkungen globaler wirtschaftlicher Macht.

Bei diesem Unternehmen fragt sich vor allem, was ein Verfassungs-begriff leisten kann, der vom Staatsbegriff abgelöst wird. Verfassung im spezifisch modernen Sinn, d. h. als geschriebene und gedruckte Verfassung,<sup>78</sup> meint die Verpflichtung einer einheitlich organisierten Staatsmacht auf einen einzigen Rechtstext, auf *ein* schriftliches Dokument.<sup>79</sup> Sicher kann man den Verfassungs-begriff von diesen Voraussetzungen befreien und Verfassung auf alle möglichen transnationalen Institutionen und Netzwerke beziehen, von denen man glaubt, sie übten rechtlich nicht gehegte Macht aus. Dann kann man etwa die „Macht“ der WTO konstitutionalisieren. Aber dann muss man auch zeigen, welchen spezifischen Sinn der Verfassungs-begriff bei solchen Operationen haben könnte.<sup>80</sup> Es genügt jedenfalls nicht, den Verfassungs-begriff mal als Synonym für den Schutz vor wirtschaftlicher Macht zu verwenden, mal als Ausdruck für die Autonomie des konstitutionalisierten Rechts und mal über den Verfassungs-begriff den Vorrang des einen „Rechtskreises“ gegenüber anderen begründen zu wollen.<sup>81</sup> Diese Begriffsstrategie ist umso unbefriedigender, solange nicht klar wird, warum man meint genau diese Dinge noch einmal mit dem Verfassungs-begriff ausdrücken zu müssen. Gerade die Vorstellung des „Vorrangs der Verfassung“ wird in den neuen Phänomenbereichen des Öffentlichen Rechts entwertet. Es fehlt eben der *eine* staatliche „Gesetzgeber“, der an höherrangige Verfassungsprinzipien und Grundrechte gebunden werden könnte.

---

Order, *Political Studies* 44 (1996), 517–533; *Frankenberg* ebd., 73 ff., 93 („Kontrakt-Verfassung“); *Joerges* (Fn. 58 – Bureaucratic Nightmare), 15 ff.; *ders.* „Good Governance“ Through Comitology?, in: *ders./Vos* (Fn. 58), 311 ff., 322 ff. („deliberative supranationalism“).

<sup>78</sup> Zum Verhältnis von Verfassung und Druckpresse am Beispiel der amerikanischen Verfassung vgl. *E. Katsh* *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford 1989, 266 f.; vgl. auch *C. Vismann* Kommentierung Art. 79, in: *AK GG*, 3. Aufl. 2001, Rn. 12.

<sup>79</sup> Vgl. nur *Heller* (Fn. 76), 385 ff.; *Fögen* (Fn. 25), 30; *Peters* (Fn. 21), 55.

<sup>80</sup> Kritisch *R. Wahl* *Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff*, FS Brohm, 2002, 191 ff.; vgl. auch *meine* Überlegungen in *Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunter Teubner*, in: *Joerges/Sand/Teubner* (Fn. 63).

<sup>81</sup> Es scheint jedenfalls kein Zufall zu sein, dass noch der ambitionierteste Versuch aus neuerer Zeit, die Vorstellung einer europäischen Verfassung zu begründen, sich selbst als „Elemente einer Theorie der Verfassung Europas“ (*Peters* Fn. 21) beschreibt. Denn genau das ist zu vermuten: Dass es mit Hilfe des Verfassungs-begriffs nicht gelingen wird, über Elemente einer Theorie hinauszukommen.

### 3. *Rechtsppluralismus*

Diese Überlegungen werfen die Frage auf, ob das Öffentliche Recht nicht gut beraten wäre, stärker auf begriffliche Diskontinuität zu setzen, anstatt die neuen Phänomene in bewährten Begriffen wie Staat und Verfassung bewältigen zu wollen. In der Literatur wird an dieser Stelle das Angebot einer Netzwerktheorie des Rechts gemacht. Diese Suchbewegung knüpft vor allem an die Erfahrungen mit privat-öffentlichen Regulierungsnetzwerken an. Sie antwortet auf die neuartigen Phänomene transnationaler Rechtsstrukturen mit der Anerkennung einer paradoxen Selbstbegründung des Rechts.<sup>82</sup> Daraus resultiert u. a. die Idee eines Pluralismus von Rechtsordnungen, dessen Normenreichtum nicht auf staatliche und politische Setzungsakte reduziert werden dürfe. Die rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit würde sich dann auf die spontanen und inkrementellen Prozesse der Verknüpfung und wechselseitigen Durchdringung verschiedener, teils raumbezogener, teils funktionsbezogener Rechtsordnungen richten.

Die Grundannahme dieser Suchbewegung lautet, dass es in einem weltweiten Netzwerk von Rechtskommunikationen kein Oben und kein Unten, kein Zentrum und keine Peripherie, keinen Ursprung und keinen letzten Grund mehr geben kann. Die neuen Phänomene des Öffentlichen Rechts jenseits des Staates ließen sich dann nicht mehr vom Staat aus entwickeln, in einem Schichtenmodell abbilden und z. B. als „Mehrebenensystem“ beschreiben. Es ginge vielmehr um „Netzwerke“, um prinzipiell gleich geordnete Rechtsordnungen mit eigenen Traditionen und Infrastrukturen, die wie die Olympischen Ringe ineinander hängen und sich partiell überlappen.

Die Theorie des Rechtsppluralismus führt das Öffentliche Recht freilich auch an eine Grenze. Der Rechtsppluralismus wirft vor allem die Frage auf, ob es nicht gewagt ist, das ehemalige Staatsrecht in einen Begriff (Öffentliches Recht) umzuleiten, den es nur im Gegensatz zum Privatrecht geben kann. Öffentliches Recht setzt eine stabile Grenze zwischen dem Privaten und dem Öffentlichen voraus. Genau davon kann in den neuartigen privat-öffentlichen Regulierungsnetzwerken jedoch nicht mehr aus-

---

<sup>82</sup> *Ladew* (Fn. 12 – Das selbstreferenzielle Kamel), 177 ff., 182: „Das autonome, von den Bindungen an Moral und Religion emanzipierte Recht hat einen emergenten Charakter, es ist ein Phänomen der Selbstorganisation, das ein Akzeptieren der sich herausbildenden Verknüpfungsmuster von Bindungen zu Netzwerken voraussetzt“. Zu den theoretischen Grundlagen vgl. auch die weiteren Beiträge von *N. Luhmann* in: *G. Teubner* (Hrsg.) *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, 2000; vgl. dazu auch die Arbeiten von *G. Teubner* u. a. in Fn. 61 und 66.



gegangen werden. Damit wird aber zugleich die Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht selbst auf eine harte Probe gestellt, ja es fragt sich, wie das Öffentliche Recht unter dieser Voraussetzung als eigenständige Disziplin stabilisiert werden kann. Dazu werden in der Literatur bislang nur funktionale Überlegungen angeboten, etwa im Sinne der Konturierung eines Rechts der Gemeinschaftsgüter.

## V. Konsequenzen für das Staatsrecht und die Staatsrechtslehre

Rufen wir uns abschließend noch einmal in Erinnerung: Der staatsrechtliche Positivismus beruhte nicht auf der überhistorischen Prämisse, das Öffentliche Recht ein für alle Mal als Staatsrecht zu begründen. Vielmehr vertrat der staatsrechtliche Positivismus den Standpunkt des Rechtssystems unter den Bedingungen eines sich formierenden Nationalstaats.

Das ist etwas anderes als Etatismus. Der staatsrechtliche Positivismus des 19. Jahrhunderts hat nicht in konkreten Raumordnungen gedacht, sondern in abstrakten Relationen. *Laband*, *Jellinek* oder *Otto Mayer*, sie alle haben das Staatsgebiet im Gefolge der mathematischen Naturwissenschaft des 17. Jahrhunderts als geschlossene geometrische Fläche, also als Produkt einer symbolischen Ordnung, konzipiert. Die geometrische Fläche war kein Teil der Substanz des Rechts, sondern eine Voraussetzung seiner raumbezogenen Geltung.<sup>83</sup> Gibt man die Staatszentrierung des Öffentlichen Rechts heute, im Zeitalter der Globalisierung, auf und stellt auf raumindifferente, normative Strukturen um, ist das folglich kein Bruch mit der liberalen Tradition, sondern ihre konsequente Weiterentwicklung. Zwischen Territorium, Staatsgewalt und Öffentlichem Recht mag es in der Vergangenheit eine enge historische Verknüpfung gegeben haben.

---

<sup>83</sup> Das erkennt man nicht zuletzt daran, dass die territoriale Grenze im staatsrechtlichen Positivismus als „Grenzlinie“ erscheint, also als gedachte (geometrische) Grenze, als Vorstellung, die sich räumlich formt; nicht aber umgekehrt repräsentiert der Begriff der Staatsgrenze ein Grenzland oder eine natürliche Grenze wie z.B. die Nordsee. Das kommt deutlich zwar erst in der um 1900 entwickelten Auffassung des Staatsgebiets als „Kompetenzsphäre“ zum Ausdruck, vgl. *E. Radnitzky* Die rechtliche Natur des Staatsgebiets, Archiv für öffentliches Recht 1906, 313 ff.; *H. Kelsen* Staatslehre, 1925, 137 ff.; *Heller* (Fn. 11), 243 f. Die Vorstellung des Territoriums als Kompetenzsphäre entspricht aber durchaus den Intentionen etwa *Labands* – vgl. nur *ders.* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl., 1911, Nachdruck 1964, 192: „Das Gebiet ist also nicht Teil der rechtlichen Organisation des Volkes, sondern eine Voraussetzung seiner Selbsthaftigkeit.“

Aber es gibt keine rechtslogische Abhängigkeit zwischen diesen Komponenten.

Die Diskussion, wie der Nachfolgebegriff für den Rechtsstaat lauten und wie er theoretisch konturiert werden könnte, hat, wie eben gezeigt, gerade erst begonnen. Deshalb verbietet sich jede abschließende Einschätzung. Zweierlei dürfte aber deutlich geworden sein:

Ein neues Öffentliches Recht jenseits des Staates kann der funktionalen Dynamik der Europäisierung und Internationalisierung in einem ersten Schritt durchaus folgen. Insofern wäre es weiterhin ein Recht öffentlicher Güter oder Interessen, wenn auch nicht mehr im nationalstaatlichen Rahmen.<sup>84</sup> Ein solches Recht darf sich aber nicht in einer Abbildung des Trends zur Herausbildung funktionaler Regulierungsnetzwerke samt ihrer sektoralen Engführung erschöpfen. Statt einfach auf Funktionalisierung, Materialisierung und Politisierung des Öffentlichen Rechts zu setzen, muss ein neues Öffentliches Recht jenseits des Staates nach einem Substitut für den Systembegriff des staatsrechtlichen Positivismus suchen.

Ein zentraler Bestandteil dieser Suchbewegung hätte ein Kollisionsrecht konfligierender Rechtsordnungen zu sein. Darin würde das Öffentliche Recht auf neuartige Abstimmungsprobleme reagieren, wie sie etwa im Bananenmarktfall sichtbar geworden sind.<sup>85</sup> Natürlich enthielte dieses Kollisionsrecht sowohl Komponenten des „einfachen“ wie auch des „konstitutionalisierten“ Rechts. In der neuen Ordnung des Rechtspluralismus würde es aber keinen pauschalen Anwendungsvorrang der einen Rechtsordnung mehr vor der anderen geben. Gefordert wäre vielmehr die Ausarbeitung einer „Meta-Dogmatik des Rechtspluralismus“,<sup>86</sup> die Abstimmungsregeln zwischen den raum- und funktionsbezogenen „Rechtskreisen“ schafft. Ansätze eines solchen Kollisionsrechts finden sich z.B. auf der Ebene des transnationalen Wirtschaftsrechts, etwa im Verhältnis von Handelsfreiheit und Umweltschutz.<sup>87</sup> Auch im Verhältnis von Europarecht und (Allgemeinem) Verwaltungsrecht hat in den letzten

---

<sup>84</sup> Als Fallstudie vgl. *T. Vesting* The Network Economy as a Challenge to create New Public Law (beyond the State), in: K.-H. Ladeur (Hrsg.) *Globalization and Public Governance*, Ashgate, Cambridge 2003 (i.E.); Überlegungen in diese Richtung auch bei *Oeter* (Fn. 44), 208ff., 222 und *Tietje* (Fn. 48).

<sup>85</sup> Vgl. *C. Schmidt* Ein enttäuschender Rückzug, *NVwZ* 2001, 249ff.

<sup>86</sup> *Ladeur* (Fn. 61), 101.

<sup>87</sup> Vgl. dazu etwa *R. Schmidt/W. Kahl* Umweltschutz und Handel, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.) *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Bd. 2, 1998, § 90; *Wahl* (Fn. 2), 40ff.

Jahren die Bereitschaft zugenommen, die Haltbarkeit eines Kollisionsrechts zu testen.<sup>88</sup>

Damit wäre zugleich das Ende der Möglichkeit eingeleitet, die Einheit des Öffentlichen Rechts als Staatsrecht bezeichnen zu können. Unstrittig sollte jedenfalls sein: Der Anspruch der Staatsrechtslehre, das Ganze einer Disziplin zu repräsentieren, muss aufgegeben werden. Staatsrecht muss heute als Differenz begriffen werden, als Unterscheidung im Unterschied zum Europarecht, als Unterscheidung im Unterschied zum Völ-

---

<sup>88</sup> Die Konsequenzen ließen sich etwa so entwickeln: Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts bedeutet auch in verwaltungsrechtlicher Perspektive nicht das Ende der Unterscheidung von nationalem Verwaltungsrecht und europäischem Recht. Die Krise der Grenzziehung ist zugleich eine Krise der Hierarchie. Das nationale Verwaltungsrecht wird also nicht einfach durch ein europäisches oder gar gemeineuropäisches Verwaltungsrecht verdrängt und ersetzt. Entgegen der h.M. wird auch keine Hierarchie bzw. kein pauschaler Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht begründet. Vielmehr tritt das europäische Verwaltungsrecht mit dem nationalen Verwaltungsrecht und seinen Infrastrukturen, insbesondere dem Allgemeinen Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, in einen laufenden Kontakt und setzt Letzteres voraus. Beide Seiten tauschen sich auf dieser Grundlage aus und irritieren sich wechselseitig. Dabei ist es keineswegs so, dass Rat, Kommission und EuGH in diesem Netzwerk von Entscheidungen immer das letzte (EuGH) oder erste Wort (Rat/Kommission) hätten. In einem Netzwerk von Netzwerken gibt es weder letzte noch erste Worte und auch keine „letzten, ursprünglichen“ Entscheidungen mehr. Wenn die wechselseitige Irritation zwischen Europarecht und nationalem Verwaltungsrecht dauerhaft erfolgreich verlaufen soll, muss das Europarecht eine hohe Variabilität und Flexibilität der nationalen Verwaltungsrechte zulassen, die genügend Raum für variierende Prozesse der nationalstaatlichen Umsetzung und Anpassung lässt. Umgekehrt verlangt das auf der Seite der Mitgliedstaaten, die jeweils unterschiedlich gewachsenen Strukturen des Verwaltungsrechts, die Geschichte seiner Institutionen und dogmatischen Regeln einschließlich ihrer institutionell-organisatorischen Besonderheiten auf die Europäisierung einzustellen. Vgl. zu einer solchen Perspektive *K.-H. Ladeur* Introduction: Conflict and Cooperation between European Law and the General Administrative Law of the Member States, in: ders. (Hrsg.) *Europeanisation of Administrative Law*, Aldershot u.a., 2002, 1 ff.; ders. Flexibility and „Co-operative Law“: The Co-ordination of European Member States' Law – The Example of Environmental Law, in: G. de Burca/J. Scott (Hrsg.) *Constitutional Change in the EU*, Oxford 2000. Weitere Überlegungen in diese Richtung u.a. bei *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), 29 ff., 36, 307 ff.; 334 („diskursive Aufgabe“); v. *Damwitz* (Fn. 28), 394 ff., 482 (Umstellung von „harmonisierungsrechtlicher Orientierung“ auf eine „kollisionsrechtliche Ausrichtung“); *Kadelbach* (Fn. 20), 114 ff., 276 ff. (betont die Autonomie der nationalstaatlichen Dogmatik gegenüber dem EG-Recht); *F. Schoch* Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, DVBl 1997, 289, 296 f.; ähnlich wohl auch *P.M. Huber* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194 ff., 209 ff.; für das Zivilrecht *C. Joerges* The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines, *European Review of Private Law* (1995), 178 ff.

kerrecht und als Unterscheidung im Unterschied zum transnationalen und globalen Recht. Das bedeutet nicht, dass die Staatsrechtslehre in nächster Zeit eingestellt werden sollte. Staatsrechtslehre und ihr Substrat, der Staat, verschwinden nicht. Aber in Zukunft ist Staatsrechtslehre nicht länger das Zentrum, sondern ein Teilgebiet des Öffentlichen Rechts (*Public Law*), ein Knoten in den neuartigen Netzwerken einer prinzipiell weltweiten Rechtskommunikation.

*Leitsätze des 2. Berichterstatters über*

## **Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung**

„Es geht nicht um Recht oder Unrecht,  
es geht um Macht und Gewalt!“

*Alessandro Manzoni Die Brautleute  
(I Promessi Sposi), 1827*

*1. Der staatsrechtliche Positivismus des 19. Jahrhunderts hat nicht einfach introvertiert-etatistisch gedacht. Im Vordergrund stand vielmehr die Ablösung des neuzeitlichen Souveränitätsbegriffs (Machtstaat) durch ein autonomes, systemabhängiges und darin positives Staatsrecht. Die Orientierungsformel für dieses Modell hieß „Rechtsstaat“. Seine Themen hießen: Herrschaft des Gesetzes, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und (individueller) Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte. Allerdings hat der staatsrechtliche Positivismus das Rechtssystem, seine Geltung und Institutionen, an eine politische Raumordnung, den Staat, gekoppelt. Für diese Verknüpfung von Öffentlichem Recht und politischem Staat steht der Klammerbegriff „Rechts-Staat“.*

*2. Die Verankerung des Öffentlichen Rechts in einer politischen Raumordnung ist eine von Anfang an paradoxe Konstruktion, die sich angesichts der Prozesse der Europäisierung und Internationalisierung nicht mehr halten lässt. Letztere finden ihren gemeinsamen Nenner darin, dass sich das Öffentliche Recht mehr und mehr in eigenständige, funktionsorientierte Rechtsordnungen jenseits des Staates pluralisiert. Als europäisches, internationales, transnationales und globales Recht wirken diese Rechtsordnungen dann in die nationalstaatliche Rechtsordnung zurück, die dadurch ihrerseits europäisiert, internationalisiert, transnationalisiert und globalisiert wird.*

*3. Die Folge dieser Bewegung ist eine Auflösung von Unterscheidungen, die bislang als stabil vorausgesetzt werden konnten. Dazu gehören vor allem die Unterscheidungen Europarecht/Staatsrecht und Völkerrecht/Staatsrecht. Das Staatsrecht wird aber nicht einfach durch ein angeblich „supranationales“ Europarecht oder ein „höheres“ Staatengemeinschaftsrecht verdrängt. Die hierarchischen Konstruktionen des 19. Jahrhunderts, wie sie vor allem das Verhältnis von Staatsrecht und Völkerrecht bestimmt haben, werden im*

21. Jahrhundert nicht einfach umgekehrt. Die Krise der Grenzziehung ist zugleich eine Krise der Hierarchie. Die Trennung von Rechtsordnungen weicht einer Interdependenz und Kooperation zwischen ihnen.

4. In welchem Rahmen die Staatsrechtslehre auf diese Lage reagieren und sich selbst neu orientieren kann, wird inzwischen offen, aber auch sehr kontrovers unter Themen wie „offener Staat“, „Konstitutionalismus“ oder „Rechtspluralismus“ diskutiert. Eine abschließende Einschätzung dieser Diskussion ist zurzeit noch nicht möglich. Es hat jedoch den Anschein, dass der mit der Theorie des Rechtspluralismus verbundene Netzwerkbezug die neue Form der laufenden Grenzziehung und gleichzeitigen Kontaktverdichtung zwischen Rechtsordnungen am besten abzubilden in der Lage ist.

5. Entscheidend für die zukünftige Diskussion ist, dass sich das Öffentliche Recht – wie der staatsrechtliche Positivismus des 19. Jahrhunderts – als Suchbewegung versteht und die Notwendigkeit zu theoretischem Experimentieren anerkennt.

6. Die Suchbewegung nach einem Substitut für den „Rechtsstaat“ sollte sich nicht in der Abbildung des Trends zur Herausbildung funktionaler Regulierungsnetzwerke samt ihrer sektoralen Einführung erschöpfen (Steuerungstheorie). Ein neues Öffentliches Recht jenseits des Staates muss ein Substitut für den Systembegriff des staatsrechtlichen Positivismus und die darin angelegte Ordnungsleistung entwerfen. Die Vorstellungen eines „Kollisionsrechts“ und einer „Meta-Dogmatik des Rechtspluralismus“ weisen in diese Richtung.

7. Der Anspruch der Staatsrechtslehre, das Ganze einer Disziplin zu repräsentieren oder doch zumindest ihr Zentrum, muss angesichts der Prozesse der Europäisierung und Internationalisierung aufgegeben werden. Staatsrechtslehre und ihr Substrat, der Staat, verschwinden nicht. Aber in Zukunft ist Staatsrechtslehre nur noch ein Teilgebiet des Öffentlichen Rechts (Public Law), ein Knoten in den neuartigen Netzwerken einer prinzipiell weltweiten Rechtskommunikation.

### 3. Aussprache und Schlussworte

## Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung

**Vorsitzender (Schulze-Fielitz):** Meine Damen und Herren, es haben sich für die Diskussion von anderthalb Stunden Dauer bislang 34 Kollegen gemeldet. Nach Adam Riese und empirischen Erfahrungen, die manchmal zum gleichen Ergebnis kommen, können aber maximal 22 bis 23 Kollegen sprechen, es sei denn, die ersten sind so diszipliniert, dass sie für die nachfolgenden, die wir ja auch registriert haben, noch Platz lassen. Insofern: Ein Appell an alle, diese Vierminutenregel dadurch zu optimieren, dass man noch kürzer spricht! Die 23 mir vorliegenden Wortmeldungen habe ich in vier Themengruppen gegliedert. Die erste thematische Bündelung ergibt sich aus der Frage – das ist offenbar ein provozierendes Stichwort gewesen – nach der „Entsouveränisierung“ und der Einheit des Staates. Die zweite Themengruppe bezieht sich darauf, wie der Prozess der Europäisierung und Internationalisierung die Staatsaufgaben verändert und auch das Staatsinnere. Die dritte Themengruppe befasst sich mit dem Thema „Demokratie – Parlamentarismus: Stellung des Staatsbürgers unter internationalisiertem Einfluss“, und die vierte Themengruppe mit „Konsequenzen für die Theoriebildung und für die Lehre an den Universitäten“. In dieser Reihenfolge möchte ich vorgehen und die Redner aufrufen. In der ersten Gruppe zur Frage der Einheit des Staates und dem Problem der Entsouveränisierung habe ich fünf Teilnehmer. Zunächst Herr *Di Fabio*.

**Di Fabio:** Ich darf mich bedanken für die Referate. Wir haben, glaube ich, zwei zur Diskussion auffordernde, sie gut vorbereitende Referate gehört. Frau *Kokott* hat über das ganze Feld eine „Tour d’horizon“ vorgeführt. So wurde uns die Problematik in kurzer Form noch einmal bewusst gemacht, und ich bin sehr dankbar dafür. Es war aber nicht nur eine Bestandsaufnahme, sondern Frau *Kokott* hat auch – durchaus provokant – das Staatsrecht zu der Frage genötigt: „Wie halten wir es mit der Souveränität?“ Und dazu möchte gleich ich eine kleine Randbemerkung machen. Herr *Vesting* hat etwas anderes gemacht, und damit, meine ich, eine ideale Ergänzung geleistet. Er hat die Metaebene des Rechts betre-

ten, das Recht aus einer systemtheoretischen Perspektive betrachtet, um das Recht zu sich selbst zu führen. Die Selbstreflexion des Staatsrechts hat begonnen, spätestens mit dieser Tagung begonnen, und wir werden jetzt stärker daran arbeiten müssen, die Konsequenzen für das Recht, für Rechtsaussagen, zu bedenken.

Zwei Bemerkungen zu den beiden Referaten, zwei Fragen: Ich habe nicht ganz verstanden, Frau *Kokott*, wo genau die Souveränität nun verloren gegangen ist. Sie haben zwar gute Gründe angeführt, warum man Souveränität der Staaten nicht „mögen“ sollte. Sie ist ja auch eine scharfe Setzung. Souveränität – da graust einem ja schon etwas vor, weil sich die Willkür, die Dezision an den Anfang stellt. Es handelt sich um eine Setzung, eine bewusste, fast provokante Setzung. Und dann haben Sie aber, Herr *Vesting*, gesagt, der Rechtsstaat sei die Idee, das zu mediatisieren, und das wieder einzufangen, die Willkür der Setzung in die Systematik und in die Formen des Rechts zu führen. Ist das nicht eigentlich eine unglaublich intelligente und fruchtbringende Idee gewesen? Und wenn man dann sagt, „es gibt keine Souveränität und es gibt keinen Staat mehr“, verlieren wir dann nicht eigentlich das Plateau, auf dem wir alle stehen und das uns zu solch intelligenten Einsichten überhaupt geführt hat? Bei der Souveränität würde ich sagen, es gibt ebenso gute Gründe, an ihr festzuhalten wie sie abzulehnen. Vielleicht sollte man als Jurist in einem entwickelten Rechtssystem an Ableitungszusammenhängen doch noch einen Augenblick festhalten. Auch der Europäische Verfassungsvertrag ist ja keine souveräne Verfassungsgebung, sondern ist betätigte Souveränität der sich bindenden Mitgliedstaaten. Sie scheint mir noch nicht über Bord geworfen zu sein. Meine zusätzliche Frage an Frau *Kokott*: Wieso ist es mit dem Begriff der Souveränität unvereinbar, dass der „Souverän“, der ja eigentlich nur deshalb so heißt, um ein Synonym für die Freiheit der Menschen in der Welt der Staaten zu finden – warum soll man sich nicht binden können in Freiheit und ohne Aufgabe der Freiheit? Warum soll man sich nicht immer stärker binden können? Warum verliert man seine Freiheit durch Bindung? Das ist eine, meine ich, interessante Frage, die man auch auf der Ebene des Völkerrechts weiterverfolgen sollte. Herrn *Vesting* möchte ich etwas anderes fragen: Herr *Vesting*, Sie haben ja den Staat im Grunde genommen für entbehrlich erklärt und durch Netzwerke zu ersetzen gesucht. Das war natürlich als Beschreibung gedacht, wenn Sie sagen, der Staat stehe nicht mehr im Mittelpunkt, er sei nicht mehr letztverantwortlich. Nur, ich frage mich: Wir sind ja Juristen, wir könnten ihn ja für letztverantwortlich erklären, normativ. Und wenn wir das täten: Hätten wir nicht dem Recht, das ja auf Durchsetzung, auf den Erzwingungsstab angewiesen ist, einen großen Gefallen getan? Denn die Netzwerke, die ohne selbstlegitimierende Ordnung, ohne den legi-



timen Einsatz von Gewaltmonopolen, die Welt überspannen, wären die denkbar ohne die Ordnungsfunktion der Staaten, die diese Netzwerke zusammenhalten?

**Doehring:** Die Analyse und Diagnose von Frau *Kokott* zur Souveränität international ist vollkommen richtig und auch unwiderlegbar. Herr *Di Fabio* hat gerade gefragt, woran denn der Verlust der internationalen Souveränität liegt; das werde ich Ihnen gleich sagen, aber vielleicht ein bisschen stark gezeichnet. Die traditionellen Völkerrechtler, die ich gerade in Brügge im Institut de droit international getroffen habe, halten sehr stark noch an der völkerrechtlichen Souveränität fest. Nun, Souveränität ist ein terminologisches Problem und hat sich gewandelt. Ausgangspunkt war die Auffassung von *Erich Kaufmann*, der siegreiche Krieg entscheide auch über die Inhaberschaft des Rechts. Dann haben wir gesagt, Ordnungsabhängigkeit besteht, aber dennoch Befehlsunabhängigkeit. Das waren die beiden Thesen. Die Ordnungsabhängigkeit der Staaten ist erheblich stärker geworden. Frau *Kokott* hat richtig darauf hingewiesen: In erster Linie durch Erfindung ständig zunehmender zwingender Normen. Sie beschränken den Staat bis zu den Menschenrechten, und das nimmt immer stärker zu. Die Befehlsunabhängigkeit ist geringer geworden, auch wenn die UN nicht funktioniert; der Artikel 25 der Charta macht jedenfalls die Staaten abhängig von sehr konkreten Beschlüssen des Sicherheitsrats. Dass in Europa die Souveränität kein Diskussionsthema mehr ist, ist mir völlig klar – es hat gar keinen Sinn mehr, über diesen Verlust zu sprechen, hat schon *Ipsen* gesagt. Nun aber so optimistisch wie Frau *Kokott* dann war, bin ich doch nicht, und ich hab ein wenig Bedenken, und etwas Trauer packt mich auch. Herr *Di Fabio* hat eben auch darauf hingewiesen: Hat der Einzelmensch durch den Verlust der staatlichen Souveränität eigentlich gewonnen oder verloren? Steht der Freiheitsgewinn, den wir feststellen, in angemessenem Verhältnis zum Schutzverlust? „Freiheit alleine konstituiert nichts“, hat schon *Vico* gesagt. Wer vermittelt nun sinnvoll, wozu sich die Gemeinschaft entschließen soll? Oder wollen die Menschen überhaupt so frei sein, wie man sie zwangsweise macht? Beim Sozialstaat, habe ich den Eindruck, ist es gar nicht so sehr die soziale Freiheit, die gewünscht wird, sondern die Sicherheit. Und die geht hier etwas verloren. Ich möchte auch nicht bei *Carl Schmitts* und *Forsthoffs* Resignation stehen bleiben, wonach der Staat nun eigentlich aufgegeben wird, aber ich muss die Frage stellen: Streicht man den Staat, womit ersetzt man ihn? Denn seine Vorteile, die kennen wir alle. Aber wir wissen nicht, ob der Mensch nun in ein Loch fällt, in ein bodenloses, wenn wir alle diese Bindungen so aufheben, wie sie radikal auf-

gehoben würden, wenn man dieser Entwicklung weiter völlig freien Lauf lässt.

**Oppermann:** Ich bedanke mich bei beiden Referenten für die ungemein interessanten und bereichernden Referate. Nach diesen Eindrücken können wir die weitere Entwicklung der europäischen Rechtsprechung mit Interesse beobachten, wenn Frau *Kokott* ab Montag als Generalanwältin das Portal des Europäischen Gerichtshofes durchschreitet.

Meinerseits hätte ich ebenfalls eine Frage zur Souveränität. Ebenso wenig wie andere bin ich nicht überzeugt, dass sich der Staat auf EU-Ebene in dem Ausmaß auf dem Rückzug befindet, wie es Frau *Kokott* und wohl auch Herr *Vesting* dargestellt haben. Er kommt mir vor wie der Riese Gulliver, der von den Zwergen mit mehr oder weniger dicken Stricken gefesselt ist, sich aber, wenn er es wirklich will, immer noch befreien kann.

Ich darf die Frage wie folgt zuspitzen: Sie, Herr *Vesting*, haben von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union als den „Knechten der Verträge“ gesprochen. Ich frage umgekehrt: Ist denn die bekannte Lehre von den Staaten als den „Herren“ der Verträge falsch geworden? Ich würde sagen: Keineswegs! Wenn Sie sich die gegenwärtige europäische Verfassungsgebung ansehen, sind es dort weiterhin die Mitgliedstaaten, die den Weg bestimmen. Manche sagen, dass der Europäische Rat der Staats- und Regierungschefs im Verfassungsentwurf des Konvents zum eigentlichen „Herrn der EU“ gemacht wird. Die Entwicklung geht in eine Richtung, die alles andere als einen Abbau von Staatlichkeit bedeutet. Meine Frage also: Wie bringen Sie die Lehre von den „Herren der Verträge“ in Ihrer beider Gedankengebäude unter?

**Eckart Klein:** Dass wir Zeugen dramatischer Veränderungen im Staatsrecht und Völkerrecht sind, ist ja völlig unbestritten, und beide Referenten haben das auch in vorzüglicher Weise dargelegt. Ich hatte etwas das Gefühl, dass Sie sich beide im Überschwang dieser Diagnose etwas haben hinreißen lassen und dass Sie auch beide etwas zu stark ausgegangen sind von dem europäischen Integrationsstaat. Nun haben wir ja 191 Staaten in den Vereinten Nationen, minus 15 oder demnächst minus 25, das gibt immer noch eine erkleckliche Zahl von Staaten, die ja nicht diesen Bindungen unterliegen. Ich glaube, wir müssen stärker – und das vermisste ich etwas in den Referaten – den Blick auf diese anderen im Weltmaßstab eher typischen Hoheitsgewalten werfen und vielleicht von dort wieder auf unser Thema zurückkommen. Was die EU betrifft, ist ja nun glücklicherweise zu konstatieren, dass sie demokratisch – oder das demokratische Defizit wird zunehmend geschlossen –

also weitgehend demokratisch und auch rechtsstaatlich konzipiert ist, auch gerade im Hinblick auf den Grundrechtsschutz. Das sieht doch schon ganz anders aus, wenn wir auf die internationale Ebene gehen. Auch die von Ihnen, Frau *Kokott*, angesprochenen internationalen Menschenrechtsinstanzen sind ja nur dem Einzelnen eröffnet, wenn die Staaten die entsprechenden Verträge schließen, also diese Schneise ja doch auch wieder selbst eröffnen. Und ihre Durchschlagskraft – ich kann das nun aus eigener Erfahrung sagen aus dem Menschenrechtsausschuss – ist ja begrenzt. Also allein darauf zu vertrauen, ist etwas schwierig. Und noch schlimmer wird's, wenn wir den Sicherheitsrat ansehen. Der Sicherheitsrat hat kürzlich eine Proskriptionsliste erstellt. Es sind Leute da daraufgenommen worden, die als Terroristen gelten – vielleicht auch durchaus zu Recht –, aber da stellt sich doch die Frage, wie dagegen der Rechtsschutz bestellt ist. Ich meine eben, dass wir die Staaten doch noch einstweilen auch als Kontrolleure der internationalen Gemeinschaft gegenüber brauchen. Es ist eine Verbindung von Internationalität und Nationalität, und das Ganze muss in ein richtiges Zuordnungsverhältnis gebracht werden. Übrigens nur noch zum Schluss ein Wort zur Europäischen Union: Solange sich Kommissionspräsidenten nicht zu schade sind, im Gegenteil sogar es anstreben, von ihrem europäischen Amt aus doch wieder in ihrem eigenen Land die Position des Staatspräsidenten oder des Ministerpräsidenten zu übernehmen, kann es so schlecht selbst im europäischen Integrationsstaat nicht mit der Position der Mitgliedstaaten bestellt sein.

**Streinz:** Vielen Dank für das zugleich aktuelle wie grundsätzliche Thema und vor allem für die Behandlung durch die Referenten, die, wie die Diskussion jetzt schon zeigt, kontroverse Thesen geboten haben, wengleich ich selbst im Grundsatz zustimme, nicht nur wegen dem von Herrn *Vesting* gewählten Referenzgebiet des Lebensmittelrechts für die WTO. Einige Anmerkungen dazu: In These 8 weist Frau *Kokott* auf den Funktionswandel des Staates, nicht sein Absterben, hin – meines Erachtens völlig zu Recht und vor allem auch mit entsprechenden Folgen für die Europäische Union im Weltmaßstab, soweit sie die Staatsfunktionen übernommen hat, wie die These 7 auch zeigt. Was sind aber die Folgen für das universelle Völkerrecht, für die Satzung der Vereinten Nationen, die selbst auf der souveränen Gleichheit der Staaten beruhen? Die prinzipiell unstrittigen Vorgaben des Völkerrechts werden genannt, aber selbst bei mehr oder weniger anerkanntem *ius cogens* wie dem Gewaltverbot stellen sich Fragen nach den Ausnahmen – nicht nur „preemptive action“, gerade nach dem Irakkrieg – Fragen, die zum Teil aus verständlichen Gründen nicht vertieft behandelt wurden, zum Beispiel hinsicht-

lich der Folgen für Art. 26 Grundgesetz. Anknüpfend an die These 16 vom Demokratiegebot im Völkerrecht: Dies gilt unstreitig regional für EU und Europarat, aber gilt dies auch universell? Und was sind die Folgen? Die Wertneutralität des Völkerrechts kommt in berechneter Kritik, was die Diskussion über die so genannte humanitäre Intervention ausgelöst oder wiederbelebt hat. Aber: Haben oder bekommen wir den Wandel vom Völkerrecht der Koexistenz über das Völkerrecht der Kooperation zum Völkerrecht der Intervention? Und wie begegnen wir den damit offensichtlich verbundenen Gefahren, den Fragen nach objektiven Wertmaßstäben, der Einheitlichkeit der Rechtsdurchsetzung und nach rechtlichen und faktischen Vetomächten? Kurz zur Gestaltungsmöglichkeit für die Einzelnen, die in These 30 angesprochen wurde: Eine ist der „Zug nach Zug“, das heißt die Flucht vor deutschen Finanzämtern – vielleicht zeigt nichts mehr als dies den Souveränitätsverlust des Nationalstaates. Abschließend zu These 26: In der Juristenausbildung in Deutschland ist Europarecht endgültig Pflichtstoff als Bestandteil der in Deutschland geltenden Rechtsordnung geworden – dies hat ja auch lange genug gedauert. Aber dies muss auch für die völkerrechtlichen Bezüge zum Staatsrecht gelten, gerade jetzt bei der Reform des Pflichtstoffes, die notwendig zu Kürzungen führt wegen der Ausweitung der Wahlfachfächer. In Bayern ist es bezüglich der neuen JAPO mit Mühe gelungen, darauf aufmerksam zu machen und dies durchzubekommen.

**Vorsitzender:** Wir haben jetzt den nächsten Block, der die Rückwirkung von Europäisierung und Internationalisierung auf den inneren Bereich betrifft, wenn ich die Stichworte richtig interpretiert habe. Vielleicht kommt auch noch einmal der Souveränitätsgedanke zum Vorschein.

**Vogel:** Nur eine Bemerkung zu dem schönen Referat von Frau *Kokott*: Sie haben den „Dualismus in Reinform“, so habe ich wohl hoffentlich zutreffend mitgeschrieben, wie er von *Triepel* begründet wurde, als „kaum noch anzutreffend“ bezeichnet. Ich würde Ihnen empfehlen, einmal einige Entscheidungen des Bundesfinanzhofs zu der Frage zu lesen, wie völkerrechtliche Verträge sich zu später erlassenen innerstaatlichen Gesetzen verhalten. Das ist reiner *Triepel*, einschließlich seiner Begründung durch eine *petitio principii*. Die Tatsache, dass von 43 europäischen Verfassungen 19 ausdrücklich den völkerrechtlichen Verträgen Vorrang vor allen (auch späteren) innerstaatlichen Gesetzen zuweisen, dass dasselbe in fünf europäischen Staaten anerkanntes ungeschriebenes Verfassungsrecht ist, in weiteren fünf Staaten jedenfalls für menschenrechtliche Verträge gilt, ist dem BFH nicht bekannt (und die Höhe dieser Zahlen hat übrigens auch mich überrascht, als ich sie nachgezählt habe). Es lässt

nämlich nur 14 Staaten übrig, in denen für einen echten Dualismus noch Platz wäre. Ich werde das bei Gelegenheit dem Bundesfinanzhof zur Kenntnis bringen.

**Häberle:** Werte Kolleginnen und Kollegen. Erlauben Sie mir eine themengeschichtliche Vorbemerkung und eine Hauptbemerkung zum von Herrn Vesting aufgegriffenen (These III 2) Verständnis des Völkerrechts als werdendem „Menschheitsrecht“, wir brauchen ja eine „neue Schule von Salamanca“, zu welcher heute trotz des internationalen Theoriedefizits nicht nur einige Fußnoten geschrieben worden sind.

Erstens: Unsere Vereinigung hat recht oft das Thema „Europa“, „Europäisierung“, behandelt, etwa in Kiel, in Gießen, Leipzig sowie St. Gallen. Sie hat seltener das Thema „Internationale Beziehungen“ erörtert, Stichwort: Auswärtige Gewalt (Dresden) oder zuvor in Basel und Zürich (Stichwort: Verfassungsstaat im Geflecht internationaler Beziehungen). Dank der unendlichen Weisheit unseres Vorstandes werden heute beide Themenbereiche erstmals *zusammen* diskutiert. Meine Frage an die Referenten: Welches ist das Verhältnis von „Europäisierung“ und „Internationalisierung“? Vermutlich ist jene eine besonders dichte „Internationalisierung“, bezogen auf unseren Kontinent, wobei wir aber auch an andere denken müssen: Von Mexiko aus wurde jüngst die Idee des „Gemeinamerikanischen Verfassungsrechts“ entwickelt. –

Zweitens: Der alle Menschen, Völker und Kulturen verbindende Begriff „Menschheitsrecht“ leistet viel: Er zieht die Konsequenzen aus der Öffnung und Relativierung des (Verfassungs-)Staates bzw. der Souveränität, des Außen- und Innen, der Schaffung von Internationalen Gerichtshöfen, aus der Verstärkung der Subjektstellung des Menschen im von vielen fortgeschriebenen „Völkerrecht“, das nicht mehr einfach „Staatenrecht“ ist. Vieles können wir an den Wachstumsvorgängen zum Thema „Internationale Beziehungen“ in neueren Verfassungstexten ablesen: die Bezugnahme auf Menschenrechte, das Bekenntnis zu weltweiter Solidarität (nicht nur im Umweltschutz, Kulturgüterschutz) und zum Humanitären (etwa in der Schweiz), die allgemeine Völkerrechtsfreundlichkeit, die NGOs sind praktisch hinzugekommen. Frau Kokott hat eindrucksvoll die Herrenchiemsee-Formel von 1947 (Art. 1: „Der Staat ist um des Menschen willen da“) sozusagen ins Völkerrecht gewendet, insbesondere den Staat in den Dienst des Menschen gestellt (These 28). Neue Textstufen zeigen sich in einem besonderen Vorgang: neben dem alten bekannten Verbot von Angriffskriegen und der positiven Friedensklausel sowie dem Begriff der „Entwicklung“ des Völkerrechts hat eine Verfassungsänderung in Argentinien (2003), zuvor wie in Äthiopien, etwas Neues gebracht: das Verbot jeder Amnestie für Kriegsverbrechen und Verbrechen

gegen die Menschlichkeit, ihre Unverjährbarkeit, Konsequenz der dortigen leidvollen Geschichte. All dies zeigt, wie Prinzipien des Völkerrechts verfassungsstaatliches Innenrecht werden, das „Staatsbild“ hat sich ebenso verändert wie das Weltbild des Völkerrechts. Im Grunde lernen wir in Sachen „Menschheitsrecht“ von *Kant*, der „Mensch“ und „Menschheit“ optimistisch zusammendenkt.

**Rauschnig:** Zunächst darf ich an ein Wort von *Joseph H. Kaiser* auf der Staatsrechtslehrertagung 1964 erinnern, der sagte: „Der Staat, eine im Sterben begriffene Kategorie“. Wir beschäftigen uns sinnvollerweise weiterhin damit. Ich bin den Referenten äußerst dankbar, wie wir alle, für das Aufzeigen der neuen Entwicklungen.

Das soll uns die Augen nicht davor verschließen, dass wir noch ganz erhebliche Aufgaben in der Durchsetzung überhaupt des Staates in der Welt haben. Der Staat ist, wie wir früher gesagt haben, die effektivste politische Organisationsform, die sich in den letzten beiden Jahrhunderten über die ganze Welt verbreitet hat, aber noch nicht überall hin. Wir wären dankbar und froh, wenn wir überall mit geordneten staatlichen Verhältnissen zu tun hätten, bis hin zur Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung, dass man überhaupt im Laufe von zehn Jahren ein Urteil aus einem einfachen Verkehrsunfall erstreiten könnte, und ähnliches mehr, selbst in Europa. Das heißt, die Verwirklichung des Staates und auch seine Domestizierung in Gestalt des Rechtsstaates ist selbst im Inneren Europas noch nicht überall gelungen.

Wir sollten uns eben auch – und das ist in den ersten Diskussionsbeiträgen deutlich gesagt worden – davor hüten, eine zu innergemeinschaftliche Sicht überhand nehmen zu lassen. Wir sollten wissen, dass wir vielleicht über lange Jahre die Kraft der Völker und die Kraft des Nationalen unterschätzt haben. Sonst wäre es nicht zum Aufbrechen der Sowjetunion gekommen, und nach acht Jahre in Bosnien weiß ich, wie sehr um die Nationenbildung auch im kleinen Bereich gerungen wird. Wenn in diesen Tagen die baltischen Staaten dieses Europa jetzt bereichern, dann wissen wir auch, dass dieses aufgrund der nationalen Staatlichkeit geschieht. Wenn wir morgen den Tag der Wiedervereinigung feiern, dann wissen wir, dass auch die Wiedervereinigung selbstverständlich eben ein nationales Erlebnis war. Die Realisierung des Staatlichen ist auch im engeren Europa nicht abgeschlossen – denken wir an Griechenland und sein Betonen seiner Interessen in der EU, oder an Frankreich ..., denken wir an die jüngste Entscheidung Schwedens, die gemeinsame Währung abzulehnen. Wir denken an das Verhalten der USA, die sich nicht in ihrer Souveränität relativiert sehen, wir denken an Indien oder China. Die allgemeine Staatsrechtslehre sollte auch dies im Auge behalten.

Die Aufgabe, den Staat als Garantie des menschlichen Lebens in der Welt durchzusetzen und ihn im Rechtsstaat zu domestizieren, erfordert weiterhin viel Kraft und Einsatz, was nicht hindert, dass die so eindrucksvoll erörterten neuen Entwicklungstendenzen von uns voll getragen werden.

**Lege:** Erlauben Sie, dass ich angesichts der Kürze der Zeit etwas zuspitze und provoziere. Mir ist in beiden Referaten ein Begriff etwas zu kurz gekommen, nämlich der Begriff des Gemeinwohls oder des öffentlichen Interesses. Meine Frage richtet sich deshalb vor allem an Herrn *Vesting*: Wenn Sie den Staat aus dem Zentrum des öffentlichen Rechts herausnehmen, wer definiert dann das Gemeinwohl und wer setzt es durch? Das scheint mir doch die Kernfrage zu sein. Und deshalb vielleicht noch etwas zugespitzter: Wo findet in Ihrer Konzeption das öffentliche Interesse *überhaupt* seinen Platz? Müssen Sie vielleicht nicht nur das Staatsrecht, sondern das öffentliche Recht insgesamt marginalisieren oder gar in den Dienst nicht-öffentlicher Interessen stellen?

**Vorsitzender:** Wir kommen jetzt zu diesem größeren Themenblock, der sich mit den Folgen für die Demokratie und die Stellung des Einzelnen in diesem internationalisierten Zusammenhang verbinden, wenn ich die Wortmeldungsstichworte richtig interpretiert habe. Ich darf mit Herrn *Hobe* beginnen.

**Hobe:** Meine Bemerkung bezieht sich auf den von Frau *Kokott* angesprochenen Art. 23 des Grundgesetzes und der darin meines Erachtens deutlich werdenden Funktionswandlung des offenen Verfassungsstaats zwischen Souveränität und Interdependenz. In diesem Art. 23 kommt ja zunächst die Befugnisübertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union zum Ausdruck. Allerdings wird dem Staat in dieser Bestimmung aufgegeben, bestimmte zentrale Rechtssubstrate wie Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Sozialstaatlichkeit, in geminderter Form auch Bundesstaatlichkeit, zwar nicht unbedingt auf der staatlichen Ebene, aber doch jedenfalls im Rahmen und nach Maßgabe der Übertragung von Hoheitsrechten auch auf anderen Ebenen zu bewahren. Darin liegt meines Erachtens ziemlich deutlich jedenfalls nicht eine Form von Abschaffung von Staatlichkeit, sondern deren Relativierung und vor allem Neubeschreibung, die Frau *Kokott* auch umrissen hat. Diese Neubeschreibung der Rolle des Staates umfasst diejenige eines Wächters über die Wahrung dieses zentralen konstitutionellen Substrats als eines Garanten für die Wahrung dieses Substrats und als eines Kontrolleurs des entsprechenden Übertragungsprozesses auf andere Ebenen der Ausübung von Hoheitsrechten.

Was sind nun – und das fehlte mir ein bisschen in beiden Referaten – die Konsequenzen für die Staatsrechtslehre? Meines Erachtens müsste noch viel deutlicher als bisher eingegangen werden auf diese Funktionswandlung des Staates und die sich daraus ableitenden definitorischen und materiellrechtlichen Probleme, die wir ja haben, wenn wir etwa über den Verfassungsbegriff diskutieren, der angeblich auf europäischer Ebene nicht passen soll, obwohl selbst die Mitgliedstaaten hier von einer Verfassung oder einem Verfassungsvertrag sprechen. Es geht also – und da würde ich deutlich nicht so weit gehen wie Sie, Herr *Vesting* – nicht darum, hier Staatlichkeit sozusagen ins Abseits zu stellen. Herr *Rauschnig* hat ja auch sehr deutlich gezeigt, welche zentrale Funktion der Staat auch im heutigen internationalen System noch ausübt. Deutlicher als es vielleicht uns allen bisher gelungen ist, sollten die Interdependenzen der verschiedenen Rechtsordnungen (auf nationaler, europäischer und universeller Ebene) und die daran deutlich werdende Funktionswandlung moderner Staatlichkeit kenntlich gemacht werden.

**Walter Leisner:** Demokratie als Staatselement – das ist bekanntlich eine alte Forderung der US-Außenpolitik. Und dabei ist die Demokratie selbst in den USA durchaus von außen gesehen nicht völlig problemfrei. Man denke an manche Menschenrechtsverletzungen oder an einen gewissen Wahlzirkus. Weit mehr als die Hälfte der Menschheit lebt in Regimen, die wir aus unserer deutschen Sicht gewiss nicht als demokratisch ansehen würden, von China beginnend. Es gibt doch so viele Demokratiebegriffe, wie es Staatsordnungen gibt, und wenn das, Frau Kollegin *Kokott*, was Sie nun anbieten, juristisch umsetzbar sein sollte, dann müssten wir jedenfalls von einer Minimaltheorie der Demokratie ausgehen können. Es würde mich freuen, wenn Sie dazu einige Worte sagen könnten. Ich sehe eine solche nicht. Sicher ist aber, dass bisher jedenfalls die herrschende Völkerrechtslehre Demokratizität nicht als ein Staatselement ansieht, und was Ihr „in statu nascendi“ bedeuten soll, ist mir nicht klar. Noch zwei Worte zur „Ablösung der Souveränität“: Wir sollten hier etwas vorsichtiger und auch bescheidener sein, historisch gesehen vor allem. Staatsrechtlich bedeutsame Vereinheitlichungstendenzen, Zusammenschlüsse, kennen wir seit vielen Jahrhunderten, auch in organisatorischer Form. Vom Römischen Reich bis zum Heiligen Deutschen Reich, von der Internationalisierung des Rechts im Mittelalter über die Kirche bis zu den Fürstenbünden des 17. und 18. Jahrhunderts und einem danach zumindest tatsächlichen Kulturverbund. Sind wirklich wir es, die hier nun den Stein der Weisen gefunden haben, oder haben wir nicht nur längst bekannte Formen wieder entdeckt? Und: Ist dieser Prozess denn wirklich irreversibel? Wir haben lernen müssen, dass ein verhältnismäs-



sig kleiner Anlass, wie der Irakkonflikt, genügt, um alle unsere Blütenträume von einer europäischen Einigung zu gefährden. Die Öffnung nach dem Osten – könnte sie nicht dazu führen, dass die bestehenden Staaten sich erst recht jetzt zusammenschließen und dagegen Front machen, Frankreich immerhin als Beispiel? Und sollte am Ende nicht doch nur ein internationaler Zusammenschluss als ein wirtschaftlicher Kooperationsfreiraum stehen?

**Schmidt-Jortzig:** Ich möchte eine in der Tat offene Frage stellen, nicht gewissermaßen eine parlamentarische, die dann einsetzen würde etwa mit der Formel „Sind Sie nicht auch wie ich, Frau Kollegin, folgender Meinung?“, also wirklich eine offene, eine erkenntnissuchende Frage an Sie, verehrte Frau *Kokott*. Ich habe aber zunächst erst einmal wie andere Kollegen noch herzlich zu danken für die Unverstelltheit und Eindeutigkeit Ihrer Thesen. Wenn ich sodann Ihre These 2 richtig verstanden habe, und Sie haben die jedenfalls für meine Frage dazugehörenden Gedanken in den Thesen 12, 13, 17 und 20 wieder aufgegriffen, dann ist doch wohl das Thema „Ausländerwahlrecht“ gewissermaßen die Nagelprobe für die Haltbarkeit Ihrer Überlegungen. Wirklich vom Ergebnis her ganz offen also die Frage: Müsste nicht die jetzt ungefähr 15 Jahre alte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht von Bürgern anderer EG-Mitgliedstaaten (damals noch EG, heute sicherlich EU) nach Ihrer Argumentation heute anders ausgehen? Oder müsste nicht jedenfalls, wenn das Ergebnis einer solchen verfassungsgerichtlichen Entscheidung noch gleich lauten würde, die Begründung anders ansetzen? Ist die Auflockerung des Loyalitäts- und Schutzanspruchverhältnisses der Bürger zu ihren Staaten, die Sie beschrieben haben, nicht auch die Wurzel für eine Aufkündigung des Zusammenhangs zwischen Staatsangehörigkeit und aktivem Wahlrecht? Dazu hätte ich gern noch einige Verdeutlichungen von Ihnen.

**Puttler:** Frau *Kokott*, Sie haben den Mensch als Maßstab für Staatsrecht, Europarecht und Völkerrecht in den Mittelpunkt gestellt. Aus diesem Maßstab leiten Sie auch das Demokratiegebot auf internationaler Ebene ab, und zwar definieren Sie dabei Demokratie als Herrschaft durch die Betroffenen. Ist es nicht illusionär zu fordern, dass Demokratie – verstanden als Herrschaft durch die Betroffenen – auch auf internationaler Ebene verwirklicht werden soll? In Ihrer These 22 sagen Sie, das Demokratiegebot enthalte ein Optimierungsgebot, das auf Ausschöpfung der Partizipationsmöglichkeiten auf allen Ebenen abziele. Was verstehen Sie unter „Partizipationsmöglichkeiten“? Meinen Sie etwa weltweite Abstimmungen per Internet, wie schon vorgeschlagen wurde? Was machen

wir dann mit den vielen Analphabeten in Entwicklungsländern, aber auch solchen in Industriestaaten? Was machen wir mit Bürgern, die in Staaten ohne ausreichenden Zugang zu Informationen leben (Extrembeispiel: Nordkorea)?

Andererseits bedeutet Demokratie nicht nur Ausschöpfung von Partizipationsmöglichkeiten, sondern vor allem auch Kontrolle. Zu den Voraussetzungen für effektive Kontrolle gehören klare Verantwortlichkeiten. In Ihrer These 23 sagen Sie: „Jede Ebene muss zu ihrer ganzen harten Verantwortung stehen“. Wir beobachten gegenwärtig aber eine Verflechtung von nationaler, europäischer und internationaler Ebene und eine daraus resultierende Verwischung der Verantwortlichkeiten. Der betroffene Bürger weiß daher oft nicht genau, wer verantwortlich ist und wen er kontrollieren soll. Zur Kontrolle gehört darüber hinaus die Möglichkeit zur Sanktion. Das heißt, der Verantwortliche muss durch ein entgegenstehendes Votum der Betroffenen abgelöst werden können.

Wie geht es in der Praxis aber auf internationaler Ebene zu? Staaten verpflichten sich in völkerrechtlichen Verträgen. Solche Abkommen erfordern im Vorfeld oft langjährige Verhandlungen zwischen Delegationen der beteiligten Staaten, besonders wenn es sich um multilaterale Verträge handelt. Teilweise werden Vertragstexte auch von Expertengremien, beispielsweise der International Law Commission, vorbereitet und damit maßgeblich geprägt. Das Verfahren ist für die letztlich betroffenen Bürger intransparent. Auf europäischer Ebene geht man dazu über, Vertragsänderungen durch Konvente vorbereiten zu lassen. Da die Mitglieder des Verfassungskonvents in der Mehrheit Parlamentarier waren, erhielt die Vorbereitung des Verfassungsvertrages immerhin ein demokratisches Mäntelchen. Wie man hörte, schien das Verfahren im Konvent unter der präsidentialen Leitung von Herrn *Giscard d'Estaing* allerdings wenig transparent und nicht nach demokratischen Spielregeln abzulaufen. Die nach Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Vertrages in der Regel noch erforderliche Ratifikation durch die nationalen Parlamente schafft ebenfalls keine Demokratie im Sinne einer Herrschaft durch die Betroffenen. Denn im allgemeinen können die Parlamentarier gerade bei komplizierten multilateralen Vereinbarungen die Konsequenzen für ihren Staat nicht absehen (Beispiel: die Folgen des WTO-Streitbeilegungsverfahrens) und haben nur die Wahl, dem vorgelegten Vertragstext in Gänze zuzustimmen oder ihn abzulehnen. Eine Sanktion durch Abwahl bringt hier nichts. Wir sollten daher ehrlich eingestehen, dass eine Verwirklichung des Demokratiegebots auf internationaler Ebene nicht möglich ist. Daher brauchen wir weiterhin den Staat, um zumindest auf dieser Ebene und zumindest für den staatlichen Kompetenzbereich Demokratie als Herrschaft durch die Betroffenen wahr machen zu können.

**Vorsitzender:** Dank der hervorragenden Zeitdisziplin können wir, das möchte ich ankündigen, vielleicht noch einige von der Reserveliste mit auf die Rednerliste nehmen. Ich möchte Herrn *Ehrenzeller* bitten, sich darauf entsprechend vorzubereiten: die Schweizer Sicht zum Thema „Demokratie“. Als nächsten aber Herrn *Wyss*, ebenfalls aus der Schweiz.

**Wyss:** Wie verschiedene Vorredner beziehe ich mich auf das Referat von Frau *Kokott* und ich habe – was mir als auf Konkordanz konditionierter Schweizer nicht unsympathisch ist – das Referat verstanden als Versöhnungsversuch zwischen dem Kleinklein des Nationalstaates und der Großbaustelle Weltgemeinschaft. Allerdings sehe ich Brüche, über die dieser Versöhnungsversuch nicht hinweg kommt, und es sind Brüche, für die ich von der Staatsrechtslehre Antworten, Reaktionen, und nicht nur Analysen erwarte. Irritierend ist für mich selber, dass mir die einzelnen Thesen sehr gut gefallen, dass mir aber das Gesamtbild dann doch irgendwie verschwommen vorkommt. Ich glaube, der wesentliche Bruch manifestiert sich zwischen den Thesen 2, 9 und 13. Ich verstehe die Thesen 2 und 13 so, als dass die verminderten Schutz- und Loyalitätsbeziehungen, die eine Folge des Bedeutungsverlustes der Staatsangehörigkeit sind, nur als beschränkt bedenklich einzustufen wären, weil neue übernationale Identitäts- und Loyalitätsangebote zur Verfügung stehen sollen – was mir zu schön klingt, als es wahr sein kann. Es ist zwar so, dass die Staatsangehörigkeit an Bedeutung verloren hat, aber ist es denn so erfreulich, dass wir den Staat nur noch als Pannenhelfer begreifen, der sich seine Dienstleistungen, die er den eigenen Staatsangehörigen im Krisenfall erbringt, bezahlen lässt – zu denken ist dabei etwa an die in Deutschland und der Schweiz aufgeworfene Frage, ob die Kosten für ihre Befreiung den Sahara-Geiseln überwälzt werden dürfen. Und in welchem Verhältnis steht dieser Bedeutungsverlust der Staatsangehörigkeit zum Demokratiegebot in der Gestalt der These 9, wonach Staatsaufgaben Ableitungen von Bedürfnissen der Einzelnen sein sollen? Mir persönlich ist diese Idee außerordentlich sympathisch, weil ich die das schweizerische Verfassungsrecht prägende Figur des öffentlichen Interesses als staatsrechtliche Bedürfnisklausel zu rekonstruieren und als Legitimationsbasis einzelstaatlicher Strukturen darzustellen versucht habe. Wie aber können solche legitimierenden Bedürfnisse akzentuiert und artikuliert werden? Hier scheinen mir taugliche internationale und transnationale Alternativen noch nicht in Sicht zu sein. Hinzu kommt – jedenfalls für die Schweiz – auch ein Kontrast zu den politischen Diskussionen, die im Zusammenhang mit Einbürgerungsentscheiden in der Schweiz stehen. Populistisch wird nämlich dort das Demokratiegebot in Stellung gebracht, um Teilgehalte der Rechtsstaatlichkeit zu unterlaufen. Und schließlich:

Wenn denn Staatsleistungen bezahlt werden müssen und nicht mehr an das Kriterium der Staatsangehörigkeit angeknüpft werden kann, dann wird damit zwar das Risiko der nationalitätsbedingten Diskriminierung ausgeschaltet, dafür aber entstehen ökonomische Gräben zwischen Leistungsfähigen und Leistungsunfähigen. Die in These 30 sehr optimistisch umrissenen internationalen Entfaltungschancen und -optionen sind meines Erachtens doch auch nicht immer die günstigsten. Zeitlich und finanziell sind internationale Verfahren ressourcenintensiv und keine taugliche Alternative für die Angebote, die national der Einzelstaat anzubieten hat.

**Hölscheidt:** Ich möchte kurz Stellung nehmen zu der These 15 von Frau *Kokott*: „Entparlamentarisierung durch Europäisierung“. Erstens meine ich in Bezug auf den Bundestag: Ein Teil dieses Problems ist hausgemacht. Der Bundestag hat zwar ein umfangreiches rechtliches Reglementarium geschaffen im Zusammenhang mit der Maastricht-Umsetzung, aber dieses Instrumentarium wird nicht hinreichend genutzt. Der Bundestag orientiert sich nicht an dem Brüsseler Zeitplan, sondern wickelt unbeschadet davon seinen Zeitplan ab, das heißt also, es findet die Sommerpause statt, es findet der Wahlkampf statt, es findet die Konstituierung statt, und infolgedessen ein halbes Jahr keine Europapolitik. Außerdem ist es so, dass die Unionsvorlagen zwar zugeleitet werden, der Bundestag aber auch in federführenden Ausschüssen sich oftmals damit nicht auseinandersetzt, sondern die Vorlagenlisten nur durchwinkt und Beschwerden dann kommen, wenn es an die Umsetzung dieser Richtlinien geht.

Zweitens will ich sagen: Der Europäische Konvent, ist – da stehe ich im Gegensatz zu Frau *Puttler* – schon ein sehr demokratisches Verfahren und hat nicht nur ein demokratisches Mäntelchen. Er hat wichtige neue Rechtsgrundlagen geschaffen, die das Verhältnis ein wenig umdrehen, so dass man sagen kann, hier hat es eine gewisse „Parlamentarisierung durch Europäisierung“ gegeben. Denn einmal ist es jetzt so, dass europäische Organe unmittelbar zahlreiche Dokumente den nationalen Parlamenten zuliefern müssen. Der Umweg über den Ministerrat, über die nationalen Regierungen entfällt. Zum anderen ist ein Frühwarnsystem installiert worden: Die mitgliedstaatlichen Parlamente haben nunmehr die Möglichkeit, ihre Subsidiaritätsbedenken vorzutragen und im Endeffekt unter Berufung auf diese Bedenken selbst den Europäischen Gerichtshof anzurufen.

Drittens hat Frau *Kokott* noch zu Recht die direktdemokratischen Elemente angesprochen. Ich meine, eine Diskussion über Referenden ist eine gute Sache, nicht nur im politischen Raum, sondern auch in der Staatsrechtswissenschaft. Hinweisen möchte ich auf ein direktdemokrati-

sches Element, das eine Neuerung im europäischen Recht darstellt. Eingeführt worden ist die Möglichkeit, ein Bürgerbegehren zu starten. Mindestens eine Million Bürger der Europäischen Union haben nun die Möglichkeit, die Europäische Kommission aufzufordern, Gesetzesvorschläge zu unterbreiten. Dieses indirekte Initiativrecht gibt es bislang nur für Parlament und Rat. Es ist deshalb ein erheblicher direktdemokratischer Fortschritt, und ich hoffe, dass der auch so verwirklicht wird.

**von Arnim:** Die beiden schönen Referate haben gezeigt, dass man eine Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, wie ich sie vor zwanzig Jahren versucht habe, nicht mehr schreiben kann – jedenfalls nicht ohne europarechtliche und internationale Bezüge. Ich würde aber ganz gerne auf einen anderen Punkt, der in beiden Referaten und auch in der Diskussion bisher keine Rolle gespielt hat, eingehen. Frau *Kokott* hat darauf hingewiesen, wie wichtig es ist, die Realitäten einzufangen. Zu den Realitäten der Demokratie gehören auch die politischen Akteure, also zum Beispiel auch die Abgeordneten, besonders aber die politischen Parteien. In einer Parteiendemokratie, wie wir sie haben, ist das ja eigentlich selbstverständlich. Meine Frage ist nun, ob die Rolle der Parteien, die jedenfalls in der Bundesrepublik vom Bundesverfassungsgericht mühsam (und nur mit begrenztem Erfolg) gebändigt worden ist, nicht droht, von Europa her einen Wandel zu erfahren. Am Montag dieser Woche, also am 29. September 2003, standen zwei Entscheidungen im Rat an: Das eine war die Verordnung über den Status und die Finanzierung „politischer Parteien auf europäischer Ebene“, das andere war das Europäische Abgeordnetenstatut – beide Gesetze hatte das Europäische Parlament im Juni 2003 mehrheitlich beschlossen. Bei den Europaparteien droht eine Umbildung des Parteibegriffs, denn es soll nun nicht mehr erforderlich sein, dass sie natürliche Mitglieder haben. Ebenso wenig müssen sie Kandidaten für Wahlen aufstellen. Auch die Grundsätze über ihre öffentliche Finanzierung, wie sie etwa in Deutschland gelten, werden ausgehebelt. Die „relative Obergrenze“ – also höchstens 50 Prozent öffentliche Mittel – gilt nicht. Statt dessen sind 75 Prozent erlaubt, und da die Fraktionen und die nationalen Parteien ihrerseits Mitglieder sein können, die ganz oder teilweise aus Staatsmitteln finanziert werden, von den „Parteisteuern“ der Abgeordneten ganz zu schweigen, kommt man leicht auf einen noch sehr viel höheren „Staats“anteil. Auch die Anforderungen an die Offenheit und Chancengleichheit des politischen Wettbewerbs – das Verfassungsgericht hat bei uns ein halbes Prozent der Stimmen ausreichen lassen, damit eine Partei an der Staatsfinanzierung beteiligt wird – werden auf Europaebene weitgehend ignoriert: Man muss nach der Erweiterung in mindestens sieben Staaten Europaabgeordnete ins Parlament schicken

oder in diesen sieben Ländern mindestens 3 Prozent der Stimmen bekommen. So werden von Europa her die demokratischen Grundsätze der Chancengleichheit und der politischen Willensbildung von unten nach oben, die eigentlich auch in den EU-Verträgen verankert sind, unterlaufen. Von dort her könnten sich im Laufe der Zeit Rückwirkungen auch auf die Beurteilung der nationalen Parteien und ihrer Finanzierung ergeben und unsere bisherigen Grundsätze in Frage stellen.

Ein Wort noch zum Europäischen Abgeordnetenstatut, das, jedenfalls am 29. September, nicht die Zustimmung des Rats fand, obwohl es auf seiner Tagesordnung stand – vielleicht ein wenig auch deshalb, lassen Sie nicht das pro domo sagen, weil wir von Speyer aus an alle Mitgliedstaaten und ihre ständigen Vertreter in Brüssel ein ins Englische übersetztes kritisches Discussion Paper geschickt hatten. Das Statut würde dem europäischen Gedanken, wie ich meine, schwer schaden: Wenn zum Beispiel ungarische EU-Abgeordnete monatlich 8671 Euro Diäten bekommen und damit das Doppelte des ungarischen Ministerpräsidenten oder wenn EU-Abgeordnete niedriger besteuert werden als ihre Wähler, ist Derartiges den Bürgern kaum noch zu vermitteln.

EU-Abgeordnete haben ohnehin schon jetzt einen üppigen Fonds für die Beschäftigung von Mitarbeitern. Ein ungarischer EU-Abgeordneter könnte davon zu Hause bis zu 25 Personen zum dortigen Durchschnittslohn beschäftigen, und diese Mitarbeiter werden vermutlich auch in den nationalen Parteien arbeiten. Das ergibt dann innerhalb der Parteien einen riesigen Wasserkopf, finanziert aus EU-Mitteln. Damit droht sich – auch aus diesem Grund – innerhalb des Landes und innerhalb der nationalen Partei die Willensbildung von unten nach oben in ihr Gegenteil umzukehren.

Meine Frage nun an beide Referenten: Gehören diese Themen nicht zum Verfassungsrecht im materiellen Sinne und müssen wir sie deshalb nicht auch in die Diskussion mit einbeziehen?

**Ehrenzeller:** Frau *Kokott*, Sie haben in Ihrem Referat – und ich würde Ihnen vollkommen zustimmen – die Rolle des Staates, die Funktion des Staates als Mitgestalter definiert bei der neuen internationalen Ordnung und bei der Schaffung des internationalen Rechts. Gleichzeitig sagen Sie dann in Ihrer These 21, dass der parlamentszentrierte Ansatz an Bedeutung verschwinde, also seine Rolle verliere. Da frage ich mich: Wenn der parlamentszentrierte Ansatz, also die Mitwirkung der Parlamente, an Bedeutung verliert, ja wer gestaltet dann diese internationale Ordnung? Die Justiz? Vielleicht zu einem gewissen Anteil, ja, aber wohl in einem ganz hohen Masse in dem Fall die Exekutiven. Ist dann das, was Sie in Ihrer These 22 sagen, noch damit vereinbar? Sie sagen dort (These 22): „Das

europarechtliche und internationale Demokratiegebot enthält ein Optimierungsgebot, das auf Ausschöpfung der Partizipationsmöglichkeiten auf allen Ebenen zielt“. Ich hätte gerne ein wenig mehr Auskunft darüber – Frau *Puttler* hat es ja auch schon angesprochen – was verstehen Sie unter Partizipationsmöglichkeiten? Das beschäftigt mich auch bei den Diskussionen über die europäische Verfassung. Sie müssen auch verstehen, für uns Schweizer: Partizipation, indem man einfach den Behörden ein Mail schicken darf, „ich hab’ diese und jene Auffassung“, also eine Art „Mailokratie“, unterscheidet sich doch noch, mindestens in unserem schweizerischen Verständnis, von Demokratie. Und ich möchte Ihnen schon ein wenig diese Gretchenfrage stellen, weil das ganz zentral ist. Wenn wir eine neue internationale Ordnung demokratisch legitimieren wollen, dann glaube ich, dann müssen wir den Bürger wirklich ernst nehmen und ihm echte Möglichkeiten der Mitwirkung geben. Wenn das nicht gelingt auf internationaler Ebene, dann zumindest durch eine stärkere Demokratisierung eben der mitgestaltenden Einheiten des Staates. Ich hätte gerne Ihre Vorstellungen dazu.

**Vorsitzender:** Wir kommen jetzt zum abschließenden thematischen Block. Ich darf vielleicht erläuternd dazu sagen, was die Referenten bei der Vorbesprechung wussten und was vielleicht nicht allgemein bekannt ist: Die Idee des Vorstands war, an konkreten einzelnen Feldern – vier verschiedenen – die ganze Tagung hindurch so eine Art Zwischenbilanz zu ziehen, wo stehen eigentlich Staatsrechts- und Verwaltungsrechtslehre heute, so dass ein wenig auch die Selbstreflexion auf das Fach, seine Gegenstände und seine Methoden die Vorträge begleiten sollte oder dazu anregen sollte, darüber nachzudenken. In diesem Sinne geht es im vierten Block um Konsequenzen für die Theoriebildung, für Methoden, auch für die universitäre Lehre.

**Grimm:** Ich weiß nicht, Herr *Schulze-Fielitz*, wie gut ich in diesem Block untergebracht bin. Ich wollte sagen, dass ich mit der Zustandsanalyse beider Referenten gänzlich übereinstimme. Wenn man sie auf einen kurzen Nenner bringt, lautet er: Öffentliche Gewalt und Staatsgewalt sind nicht mehr identisch. Indessen bleibt der Staat als ein unterscheidbarer Akteur präsent, er bleibt auf zahlreichen Feldern sogar prominent. Er verfügt auch noch – das ist bislang nicht erwähnt worden – über einen exklusiven Bereich: Das Gewaltmonopol in der Definition *Max Webers* ist ihm bis heute nicht streitig gemacht worden. Was er verloren hat, ist das Monopol, auch die Zwecke zu bestimmen, für deren Verwirklichung er notfalls Gewalt einsetzt. Deswegen ist die Aufgabe, vor die wir uns jetzt gestellt sehen, die Verrechtlichung und Demokratisierung der überstaat-

lichen Ebenen, auf denen öffentliche Gewalt ausgeübt wird. Wenn man anschaut, welche Möglichkeiten dazu bestehen, dann lässt sich beobachten, dass die Verrechtlichung der überstaatlichen Ebene zwar nicht in demselben Ausmaß wie im Staat, aber doch mehr oder weniger gut gelingt. Die Demokratisierung der überstaatlichen Ebene – das ist schon mehrfach erwähnt worden – wird dagegen umso schwieriger, je weiter sie von der staatlichen entfernt ist. Das spricht dafür, nicht allzu bereitwillig vom Staat abzurücken, wenn man das Demokratieprinzip bewahren will. Allerdings diffundiert die Staatlichkeit nicht nur ins Supranationale, sondern auch ins Private hinein – das ist bei Herrn *Vesting* stärker zum Vorschein gekommen als bei Frau *Kokott*. Wenn wir uns dieser Seite zuwenden, dann zeigt sich, dass es hier nicht nur um die Demokratisierung, sondern auch um die Verrechtlichung schlecht bestellt ist. Denn die privaten Teilhaber an öffentlicher Gewalt können nicht ohne Verlust ihrer Privatheit den Bindungen unterworfen werden, die für den Staat gelten. Irgendwo muss der Preis für diese Entwicklungen bezahlt werden, und bezahlt wird er bei der Errungenschaft der Verfassung. Sie muss sich erhebliche Abstriche an ihrem Geltungsanspruch gefallen lassen. Deswegen finde ich es leichtfertig, in welchem Ausmaß in Bezug auf die überstaatlichen Ebenen neuerdings der Ausdruck Konstitutionalisierung gebraucht wird. Nicht jede Verrechtlichung auf dieser Ebene verdient schon den Namen Konstitutionalisierung. Wenn wir an einem einigermaßen gehaltvollen Begriff von Verfassung festhalten wollen, dann lässt sie sich nicht einfach auf die überstaatliche Ebene heben. Konstitutionalisierung ist eine Beruhigungsformel, die die wahren Verluste verdeckt.

**Maruhn:** Herr *Vesting*, die Kategorisierung der „Suchbewegungen“ in Ihrer These 4 halte ich für anregend und weiterführend. Auf den bekannten Argumentationstopos „offener Staat“ möchte ich nicht näher eingehen. Zur Konstitutionalisierungsdebatte möchte ich nur anmerken, dass ich die Kritik an einer Überfrachtung der Debatte teile, auch wenn ich nicht so weit gehen möchte, wie Herr *Grimm* das soeben getan hat. Meines Erachtens verspricht das Konzept der Konstitutionalisierung in bestimmten Teilbereichen Erkenntnisfortschritte. Dies gilt insbesondere für die Vereinten Nationen und für den regionalen Menschenrechtsschutz im Rahmen des Europarates, um nur zwei Beispiele zu nennen.

Näher eingehen möchte ich auf den von Ihnen in die Debatte gebrachten „Rechtspluralismus“. Ich halte es für überzeugend, dass Sie die Netzwerkanalyse, die ursprünglich in den Sozialwissenschaften entwickelt wurde und dort als analytisches Werkzeug genutzt wird, an den Anfang Ihrer diesbezüglichen Überlegungen stellen und dass Sie damit eine neue Perspektive auf die Internationalisierung unseres Forschungsgegenstands



eröffnen. Meines Erachtens kann man allerdings nicht ohne weiteres aus diesem analytischen Ansatz normative Schlussfolgerungen ziehen, wie sie mit dem Begriff des „Rechtspluralismus“ verbunden sind. Dieser Begriff wurzelt wesentlich in der Rechtsanthropologie, die in der deutschen rechtswissenschaftlichen Diskussion lange kaum beachtet wurde, zuletzt aber durch die Einrichtung einer Arbeitsgruppe am Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung in Halle auch institutionell an Bedeutung gewonnen hat. In der Rechtsanthropologie versteht man unter Rechtspluralismus das Nebeneinander zweier oder mehrerer rechtlicher Systeme innerhalb einer (staatlichen oder gesellschaftlichen) Organisationsform. In seiner idealtypischen Ausformung bedeutet Rechtspluralismus die Anerkennung verschiedener kulturell-ethnischer Rechtssysteme als gleichwertig. Um Konflikte zwischen diesen Rechtssystemen zu lösen, hat sich weitgehend allerdings der relative Rechtspluralismus durchgesetzt, der Elemente einer Hierarchisierung beinhaltet und damit beispielsweise dem traditionellen (lokalen) Recht nur insoweit zur Geltung verhilft, als sich die staatliche Rechtsordnung selbst dafür öffnet. Rechtspluralismus wird also nicht ausschließlich horizontal verstanden. Vielmehr stellt sich auch die Frage einer Über- und Unterordnung der Rechtssysteme zueinander. Dies ist auch für die Internationalisierung der Rechtsordnung von Bedeutung. Auch dort sollten Über- und Unterordnung nicht völlig ausgeschlossen werden. Die Netzwerkanalyse hilft normativ hier nicht weiter. Sie verstellt allenfalls den Blick darauf, dass auch private Akteure Hierarchien schaffen können – Hierarchien auch im Verhältnis zum öffentlichen Diskurs. Meines Erachtens lässt sich eine Gleichstellung von privaten und öffentlichen Akteuren nicht ohne weiteres normativ begründen. Faktisch gibt es zwar zahlreiche Überlappungen, auch im Bereich internationalisierter Verwaltungskooperation. Normativ lassen sich hier aber Bedenken anmelden – nicht nur hinsichtlich der demokratischen Legitimation. Vielen Dank.

**Calliess:** Herr *Vesting*, Sie haben in Ihrem anregenden Vortrag drei Suchbewegungen – wie Sie es nannten – ausgemacht. Diese sind für das Verständnis der gegenwärtigen Debatte sicher hilfreich, indem sie eine Ordnungsfunktion erfüllen. Ihre Kategorisierung bei der Suche nach Alternativen birgt aber die Gefahr, dass der Blick auf die zwischen ihnen bestehenden Zusammenhänge verstellt wird. So hat die Alternative des offenen Staates, der sich über Normen wie Art. 23 und Art. 24 Grundgesetz dem europäischen und internationalen Recht verfassungsrechtlich öffnet, einen Zusammenhang zu Ihrer Suchbewegung des Konstitutionalismus. Denn der Konstitutionalismus will ja gerade die Verzahnung von nationalen und europäischen bzw. internationalen Verfassungen aufarbeiten.

Stichworte sind hier: Der europäische Verfassungsverbund der EU, der europäische Menschenrechtsschutz sowie auf völkerrechtlicher Ebene die Verzahnung zwischen den Verfassungen von internationalen Organisationen – ich denke hier an EU und WTO oder WTO und ILO. Der Rechtspluralismus ist bei Ihren Suchbewegungen im Hinblick auf die sogenannte Globalisierung sicher von Erkenntniswert: Sie haben hier das Beispiel des Internet gebracht. Angesichts der Grenzen staatlicher Regulierung findet hier gegenwärtig eine Wiederentdeckung des Zivilrechts auf der globalen Ebene statt, die sich nicht zuletzt in der Nutzbarmachung der *lex mercatoria* Ausdruck verschafft. Aber handelt es sich, wenn man einmal an die konkreten Fälle denkt, nicht eher um Einzelfälle? Primär, so meine ich, reorganisiert sich doch wiederum der Staat auf der internationalen Ebene in Form von Internationalen Organisationen, die mit ihren Verfassungen die Suchbewegung des Rechtspluralismus an jene des Konstitutionalismus und des offenen Verfassungsstaates zurückbinden. So gesehen bilden der offene Verfassungsstaat und der Konstitutionalismus den notwendigen Rahmen für den Rechtspluralismus, in dessen Kontext NGO's und Netzwerke funktionieren können. Meine Frage daher an Sie: Muss hier nicht eigentlich statt der in Ihren Suchbewegungen zum Ausdruck kommenden Trennung eher ein Zusammenhang zwischen den Suchbewegungen erkannt und hergestellt werden?

**Ruffert:** Herr *Vesting*, Ihre Analyse der Entwicklung unter III. Ihrer Gliederung überzeugt mich sehr – die Diagnose sozusagen. Ich habe aber Zweifel an der Therapie. Ist die Orientierung an einem Rechtspluralismus, an Netzwerken die richtige Suchbewegung? Sie entkoppeln hier das Recht in letzter Konsequenz völlig vom Staat, und damit geht vielleicht etwas verloren, was der alte Rechtsstaatsbegriff geleistet hat, nämlich die Legitimation von Recht. Können Sie mich überzeugen, dass der Rechtspluralismus diese Leistung auch bewerkstelligen kann?

**Isensee:** Tod des Staates – aber was dann? Soeben wurden uns diverse Nachfolger und Surrogate vorgestellt: die Europäische Union, die UNO, die WTO, aber auch raumlose, anarchische Netzwerke. Ein Surrogat aber wurde nicht beim Namen genannt: das Weltreich der USA. Dieses Weltreich hat sich im Ernstfall des Terrorismus nachhaltig zur Geltung gebracht. Das Gesetz des Handelns lag nicht bei den Vereinten Nationen, auch nicht bei der NATO oder der Europäischen Union, sondern bei der einen Weltmacht. An zweiter Stelle agierten einzelne Nationalstaaten, soweit sie über relevantes Machtgewicht verfügten. Im Ernstfall zeigt sich die Wirklichkeit anders, als die Rechtskonstrukte wollen, die uns soeben geboten worden sind. Der Jurist fühlt sich freilich am wohlsten in einer

Welt ohne Ernstfall, weil er in ihr leicht konstruieren und deduzieren kann, ohne auf den Widerstand der Wirklichkeit zu stoßen.

Eine Bemerkung zum Bild des geschlossenen Nationalstaates, das durch die Diskussion geistert. Das Bild entsprach noch nicht einmal der Wirklichkeit des 19. Jahrhunderts. Deren Gesellschaft war tendenziell international. Die erste globalisierte Institution der Weltgeschichte, die katholische Kirche, hat sich dem Nationalstaat gegenüber behauptet und seinem Anspruch auf Impermeabilität erfolgreich widerstanden. Im übrigen: Wirtschaft und Kultur haben sich immer über Staatsgrenzen hinweggesetzt. Herrscherhäuser und Adel waren europäisch versippt.

Gleichwohl sind erhebliche Änderungen der Staatenwelt festzustellen. Sind in den tektonischen Beben alle Begriffsgebäude zusammengebrochen, die des Staates, des öffentlichen Rechts, insbesondere des Staatsrechts? Die Wirklichkeit fließt. Begriffe aber sind etwas Festes. Wenn die Wissenschaft sie vorzeitig verabschiedet, verliert sie die Fähigkeit, notwendige Unterscheidungen zu treffen. Ich darf nur den Begriff der Souveränität nennen. Die äußere Souveränität ist von jeher nur ein völkerrechtliches Attribut des Staates gewesen, das nichts über dessen reale Macht und Unabhängigkeit sagt; es umfasst im wesentlichen die Fähigkeit zur Selbstbindung an völkerrechtliche Verträge. Die innere Souveränität aber war nie ein Rechtsbegriff, auch kein staatsrechtlicher Begriff, sondern eine Kategorie der Macht: der Macht, sich gegenüber widerstrebenden gesellschaftlichen Kräften zu behaupten. Diese Fähigkeit beanspruchen alle Erscheinungen des staatlichen Systems bis hin zur Gemeinde und zum Gerichtsvollzieher. Innere Souveränität nimmt auch die supranationale Gemeinschaft in Anspruch. Also alles in allem: so viel hat sich nicht gewandelt.

Radikaler als beide Referenten hat vor 125 Jahren *Nietzsche* den Tod des Staates verkündet in Vorfreude darauf, welche zweckmäßige Erfindung der kluge und eigennützig Mensch an seine Stelle setzen werde. Am Ende seiner schwunghaften Prophetie erschrickt aber der Philosoph und warnt: niemand dürfe aus seiner (natürlich unfehlbaren) Erkenntnis praktische Konsequenzen ziehen, solange noch kein vernünftiger Ersatz für den Staat bereitstehe. *Nietzsche* verfügt also ein Todesurteil mit Hinrichtungsaufschub. Seither lebt der Staat in der Todeszelle höchst komfortabel. Wir brauchen daher die Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer noch nicht umzutaufen in „Vereinigung Europäischer Verfassungsrechtslehrer“, auch nicht in „Vereinigung Kosmopolitischer Netzwerkexperten“. Rechtzeitig zu dieser Tagung hat übrigens der erste Vorsitzende der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer ein 900 Seiten starkes Buch mit dem lapidaren Einworttitel veröffentlicht: Staatswissenschaft.

**Winter:** Ich fand an dem Vortrag von Herrn *Vesting* interessant, dass er die Entstehung des Rechtsstaats auf bestimmte Problemstellungen bezog, also von Funktionen ausging und auf sie dann den Rechtsstaat projizierte. Die Funktion sieht Herr *Vesting* in der Bändigung von Willkürpotential des Absolutismus. Ich würde noch hinzusetzen: Den absolutistischen Regimen stellte sich auch eine inhaltliche Aufgabe, nämlich die Entwicklung der Gesellschaft, die Herstellung von Wohlstand in einer Zeit der Unterdrückung, Armut und Stagnation. Der landesherrliche Absolutismus war sozusagen eine erste Etappe, um diese Aufgabe anzugehen. Die zweite war der Rechtsstaat, der die Entwicklungsdynamik und Wohlfahrtssicherung zum großen Teil in die Gesellschaft verlagerte und zugleich für Rechtssicherheit sorgte. Ich meine, wir sollten die Frage nach den Funktionen der Organisationsformen heute erneut stellen, also die Frage, welches die Probleme sind, auf die hin rechtliche Ordnung gestiftet werden muss. Dieses Problempotential hat heute globale Ausmaße. In den Naturwissenschaften ist man gewohnt, von einer Erdsystemanalyse zu sprechen. Ich glaube, ein entsprechender Begriff fehlt noch in den Sozialwissenschaften und in den Wissenschaften, die sich mit Institutionen befassen, also der Rechtswissenschaft. Welches sind solche Weltprobleme? Zu ihnen gehören die krasse Ungleichheit innerhalb und zwischen vielen Staaten, weiterhin massive Umweltprobleme wie der Klimawandel, der zur Austrocknung weiter Gebiete und dementsprechend auch zu zunehmendem Migrationsdruck führt. Wir müssen also in Betracht ziehen, welches die Probleme der Welt insgesamt sind und darauf die Ordnungsleistungen, die erbracht werden, beziehen. Wenn man diese Perspektive einnimmt, denke ich, ist es selbstverständlich und naheliegend, von Rechtspluralismus zu sprechen, davon zu sprechen, dass es eine Vielfalt von Ordnungen gibt, die versuchen, mit den Problemen fertig zu werden und zu vermeiden, dass die Lösungen willkürlich sind. Zu diesen Ordnungen gehören nicht nur die Strukturen der größeren Verbände, in die hinein sich der Staat eingliedert, sondern dazu gehören – Herr *Grimm* hat darauf hingewiesen – vor allen Dingen auch die privaten Ordnungen, so zum Beispiel die Ordnungen, die die multinationalen Unternehmen erstellen. Die Zentrale eines multinationalen Konzerns steht vor vielen Rechtsordnungen, mit denen sie und ihre Tochtergesellschaften sich auseinandersetzen müssen. Angesichts dessen wird sie ihr eigenes konzerninternes Recht setzen und die Rechtsordnung suchen, in der diese sich durchsetzen kann. Staatliches Recht ist unter dieser Perspektive Angebotsrecht, nicht Souveränitätsrecht. Rechtspluralität ist auch in Gestalt transnational agierender Fachbürokratien beobachtbar. Heutzutage werden viele Aufgaben transnationaler Art über diese Netzwerke erledigt – Herr *Tietje* hat das in seiner Habilitationsschrift sehr schön dargelegt –.

Ich habe kürzlich einen Mitarbeiter eines Bundesamts gefragt, wie seine fachlichen Kommunikationskanäle aussehen. Seine Antwort war: „Ich bin einerseits in Kontakt mit den anderen Bundesämtern, aber das ist höchst kompliziert, weil ich da über zwei Präsidenten gehen muss, andererseits bin ich weltweit vernetzt, und das geht direkt übers Internet.“ In solchen Netzwerken wird informelles transnationales Recht geschaffen, das zusammen mit den informellen Ordnungen der Konzerne neben das formelle Recht tritt. Dies wird von dem Begriff des Rechtspluralismus recht gut beleuchtet. Aber, Herr *Vesting*, Sie müssten dann doch noch manches präzisieren. Drei Fragen dazu: Wie steht es mit der Hegemonie der USA in den pluralen Ordnungen, gibt es da manche Akteure, die gleicher als gleich sind? Zweitens, ist es nicht so, dass die Zerfaserung der Rechtsordnungen nur für manche Funktionen gilt und für andere nicht, dass sie etwa vor allem im Technischen zu beobachten sind, weniger dagegen im Bereich des Politischen. Drittens, wenn Sie sagen, wir brauchen eine Metadogmatik der Vernetzung der Rechtsordnungen, was bedeutet das konkret? Kann diese Metadogmatik wirklich nur lediglich in einer Kompatibilisierung, als bloß äußerlicher Abstimmung bestehen, oder muss sie sich nicht doch am Demokratieprinzip, an den Grundrechten und anderen mehr inhaltlichen Maßstäben orientieren?

**Bausback:** Meine Wortmeldung bezieht sich auf den Vortrag von Frau *Kokott*. Frau *Kokott*, Ihr System ist theoretisch bestechend, gleichwohl habe ich Zweifel daran, dass es sich so verwirklichen lässt, bzw. dass es so in der Realität anzutreffen ist.

Mein erster Einwand, bezogen auf These 8: Die Ungleichzeitigkeit des Wandels des Souveränitätsverständnisses, den wir in der Realität feststellen haben, führt zu Konfliktsituationen auch in Zukunft. Die USA und auch Neustaaten wie zum Beispiel auf dem Balkan sind von einem Verständnis einer offenen Staatlichkeit meines Erachtens noch weit entfernt.

Mein zweiter Einwand: Ihre Forderung in These 23, dass in einem Mehrebenensystem jede Ebene „zu ihrer ganzen, harten Verantwortlichkeit“ stehen muss, ist sehr plausibel, aber in der politischen Praxis weder anzutreffen noch zu realisieren. Hier wird Verantwortung eher auf eine andere Ebene verlagert, als dass man zu der eigenen Verantwortung steht.

Mein dritter Einwand: Den Schwund der Bedeutung des positiven Rechts, den Sie in These 27 positiv sehen, würde ich eher negativ beurteilen, denn die Relativierung des Positivismus muss zwangsläufig zu der Gefahr von Willkür führen, und das ist eine negative Entwicklung, die es zu vermeiden gilt.

Insgesamt meine ich, Ihr System ist zwar bestechend, aber im Hinblick auf diese und andere Einwände, die ich jetzt hier nicht nennen kann, bin

ich der Ansicht, dass der Staat auch in Zukunft eine höhere Bedeutung haben wird, als Sie es in Ihrem Referat andeuten.

**Bryde:** Anders als viele andere Redner halte ich die Ausführungen der Referenten, die Darstellung der Herausforderungen an unsere Wissenschaft durch Globalisierung überhaupt nicht für übertrieben, und anders als Frau *Puttler* halte ich das, was Frau *Krokott* gesagt hat, auch nicht für illusionär, sondern, wie häufig im Völkerrecht, für gleichzeitig sehr schwer, aber absolut notwendig. Wenn wir unsere Werte von demokratischer Selbstbestimmung ernst nehmen und Entscheidungen zunehmend international getroffen werden, müssen die internationalen Beziehungen demokratisch verfasst werden; das ist sehr schwierig, aber nicht illusionär. Ich definiere den Völkerrechtler in meiner Völkerrechtsvorlesung in der ersten Stunde immer als jemanden, der ein Glas halbvoll und nicht halbleer nennt. Und gerade deswegen müssen wir Konsequenzen in der Lehre ziehen, und da bin ich jetzt ganz pessimistisch – oder auch – wie Herr *Isensee* – optimistisch für die der Zukunft der deutschen Staatsrechtslehre für die nächsten 50 Jahre. Frau *Kokott* hat mit Recht darauf hingewiesen, dass das entscheidende Wort von *Badura* schon von 1964 stammt. Er hat gesagt, Demokratie und Rechtsstaat können nur überleben, wenn sie aus dem Gehäuse des Nationalstaats ausbrechen. Und das ist jetzt 40 Jahre her, und es hat sich nicht viel getan. Und das hat meines Erachtens Gründe in der Wissenschaftssoziologie des Staatsrechts. Ich würde drei Faktoren erwähnen, die uns allen bekannt sind. Das ist einmal unsere Lehrstuhlstruktur, in der das internationale Recht immer nur Nebenfach ist, und in der der junge Wissenschaftler gehalten ist, den meisten Schweiß im deutschen öffentlichen Recht zu vergießen, sonst ist er nicht berufungsfähig, und nur im Nebenfach darf er internationalistisch arbeiten; und in der zum Beispiel das öffentliche Recht und das Privatrecht strikt getrennt sind, obwohl ein Grossteil der Entwicklungen, die hier wichtig sind, im Privatrecht stattfinden. Das ist zweitens unsere Begrifflichkeit, die wir heute hier auch wieder kennen gelernt haben. Unsere Begriffe sind staatlich, wir sagen nicht Konstitutionalismus, wir sagen Verfassungsstaatlichkeit, wir sagen nicht rule of law, wir sagen Rechtsstaatlichkeit, und dann machen wir einen Zirkelschluss und sagen, „und folglich kann es das auf internationaler Ebene nicht geben“. Inzwischen liest man auch immer öfter „Demokratiestaatlichkeit“ – ein Wort, von dem ich dringend abrate. Und schließlich ist es die Organisation unseres Lehr- und Prüfungswesen. Wir können die ohnehin überlasteten Prüfungssysteme nicht noch durch weitere Pflichtfächer anreichern, z.B. ein Pflichtfach Völkerrecht: Das Internationale Recht ist zu vielgestaltig. Der eine wird die notwendige Internationalisierung der Lehre vorneh-

men durch Integration von Verfassungsvergleich in das Staatsrecht, der andere konzentriert sich auf das Recht der WTO, der dritte arbeitet menschenrechtlich. Das bedeutet, die Internationalisierung des Fachs lässt sich endgültig in der Universitätslehre und Prüfung nicht mehr bewältigen mit einem punktuellen Staatsexamen, das Gesamtwissen abprüft in einer Art und Weise, wie es ohnehin nicht Wissenschaftler, sondern nur Repetitoren vermitteln können. Solange wir unser Prüfungssystem, unser Ausbildungssystem nicht ändern, werden wir auch in 40 Jahren wieder eine Staatsrechtslehrertagung haben, die die Internationalisierung unseres Fachs einfordern wird, und es wird nichts geschehen sein.

**Goerlich:** Nach diesem Beitrag von Herrn *Bryde* eine zurückhaltendere Frage zur Lehre: Herrn *Vesting* – und genauso Frau *Kokott*, die das ja eingeführt hat, diese Fragestellung in ihr Referat – möchte ich fragen, wo sie denn dann, angesichts dieser Analyse von Herrn *Bryde*, die Einbeziehung ihrer Thematik im Lehrbetrieb beheimaten wollen. Mein Eindruck ist, es bleiben nur die Lehrbücher; bisher sind die Lehrbücher jedenfalls insoweit Potemkin'sche Dörfer, womit ich hier vor allem das Staatsrecht anspreche. Kurz nur ein Beispiel: Wenn Rechtsquellen zugeordnet werden, wie es die Europäische Grundrechtecharta versucht, wenn sie am Ende ihres Textes sinngemäß sagt, dass das Schutzniveau der EMRK nie unterschritten werden solle, so hat das nicht nur materielle Folgen für den Rechtsraum der Europäischen Union; es ergibt sich daraus zugleich eine funktionelle Folge, hier nämlich für die Stellung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Strassburg. Er kann infolgedessen wie ein europäisches Verfassungsgericht auftreten; er wird maßgeblich auch für diesen Rechtsraum, zumal aufgrund des Art. 6 Abs. 2 EUV. Das ergibt sich mithin nicht nur aus seiner Rechtsprechung hinsichtlich des Wahlrechts in Gibraltar zum Europäischen Parlament oder aus der Danville-Rechtsprechung dieses Jahr; ich meine, dass solche Entwicklungen notwendig einbezogen werden müssen in die Lehrbücher Staatsrecht I und II; und wenn das dort nicht stattfindet, dann geschieht es, in der Tat, wie Herr *Bryde* meint, nirgends; und dann bleibt das so in den nächsten 40 Jahren.

**Vorsitzender:** Meine Damen und Herren, wir kommen zum Ende der Diskussion. Man könnte jetzt noch den einen oder anderen aufrufen, aber es ist vielleicht auch ganz gut, dass die Referenten die Möglichkeit haben, auf die vielen Dinge einzugehen, und die Zeit ist knapp mit zweimal siebeneinhalb Minuten. Entsprechend den Gepflogenheiten dieser Vereinigung übernimmt Herr *Vesting* als Erster das Schlusswort.

**Vesting:** Ich greife das Stichwort von der „Warteliste“ auf – das stammt ja aus der Lufthansawelt – und werde mich bemühen, schnell durch die vielen Fragen, die gestellt worden sind, zu düsen. Es dürfte aber klar sein, dass ich in 7,5 Minuten diese Fragen nicht alle beantworten und natürlich auch nicht den „Rest“ nachliefern kann, den Herr *Butzer* eingefordert hat.

Aber vielleicht ein paar Anmerkungen. Das Referat war angelegt als Selbstreflexion, wie Herr *Di Fabio* das ausgedrückt hat: als „Selbstorganisation unseres eigenen Fachs“, und die Fragestellung, die mir aufgegeben worden ist, muss dann zunächst erkenntnisorientiert, nicht praxisorientiert beantwortet werden. Die erste Frage, die man sich stellen muss, lautet: Wird die Zukunft der Weltordnung eine Staatenordnung sein? Darauf haben viele Redner in ihren Einwänden rekurriert, etwa Herr *Rauschnig* oder Herr *Isensee*, der sich sogar eine Einstaatsordnung – „Vorherrschaft der USA“ – vorzustellen scheint. Wenn man sich diese Frage stellt, dann darf man sich aber nicht nur auf aktuelle Ereignisse (Irak etc.) beziehen, die den einen oder anderen Eindruck vermitteln, sondern man muss sich dann vielleicht doch stärker auch auf die Forschung einlassen, die es im politikwissenschaftlichen Bereich oder in der Soziologie gibt – und keineswegs nur in der Systemtheorie. In dieser internationalen Diskussion findet man aber nur relativ wenige Autoren, die die These vertreten würden, dass auch in Zukunft ausschließlich der Staat die „internationale Ordnung“ ausmachen wird; und wenn ich hier von Staatsordnung spreche, dann meine ich nicht den Allgemeinbegriff Staat, der (griechische) Polis und (römisches) Imperium einbezieht, sondern den Territorialstaat der frühen Neuzeit, wie er sich seit ungefähr 1600 herausgebildet hat.

Wenn das die eher herrschende Auffassung in der einschlägigen Literatur ist, dann kann man sich als Rechtswissenschaftler dazu doppelt verhalten: Man kann weiter ontologische Aussagen treffen und sagen, der Staat bleibt doch; es gab doch schon immer Internationalität, und auch in Zukunft wird der Staat doch nicht einfach verschwinden, wir sehen ihn doch jeden Abend, zumindest auf der Wetterkarte der ARD. Das ist aber nicht mein Ansatz gewesen, sondern ich habe sozusagen versucht, keine ontologischen Aussagen zu machen, sondern vor dem Hintergrund des neueren Forschungsstandes zu schauen, mit welchen Unterstellungen das öffentliche Recht im 19. Jahrhundert gegründet worden ist, und ob diese Unterstellungen heute noch tragfähig sind. Und da muss man sich zunächst die Frage stellen, warum Staatsrecht, warum Staatsrechtslehre, warum hat man 1928 die Vereinigung nicht gleich „Vereinigung der deutschen Staats- und Völkerrechtslehrer“ genannt? Warum hat *Laband* ein Staatsrecht geschrieben (und kein Demokratierecht, zum Beispiel)? Und ich glaube, dass man diese Tatsache sehr ernst nehmen muss. Es scheint



mir eben dahinter doch die Auffassung zu stehen, nicht nur dass der Staat „da“ ist, sondern dass er im Öffentlichen Recht eine zentrale, ja die zentrale Rolle einzunehmen hat, und dass es eben eine Hierarchie zwischen dem Staatsrecht und allen anderen Materien des Öffentlichen Rechts gibt. Ich habe ja nicht gesagt, es gab im 19. Jahrhundert kein Völkerrecht. Das gab's, natürlich gab's das, und es ist auch klar, dass nicht jeder beansprucht hat, das Ganze zu erfassen. Aber wenn es so etwas gab wie den Anspruch, das Ganze zu erfassen, dann waren diese Unternehmen eben getragen von der Idee, dass das Staatsrecht sozusagen das Ganze ist oder doch zumindest das Zentrum des Ganzen.

Darüber habe ich dann gesprochen, über die Frage, ob man diese Unterstellung, an der sich das Staatsrecht des 19. Jahrhunderts offensichtlich orientiert hat, auch heute noch so aufrechterhalten kann. Kann man beispielsweise Normhierarchien so bauen, dass man Staatsgrenzen voraussetzt, also etwa sagt „die Verfassung ist die höchste Ebene, und dann gibt's erst mal nichts mehr“. Ich meine, dass man davon eben nicht mehr ausgehen kann. Vielmehr gibt es so etwas wie eine Verselbständigung eines „transnationalen Rechts“ gegenüber dem Nationalstaat, d.h. dass sich Rechtsschichten herausbilden, die sich verselbständigen und dann auf den Nationalstaat und sein Recht zurückwirken. Und das, meine ich, kann man, entgegen mancher Einwände wie z.B. denen von Herrn *Oppermann*, durchaus auch auf das Europarecht beziehen. Mir scheint gerade der europäische Verfassungsentwurf als solcher zu zeigen, dass hier eine kleine politische Elite, die die europäische Verfassung für etwas Wichtiges hält, so etwas macht. Dazu kann man sich als Rechtswissenschaftler so oder so verhalten, aber es ist doch nicht so, dass diese Idee sozusagen „von unten“ gewachsen wäre, oder dass dieser Prozess angeregt worden wäre von den unterschiedlichen Ministerien oder Regierungen der Länder. Insofern scheint es mir eine Verselbständigung auf rechtlicher Ebene zu geben, und die Frage ist, wie gehen wir damit um.

Im Referat habe ich versucht, einige Suchbewegungen aufzuzeigen, und eine gewisse Sympathie, vorsichtige Sympathie, für die Idee des Rechtspluralismus erkennen lassen. Hier scheint mir zunächst einmal Folgendes wichtig zu sein: Ich habe nicht gesagt, dass es in Zukunft keine Staaten und kein staatlich gesetztes Recht mehr geben wird, regionale politische Systeme und ihr Recht, die werden vielmehr bleiben. Sie sind auch (rechts-)empirisch wichtig, etwa für die Legitimationsbeschaffung, oder für alle Rechtsbildung, die auf den staatlichen Rechtssystemen aufbaut. Aber vorgeschaltet ist wieder die Frage: Kann der Staatsbegriff der Begriff sein, der diese Gesamtentwicklung abbilden kann? Ist der Staatsbegriff sozusagen der tragende Begriff, von dem aus man diese Entwicklung erfassen kann? Hier gibt es verschiedene Vorschläge, eine Alterna-

tive zum Rechtspluralismus ist der „offene Verfassungsstaat“. Meinen Einwand dagegen habe ich formuliert. Man kommt hier allenfalls zu gradualisierten Begrifflichkeiten von mehr oder weniger offenem Staat. Aber das ist vermutlich auf Dauer zu wenig.

Abschließend möchte ich noch eine Bemerkung zum „Normativen“ machen. Herr *Di Fabio* hat gefragt: Ja muss man dann, angesichts dieser Lage, nicht wenigstens normativ dagegenhalten? Das haben viele andere auch eingefordert, aber auch eine solche „normative“ Reaktion, so glaube ich, wird eben auf Dauer nicht funktionieren. Das Recht ist auf eine adäquate kognitive Wahrnehmung der Realität angewiesen, und wenn das Recht sozusagen Bilder der Realität voraussetzt, die überhaupt nicht mehr stimmen, dann funktioniert es irgendwann selbst nicht mehr. Insofern gibt es einen Zusammenhang zwischen der Wirklichkeit und den normativen Ansprüchen, die wir formulieren. Natürlich müssen wir als Juristen und Öffentlichrechtler weiterhin normative Ansprüche formulieren. Aber wir müssen eben auch darüber nachdenken, wie man diese Ansprüche so modellieren kann, dass sie auf die neue Situation, die „neue Weltordnung“ passen.

**Kokott:** Zum ersten Themenkomplex „Entsouveränisierung“: Wo genau ist die Souveränität verloren gegangen, fragte Herr *Di Fabio*. Erstens, der Souveränitätsbegriff ist völlig unbestimmt, und deshalb aus meiner Sicht entbehrlich. Wenn man Souveränität so definiert wie Sie, Herr *Di Fabio*, als Freiheit der Bürger, dann würde ich mich voll anschließen. Ich bin auch für Freiheit der Bürger. Jedoch sind eben diese traditionellen Attribute des herkömmlichen Souveränitätsbegriffs verlorengegangen: Entscheidungsmonopol, Letztentscheidung und volle Verantwortlichkeit für das innerstaatliche Recht. Deshalb mein Plädoyer für Aufgabe dieses letztlich inhaltsleeren Begriffs. Herr *Doehring* teilt meine Analyse, ist aber etwas traurig über den Verlust der Souveränität des Staates. Aus der Sicht einer relativ saturierten rechtsstaatlichen Bundesrepublik kann ich eine solche „Traurigkeit“ teilen, aber ich habe an alle Staaten gedacht, auch an solche, wo kein Wohlstand herrscht, keine Menschenrechte und kein Rechtsstaat. Und für die Menschen in diesen Staaten ist es ein Gewinn, wenn sie rauskommen können, und wenn Menschenrechte überhaupt ein Diskussionsgegenstand sind – ein international indizierter Diskussionsgegenstand. Herr *Eckart Klein* fragte, ob ich nicht zu sehr von Europa ausgegangen sei. Hier kann ich wiederholen: Gerade in solchen Staaten, wo das, was in der EMRK, aber auch in unseren Verfassungen ohnehin garantiert ist, wo das eben nicht selbstverständlich ist – da sind doch diese souveränität einschränkenden internationalen Mindeststandards umso wichtiger. Herr *Strein* fragte, „ist das Demokratiegebot denn universell

oder eine europäische Idee?“ Entwickelt wurde das Demokratiegebot im Wesentlichen von amerikanischen Völkerrechtlern. Und, um Herrn *Leisner* gleich zuvorzukommen – er hat bestritten, dass es ein internationales Demokratiegebot gibt: Ich habe in meinem Manuskript aus Vorsicht und Zurückhaltung geschrieben: „Das Demokratiegebot ist zumindest eine Völkerrechtsnorm in statu nascendi“, und das „in statu nascendi“ habe ich in Klammern gesetzt. Meiner Auffassung nach ist Demokratie bereits jetzt völkerrechtlich geboten. Welche Folgen hat das überhaupt? Einmal, dass internationale Organisationen, Weltwährungsfonds, Weltbank, EU die Kreditvergabe, Projektförderung, Entwicklungshilfe, an Good Governance Standards binden. Zweitens, dass der Sicherheitsrat in Resolutionen bisweilen die Demokratie einfordert, etwa in der Resolution zu Haiti. Weiter hat schon vor langer Zeit – ich glaube es war in den 70er Jahren – die interamerikanische Menschenrechtskommission sehr progressiverweise zum Sturz des diktatorischen Somosa Regimes in Nicaragua aufgerufen, weil ihrer Auffassung nach (der interamerikanischen Menschenrechtskommission) nur eine Demokratie mit der bestmöglichen Wahrung der Menschenrechte vereinbar ist. Zu dem Thema gleich weiter: „Was ist nun eigentlich Demokratie?, das kann man doch gar nicht definieren“, meinte Herr *Leisner*. Man mag Demokratie vielleicht nicht positiv definieren können – längere Erörterungen wären hier notwendig –, aber es gibt sicherlich Evidenzfälle: So gibt es eine Reihe von Staaten, wo man klar sagen kann, das ist nun keine Demokratie, das unterstützen wir nicht, hier gehen keine Projekte hin. Herr *Häberle* fragte sodann, „was ist eigentlich der Unterschied zwischen Europäisierung und Internationalisierung?“ Europäisierung momentan (man weiß ja nicht, was die Zukunft bringt) ist eine besonders intensive Internationalisierung. Zur noch offenen Frage von Herrn *Schmidt-Jortzig*. Ich habe in meinem Referat Demokratie im Grundsatz als Betroffenenherrschaft definiert. Führt das denn nicht zum Ausländerwahlrecht? Nein, denn immer noch sind die Staatsbürger von der eigenen Staatsgewalt besonders betroffen, deshalb also nicht der Schluss, Demokratie als Betroffenenherrschaft führt zum Ausländerwahlrecht. Zu Frau *Puttler* kann ich ergänzen: Das Demokratiegebot hat im Völkerrecht natürlich einen begrenzten Anwendungsbereich. Einmal ist es aber schon wichtig, dass Demokratie überhaupt ein Gegenstand des Völkerrechts ist – das ist ja ganz neu. Das traditionelle Völkerrecht sagte, „ihr Staaten könnt machen was ihr wollt in eurem Innern, Hauptsache, die Staatsgewalt ist effektiv“. Darüber sind wir Gott sei Dank hinausgewachsen. Dass Demokratie überhaupt völkerrechtlich geboten ist, bewirkt schon etwas. Jedoch – und darauf zielte wohl Ihre Intervention – ist der Anwendungsbereich doch recht gering. Demokratie, Betroffenenherrschaft – oft ist der Einzelne ja nicht direkt vom Völker-

recht betroffen. So gibt es wenige Fälle, wo der Einzelne gegenüber Völkerrechtssubjekten, internationalen Organisationen und überhaupt im internationalen Bereich Grund hätte, sich auf das Demokratiegebot zu berufen. Ein Fall sind immerhin die Projektvergaben der Weltbank, dass die Weltbank nicht einfach irgendwo einen Staudamm fordern kann ohne die Bürger, die da wohnen, in irgendeiner Weise zu beteiligen. Es passt zum Demokratiegebot – Demokratiegebot auch verstanden als Partizipationsrecht –, dass es jetzt Beschwerdeverfahren gibt, durch die die Bürger beteiligt werden, wenn solche Projekte internationaler Organisationen in ihrem Wohnbereich oder in ihrer Nähe aufgebaut werden. Herr *Hölscheidt* wies auf die Rolle der Parlamente, auf eine gewisse Parlamentarisierung durch Europäisierung hin. Das ist ein interessantes Feld, das ich nur aus Zeitgründen ausgelassen habe, also die demokratischen Grundsätze, innerstaatlich, aber auch international, zu verwirklichen. Ich bin nur auf die postnationale Demokratie eingegangen, aber natürlich erwachsen den innerstaatlichen Parlamenten auch neue Aufgaben. Herr *Pernice* beispielsweise hat hierzu geforscht. Und dann sagte Herr *Bausback*, dass die Idee, dass jeder zu seiner Verantwortung stehen muss, irrealistisch sei. Aber gerade deshalb brauchen wir ja eine Norm, Normen sind Antworten auf unerwünschte Zustände. Wenn alles gut und ideal laufen würde, dann bräuchten wir nicht dieses Postulat, was ich hiermit fordere, dass klare Verantwortlichkeiten bestehen müssen und dass man insbesondere hieran arbeitet. Herrn *Isensees* Rede schließlich kann ich nur zustimmen. Der Staat ist nicht tot, bloß ist er eben nicht mehr souverän, und seine Aufgaben wandeln sich.

**Vorsitzender:** Meine Damen und Herren, wenn es ein Aufgabe von Staatsrechtslehrertagungen ist, dass es wissenschaftlich nicht langweilig, sondern spannend zugeht, dann meine ich, unabhängig davon, was Sie zu den einzelnen Referaten sagen, sie haben uns einen spannenden Vormittag beschert! Wir machen pünktlich weiter um 14.00 Uhr.

Zweiter Beratungsgegenstand:

**Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte  
unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse**

1. Bericht von Prof. Dr. *Winfried Brugger*, Heidelberg

Inhalt

|  | Seite |
|--|-------|
| I. Vormoderne Sichtweisen von Freiheit und Sicherheit . . .  | 103   |
| II. Moderne Staatszwecklehren in der Gesellschafts-<br>vertragstheorie . . . . .                           | 111   |
| III. Wandlungen von Polizei, Rechtsstaat und Sozialstaat . . . .   | 121   |
| IV. Anschlussfähigkeit des klassischen Theorierahmens für<br>die Ordnungsprobleme der Gegenwart? . . . . . | 124   |
| V. Freiheit und Sicherheit im Grundgesetz . . . . .  | 129   |
| VI. Das Beispiel Volksverhetzung . . . . .   | 133   |
| VII. Das Beispiel Parteiverbot . . . . .   | 140   |

Sicherheit, securitas, se cura – das Wort sagt es schon: ohne Sorge.<sup>1</sup> Ein Mensch, der ohne Furcht und Angst lebt, ist frei, und entfaltet sich persönliche Freiheit in Sachen, entsteht vor uns das Bild von Leben, Freiheit und Eigentum in Sicherheit. Dieser Schutzgüter-Dreiklang, verstärkt durch den Sicherheits-Gleichklang, tönt so vollkommen wie die ersten Takte von Beethovens 5. Symphonie, erscheint so verheißungsvoll wie das Füllhorn in der Hand der Frauengestalt Securitas auf römischen Münzen, das Sicherheit in Hülle und Fülle verspricht.<sup>2</sup>

Die Realität belehrt uns jedoch schnell eines Besseren: Umfassende Sicherheit in all den Beziehungen und Aktionsfeldern, die für ein gelungenes Leben bedeutsam sind, ist nicht zu haben. Statt auf natürliche und göttliche Vorsehung bauen zu können,<sup>3</sup> müssen wir uns selbst vorsehen, Vorsorge gegen Risiken und Gefahren treffen, soweit dies möglich, sinnvoll und für freie Menschen angemessen ist. Wir können uns zwar mit *René Descartes* bei Abwägungen von Freiheit und Sicherheit unserer Existenz sicher sein, cogito et dubito ergo sum, aber deren Entfaltung bleibt in risikoreiche Verhältnisse gebannt.<sup>4</sup>

Da verwundert es nicht, dass das Bedürfnis nach Sicherheit sich inzwischen ein Begriffsfeld geschaffen hat, das von individueller, sozialer, politischer, nationaler, internationaler, innerer, äußerer, technischer, wirtschaftlicher, medizinischer, Rechts-, System-, Reaktor-, Betriebs-, Straßen- und Verkehrssicherheit bis zur Datensicherheit reicht.<sup>5</sup>

Allen diesen Sicherheitsfeldern kann hier nicht nachgegangen werden, schon gar nicht in der eigentlich gebotenen Mehrebenenanalyse vom

<sup>1</sup> S. *M. Makropoulos* Art. Sicherheit, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 9, 1995, Sp. 745; *A. Schrimm-Heins* Gewissheit und Sicherheit. Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe certitudo und securitas, Teil I, Archiv für Begriffsgeschichte 34 (1991), 123, 133. S. auch *F.-X. Kaufmann* Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl. 1973, 148, 167 Fn. 49.

<sup>2</sup> S. *Schrimm-Heins I* (Fn. 1), 139; *G. Robbers* Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987, 29; *Kaufmann* (Fn. 1), 52.

<sup>3</sup> Zum vorneuzeitlichen, vorgegebenen, „archaischen“ Selbst- und Weltverständnis ausführlich *Kaufmann* (Fn. 1), Kap. 4, z.B. 211 f. S. auch *J. Huizinga* Herbst des Mittelalters, 2. Aufl. 1928, 77 f., 333, zur mittelalterlichen Weltanschauung: „Alles, was sich im Leben einen festen Platz erobert, was zur Lebensform wird, gilt als göttliche Einsetzung, die gewöhnlichsten Sitten und Gebräuche so gut wie die höchsten Dinge in Gottes Weltplan.“

<sup>4</sup> Hierzu *A. Schrimm-Heins* Gewissheit und Sicherheit. Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe certitudo und securitas, Teil II, Archiv für Begriffsgeschichte 35 (1992), 115, 127 f.

<sup>5</sup> S. etwa *Schrimm-Heins I* (Fn. 1), 123 f. und *II* (Fn. 4), 212, sowie *Kaufmann* (Fn. 1), 49 ff., 140 ff., 344.

deutschen öffentlichen Recht über den europäischen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“<sup>6</sup> bis zur Rechtsvergleichung und zum Völkerrecht.<sup>7</sup> Ich konzentriere mich auf eine staats- und verfassungstheoretische Skizze, einen Blick ins Grundgesetz und zwei Fallbeispiele, deren verbindende Klammer das Anliegen des politischen Klimaschutzes ist.

## I. Vormoderne Sichtweisen von Freiheit und Sicherheit

Für das moderne Verhältnis von Freiheit und Sicherheit am wichtigsten ist die neuzeitliche Entwicklung großflächiger Territorialgebilde mit einheitlicher Herrschaftsgewalt, für die sich die Theorie des Staates im engeren oder modernen Sinn entwickelt hat. Doch ist schon für die vorhergehenden Stadien herrschaftlicher Organisation im Römischen Reich und im christlichen Mittelalter eine Ausrichtung an Sicherheit und Freiheit oder begrifflichen Äquivalenten charakteristisch.

Securitas wurde im 1. Jahrhundert nach Christus zum politischen Begriff, der die Pax Romana repräsentierte. Seit der augusteischen Zeit standen die Begriffe „pax“, „securitas“ und „libertas“ für den Herrschafts- und Stabilitätsanspruch des Römischen Reichs, der vom christlichen Mittelalter übernommen und auf Kaiser und Könige als Verteidiger von Sicherheit und Freiheit unter der Schutzherrschaft Gottes übertragen wurde.<sup>8</sup>

Im Mittelalter waren Bedrohungen von Leib und Leben sowie Gefahren für den Bestand und den Austausch von Gütern allgegenwärtig,<sup>9</sup> bei

<sup>6</sup> S. Art. 2 und 29 EUV sowie Art. 61 EGV; ausführlich hierzu *M. Möstl* Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 557 ff., 618 ff.

<sup>7</sup> Hierzu jüngst C. Walter/S. Vöney/V. Röben/F. Schorkopf (eds.) *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty* (erscheint 2004).

<sup>8</sup> Näher *W. Conze* Art. Sicherheit, Schutz, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, 831, 832 ff.; *Schrimm-Heins I* (Fn. 1), 137 ff.; *D. Willoweit* Deutsche Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1997, 29; *Makropoulos* (Fn. 1), Sp. 745 ff.; *Kaufmann* (Fn. 1), 52 f.

<sup>9</sup> Eine eindruckliche Beschreibung findet sich bei *Huizinga* (Fn. 3), Kap. 1, insbesondere 25 f., 34 f.: „Das Volk kann sein eigenes Schicksal und die Ereignisse jener Zeit nicht anders erfassen, denn als eine fortwährende Abfolge von Mißwirtschaft und Aussaugerei, Krieg und Räuberei, Teuerung, Not und Pestilenz. Die chronischen Formen, die der Krieg anzunehmen pflegte, die fortwährende Beunruhigung von Stadt und Land durch allerlei gefährliches Gesindel, die ewige Bedrohung einer harten und unzuverlässigen Gerichtsbarkeit und außerdem noch der Druck von Höllenfurcht, Teufel- und Hexenangst nährten ein Gefühl allgemeiner Unsicherheit, das wohl dazu angetan war, den Hintergrund des Lebens schwarz zu färben.“

Rechtsverletzungen drohten Blutrache und Fehde.<sup>10</sup> Dagegen sollten vielfältige lehens-, land-, korporations- und kirchenrechtliche Eide, Schutzbünde sowie der Aufbau herrschaftlicher Gerichtsbarkeit helfen,<sup>11</sup> die einen wichtigen Teil der polyarchischen<sup>12</sup> mittelalterlichen Verfassung<sup>13</sup> bildeten. „Friede und Freiheit“ oder „Friede und Sicherheit“ sollten vertikal – etwa zwischen dem Papst und dem künftigen Kaiser<sup>14</sup> – und horizontal – zum Beispiel zwischen Städte- und Ritterbünden – gewährleistet werden; daneben traten Bündnisse zur Sicherung von Verkehrswegen für Händler und Pilger,<sup>15</sup> schließlich auch mit der Zunahme europäischer Fürstentümer immer mehr Bündnis-, Neutralitäts- und Protektionsverträge zwischen den Landesherren.<sup>16</sup> Damit entwickelten sich begriffliche Unterscheidungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht,<sup>17</sup> innerer und äußerer Sicherheit<sup>18</sup> und mit zeitlichem Abstand auch Vorformen

<sup>10</sup> S. *H.-J. Becker* Das Gewaltmonopol des Staates und die Sicherheit der Bürger, NJW 1995, 2077, 2078: „Seit der archaischen Zeit sind die Rechtskulturen Europas von den Gesetzen der Blutrache und der Sippenfehde bestimmt. Die Zeugnisse aus germanischer bzw. fränkischer Zeit lassen erkennen, dass jeder freigeborene Mann zur Rache nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet war, wenn Leben, Ehre oder Besitz seiner Familie verletzt worden waren.“

<sup>11</sup> Zur Entwicklung der Gerichtsbarkeit *Willoweit* (Fn. 8), §§ 7 I 4; 9 II; 10 II 3; 12 III 2, IV 1; 15 I 4, sowie die Artikel Gerichtsverfassung (*G. Buchda* Sp. 1563ff.); Gesetzlicher Richter (*P. Knauer* Sp. 1620ff.) in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, 1971, sowie den Artikel Landesfürstliche Gerichte (*G. Theuerkauf* Sp. 1375f.) in: ebd., Bd. 2, 1978.

<sup>12</sup> So der Ausdruck von *G.W.F. Hegel* Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Theorie-Werkausgabe Bd. 12, 1970, 478.

<sup>13</sup> Zur Verwendung des Begriffs Verfassung für diese Periode s. *H. Mohnhaupt/D. Grimm* Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart, 1995, 14ff., 53 ff.

<sup>14</sup> S. *Conze* (Fn. 8), 835: „Regelmäßig wurde seit der Karolingerzeit nach vorliegenden Formeln dem Papst vom künftigen Kaiser vor seiner Krönung ein Sicherheitseid geschworen (promissio regis), ein Schutzversprechen zunächst nur für die Kirche, sodann auch für die Person des Papstes und (seit Otto I.) seine Nachfolger mit der Versicherung: securitatem de vita, de membris, de papatu, de captione ...“. S. auch *Schrimm-Heins I* (Fn. 1), 149ff.

<sup>15</sup> S. allgemein *Becker* (Fn. 10), 2079f., und *Conze* (Fn. 8), 834ff., 836f., im Speziellen zum Straßenfrieden. „Nicht nur der Kaiser, sondern ... die Landesherren sahen im Schutz der Verkehrswege ihre Aufgabe und schlossen miteinander Bündnisse zu diesem Zweck ...“.

<sup>16</sup> S. *Conze* (Fn. 8), 838f.

<sup>17</sup> S. *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. I: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800, 1980, 70f., 394f.

<sup>18</sup> S. *Conze* (Fn. 8), 842f.



von Völkerrecht.<sup>19</sup> „Securitas publica“ wurde allmählich zum übergreifenden Begriff politischer Herrschaft.<sup>20</sup>

Dass diesen Sicherheitsbündnissen im Inneren wie im Äußeren oft kein tatsächlicher Friedenszustand entsprach, machten die schwer zu unterdrückenden Fehden durch das ganze Mittelalter sowie politische und religiöse Rivalitäten seit dem Spätmittelalter<sup>21</sup> und besonders sinnfällig der 30-jährige Krieg deutlich.<sup>22</sup> Mit dem Westfälischen Frieden von 1648 übernimmt das Völkerrecht seine Aufgabe kollektiver Sicherheitsgewährleistung.<sup>23</sup>

Fasst man diese Entwicklung bis zur frühen Neuzeit zusammen, so lässt sich eine erstaunliche Kontinuität in der normativen Bestimmung herrschaftlicher Aufgaben feststellen: Schaffung von Frieden und Recht

<sup>19</sup> S. O. *Kimminich/St. Hobe* Einführung in das Völkerrecht, 7. Aufl. 2000, 35 ff.; *H. Schulze* Staat und Nation in der europäischen Geschichte, 2. Aufl. 1995, 85 ff.; *W. Reinhard* Geschichte der Staatsgewalt, 1999, 382 ff.; *Stolleis I* (Fn. 17), 186 ff., 398; *Huizinga* (Fn. 3), 344.

<sup>20</sup> Eine gelungene Systematisierung findet sich bei *J. Althusius* *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*, Nachdruck der 3. Aufl., Herborn 1614, 1961, XVI, 13, 245: „Sicherheit muß also im Gebiet allen gewährt werden, damit jeder, der in ihm lebt, geht, durchwandert, sich aufhält, seine Angelegenheiten ohne eines anderen Beleidigung, Verletzung oder Hinderung besorgen kann, also daß das ganze Gebiet und jedes seiner Teile stets geschützt, in Frieden und frei seien, ohne irgend eine Gefahr oder Furcht vor Gewalt und Gewalttätigkeit.“ Zitiert bei *Robbers* (Fn. 2), 34 f. Parallel dazu kann man die Beschreibung des Herrschaftsverhältnisses zwischen Fürst und Untertanen in der frühen Neuzeit bei *J. Bodin* lesen. Die Schutzpflicht des Fürsten erstreckt sich in „Sechs Bücher über den Staat“ von 1576 „ganz allgemein genommen auf alle Untertanen, die einem Fürsten oder einer souveränen Herrschaft unterstehen ... der Fürst [hat] die Pflicht, mit Mitteln der Waffengewalt und der Gesetzgebung die Sicherheit von Leib und Leben, Eigentum und Familie seiner Untertanen zu gewährleisten und ... umgekehrt [schuldet] der Untertan seinem Fürsten Treue, Ergebenheit, Gehorsam, Unterstützung und Hilfe ...“: 1. Buch, 7. Kap., zitiert nach der von P. C. Mayer-Tasch hrsg. Ausgabe von 1981, 187. S. auch 188: „Kein Versprechen ist aber ernster zu nehmen als das, Eigentum, Leben und Ehre des Schwachen gegen den Stärkeren, des Armen gegen den Reichen, des notgepeinigten Rechtschaffenen gegen die Willkür des Schurken zu verteidigen.“

<sup>21</sup> S. *Schulze* (Fn. 19), 43 f., und schon oben Fn. 3.

<sup>22</sup> Seine Ablösung durch einen realen Friedenszustand führte zu einer Stärkung des Ziels von Freiheit und Sicherheit, wie die Worte des Prager Friedens von 1635 bezeugen. Dieser sollte geschlossen werden, um „die werthe Teutsche Nation, zu voriger Integrität, Tranquillität, Libertät und Sicherheit“ zurückzuführen. Zitiert nach *Conze* (Fn. 8), 841. Libertät meint hier allerdings noch nicht moderne Selbstbestimmung, sondern „das Verbot einer allumfassenden kaiserlichen Monarchie, das Lebensrecht der drei großen Konfessionen, die Mitsprache in Reichsangelegenheiten und nicht zuletzt den Schutz der kleinen Herrschaftsträger vor den machtpolitischen Ambitionen der größeren deutschen Staaten“. So *Willoweit* (Fn. 8), 170 f.

<sup>23</sup> Hierzu *Kimminich/Hobe* (Fn. 19), 40; *Willoweit* (Fn. 8), 143 f.

sowie Herstellung des Landfriedens,<sup>24</sup> Schutz und Sicherung von Leib, Leben, Besitz und Familie der Untertanen, im Ausgleich für Treue- und Dienstpflichten.<sup>25</sup> Dass diese Güter auch heute noch schutzwürdig sind, steht außer Frage. Trotzdem kann eine moderne Reflexion nur beschränkt an die geistigen Voraussetzungen dieser Tradition anknüpfen. Das hat mehrere Gründe.

Zum Ersten erfolgt die normative Verankerung dieser Ziele in antiken oder christlichen Ordoverständnissen vorgegebener und vernünftiger Natur- oder Gottesordnung, in der den Menschen – Herrschern wie Untertanen – Status und Entfaltungsmöglichkeiten mehr oder weniger vorgezeichnet sind;<sup>26</sup> der Schritt von objektiv vorgegebener zu subjektiv aufgegebener Ordnung<sup>27</sup> ist noch nicht getan.<sup>28</sup> Wahrung und Besserung des

<sup>24</sup> S. H. P. Bull Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, 60, 347; Wil-  
loweit (Fn. 8), 29, 44, 59, 66, 81, 101; Möstl (Fn. 6), 5.

<sup>25</sup> Diese Kontinuität in der Betonung von Sicherheit führt K.-P. Sommermann Staats-  
ziele und Staatszielbestimmungen, 1997, 3 und öfter, zur Einstufung der „Rechtssicher-  
heit“ als zeitloser Staatszweck. Ferner ist Sicherheit in aller Regel ein relationaler Staats-  
zweck, also auf konkrete Schutzgüter bezogen und dann ins Spiel gebracht, wenn  
Unsicherheitslagen drohen. S. U. K. Preuß Verfassungstheoretische Überlegungen zur  
normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates, in: Chr. Sachße/H. T. Engelhardt (Hrsg.)  
Sicherheit und Freiheit. Zur Ethik des Wohlfahrtsstaates, 1990, 106, 107.

<sup>26</sup> S. die Zusammenfassungen einschlägiger Rechts- und Staatsphilosophien bei  
E.-W. Böckenförde Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2002, 95, 125f., 142,  
176, 263, 286, 308; ferner Hans Maier Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre,  
2. Aufl. 1980, 50ff.; Schrimm-Heins II (Fn. 4), 115; P. Graf Kielmannsegg Volkssou-  
veränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität, 1977, 18f.;  
Stolleis I (Fn. 17), 90; Huizinga (Fn. 3), 76ff., und schon Fn. 3.

<sup>27</sup> S. H. Ryffel Rechts- und Staatsphilosophie, 1969, 299ff.; G. Geismann/K. Herb Ein-  
leitung, in: dies. (Hrsg.) Hobbes über die Freiheit (Widmungsschreiben, Vorwort an die  
Leser und Kap. I-III aus „De Cive“), 1988, 9, 11ff.; W. Euchner Einleitung in J. Locke  
Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1977, 9, 16, 44; E. Heintel Die naturrechtliche  
Fundierung des Ordogedankens in der Tradition, in: J. Schwartländer (Hrsg.) Menschen-  
rechte. Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung, 1978, 19ff. zu der aristotelischen  
Formel „ens et bonum convertuntur“ und mit einer Zusammenfassung auf S. 23: „Der  
Ordogedanke geht aus von dem Kosmos als Inbegriff alles natürlich seienden Individu-  
ellen, versteht diesen Kosmos jedoch als ‚Schöpfung‘, d.h. bezogen auf eine höchste  
Sinninstanz (Gott), die sich in Natur und Geschichte offenbart und ihr alles umschließen-  
des Heilshandeln besonders dem (gefallenen) Menschen und seiner ‚Rechtfertigung‘ bzw.  
‚Erlösung‘ zuwendet, jenem Geschöpf, das auch in seiner Sündhaftigkeit und mit seiner  
Freiheit eingegliedert bleibt in die ‚Vernünftigkeit des Wirklichen‘ im Zeichen der Vor-  
sehung.“

<sup>28</sup> Hierzu Bodins eindrückliche Beschreibung in „Sechs Bücher“ (Fn. 20), 1. Buch,  
1. Kap., 103, von der Minimalaufgabe des Staates zum Lebensschutz bis hin zur Aufgabe  
von Staaten wie Untertanen, zur Klarheit des Denkens zu finden, sich den Naturschön-  
heiten zuzuwenden, um schließlich „die vollendete Harmonie dieser unserer ganzen Welt

überkommenen Rechts stehen vor freibestimmter Rechtsetzung.<sup>29</sup> Gutes Recht ist bis in die Neuzeit alt, neues Recht muss sich als alt ausgeben, um akzeptiert zu werden.<sup>30</sup>

Zum Zweiten sind die Minimalziele politischer Organisation – Herstellung des Landfriedens und Rechtsgüterschutz – tendenziell verknüpft mit Maximalzielen wie Tugend und Glückseligkeit im Gemeinwesen. Die Herrschaftsorganisation ist auch für das materielle und spirituelle Wohlergehen des Volkes zuständig,<sup>31</sup> sei diese Zuständigkeit vermittelt über den sakralen Charakter des mittelalterlichen Königturns, die Verbund-

---

erkennen“ zu können. So gelange man zur „Entdeckung der ersten Ursache und des Schöpfers eines so großartigen Meisterwerks“. S. demgegenüber *Sommermann* (Fn. 25), 21, im Vorgriff auf die Wende in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts: „Je weiter sich das [18.] Jahrhundert neigt, desto stärker verlagert sich im Einklang mit dem Zeitgeist der Bedeutungsschwerpunkt der Begriffe ‚Wohlfahrt‘ oder ‚Glückseligkeit‘ vom Gemeinwesen zur Person, vom Kollektiven zum Individuellen“, und *Robbers* (Fn. 2), 30, 33f.: „Die Voraussetzungen für die Idee der Sicherheit als Menschenrecht sind erst dort gegeben, wo dem Einzelnen selbst seine Verwirklichung und Verteidigung im Staat in die Hand gegeben ist, sei es durch Widerstandsrecht, durch Wahlrecht der politischen Vertreter oder endlich durch die Möglichkeit, Gerichte zur Durchsetzung seines Rechts anzurufen.“

<sup>29</sup> S. *Willoweit* (Fn. 8), 119 ff.

<sup>30</sup> So *Reinhard* (Fn. 19), 283. S. auch *F. Kern* Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter, 6. Aufl. 1973, 123 ff. mit notwendigen Differenzierungen: „Der Staatszweck ist nach dem germanischen Staatsbegriff beharrend, erhaltend: er liegt in der Bewahrung der bestehenden Ordnung, des guten alten Rechts. Das germanische Gemeinwesen ist seinem Begriff nach vor allem Rechts- und Ordnungsstaat“ (123). „Der Staatszweck der christlichen Weltanschauung ist daneben von fortschreitender, tätiger, ausgreifender Natur. Nicht das überlieferte und seiende Gewohnheitsrecht, sondern das niemals ganz erreichte, aber ewig zu erstrebende göttlich-natürliche Vernunftrecht ... und vor allem seine biblisch-theologischen Untergründe: das ist es, was der Staat achten und zur Geltung bringen soll. Der christlich-mittelalterliche Staat ist nicht reine Rechtsanstalt, sondern stellt das Ideal des intensiven Wohlfahrts- oder Kulturstaats auf“ (124). „Das göttliche Recht fällt also nicht immer mit dem Gewohnheitsrecht der Völker zusammen und steht oft im Gegensatz zu ihm als das sittliche Postulat, das neue Recht, der umwälzende, reformatorische Kulturgedanke“ (125). Eine noch größere Gestaltungsmacht nimmt dann der absolutistische Staat für sich in Anspruch. Dazu zusammenfassend *Stolleis I* (Fn. 17), 397.

<sup>31</sup> S. etwa *Hutzinga* (Fn. 3), 78: „Die höchste Aufgabe im Staat, die Beschirmung der Kirche, die Verbreitung des Glaubens, der Schutz des Volkes vor Unterdrückung, die Handhabung des allgemeinen Wohls, Bekämpfung von Gewalt und Tyrannei, Befestigung des Friedens ...“ sowie *Bodin* Sechs Bücher (Fn. 20), 1. Buch, 1. Kap., 101: „Wenn nun aber die wahre Glückseligkeit des Staates gleichzusetzen ist mit der des einzelnen Menschen und wenn das höchste Gut des Staates ... in den Tugenden des Verstandes und der Kontemplation besteht, dann folgt daraus zwingend, daß ein Volk wahrer Glückseligkeit teilhaftig ist, wenn es als Ziel vor Augen hat, sich in der Betrachtung der natürlichen, menschlichen und göttlichen Dinge zu üben und für alles den mächtigen Fürsten der Natur zu lobpreisen.“ S. schon oben Fn. 27 zu *Geismann/Herb*.

herrschaft von Kaiser und Papst, aristotelisch inspirierte Vorstellungen sittlich vollkommenen Lebens oder das landesherrliche Kirchenregiment.<sup>32</sup> Der liberale Schritt zur Beschränkung der Staatszwecke ist noch nicht getan.

Zum Dritten bewegen wir uns bis zu diesem Zeitpunkt trotz des theoretischen Vorrangs der einheitlichen Reichsidee<sup>33</sup> in vielfältig feudal und ständisch gestuften Ordnungen mit asymmetrischen Freiheiten und Würden.<sup>34</sup> Diesen eignet zwar ein personales Gegenseitigkeits- und Fürsorgemoment zwischen Lehnherr und Vasall, Herrscher und Untertan,<sup>35</sup> doch ist dieses noch nicht verankert in der Zweipoligkeit von politischer Einheitsgewalt<sup>36</sup> und homogenem Staatsvolk.<sup>37</sup> Schon gar nicht kommt den

<sup>32</sup> S. *Willoweit* (Fn. 8), 27f., 49ff., 85f., 103, 121, 126, 133f. Speziell zum aristotelischen Einfluss *Kielmannsegg* (Fn. 26), 36ff.

<sup>33</sup> S. *Kimminich/Hobe* (Fn. 19), 34ff.; *R. Zippelius* Kleine deutsche Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1996, 35, 46; *Schulze* (Fn. 19), 19ff., 41f., 58ff., 85; *Hegel* (Fn. 12), 447: „Die kaiserliche Gewalt wurde im ganzen für etwas sehr Großes und Hohes ausgegeben: der Kaiser galt für das weltliche Oberhaupt der gesamten Christenheit; je größer aber diese Vorstellung war, desto weniger galt die Macht der Kaiser in der Wirklichkeit.“ Ähnlich *J. Burckhardt*, zitiert in *H. Fuhrmann* Überall ist Mittelalter. Von der Gegenwart einer vergangenen Zeit, 1997, 71: „Die deutsche Krone, mit ihrem römischen Kaisertum behaftet, [war] zu schwach zum Leben und zum Sterben [und] aller nationalen Aufgaben ... unfähig.“ S. schon oben Fn. 12.

<sup>34</sup> S. *G. Dilcher* Art. Freiheit (MA), in: HRG Bd. 1 (Fn. 11), Sp. 1227ff.; *Kielmannsegg* (Fn. 26), 24; *D. Willoweit* Geschichtliche Wandlungen der Eigentumsordnung und ihre Bedeutung für die Menschenrechtsdiskussion, in: J. Schwartländer/D. Willoweit (Hrsg.) Das Recht des Menschen auf Eigentum, 1983, 7ff.; *Maier* (Fn. 26), 33ff.; *Robbers* (Fn. 2), 29f.: „Stets war der alte Gedanke der allgemeinen Schutzpflicht des Landesherrn für die Erhaltung des Landfriedens gegenwärtig. Unterhalb dieser Ebene jedoch war die Sicherheitsgarantie des der Sicherung Bedürftigen aufgesplittert in vielfältig abgestufte Schutzprivilegien ...“; *Mayer-Tasch* Einführung in Bodin (Fn. 20), 27: „Die politische Verfassung des Ständestaates zeigte im 16. Jahrhundert noch eine Pyramidalstruktur weitverzweigter vertikaler Rechtsbeziehungen. Der Rechtsbefehl des Königs erreichte die ... ‚Familien‘ in aller Regel nicht direkt, sondern allenfalls durch Vermittlung eines regional gestuften Systems politischer Institutionen und Amtsträger.“

<sup>35</sup> S. *Kern* (Fn. 30), 152, 241; *Zippelius* (Fn. 33), 26f., 61ff.

<sup>36</sup> *Schulze* (Fn. 19), 42, spricht von den Territorialstaaten, aus denen sich das Reich zusammensetzte, als „eine[r] fast zoologische[n] Fülle von Kurfürstentümern, Herzogtümern, Fürstentümern, Bistümern, Grafschaften, Reichsstädten, Abteien und Balleien.“ S. auch *Willoweit* (Fn. 8), 31; *Reinhard* (Fn. 19), 407; *U. Volkmann* Relativität des Staates. Staatsbegriff und Staatsverständnis im Spiegel der jüngeren Geschichte, JuS 1996, 1058f.; *Stolleis I* (Fn. 17), 397, 402.

<sup>37</sup> S. *Kern* (Fn. 30), 243: „Das frühe Mittelalter (bis zur Ausbildung konkreter ständischer Verfassungsformen) läßt die Gesamtheit, welche dem Herrscher gegenübersteht, wesentlich unbestimmt und formlos vertreten werden durch *proceres*, *maiores* und *meliores* usf.“ Erst nach Ablösung auch der feudal-ständischen Gesellschaftsordnung ist der

Untertanen ein allgemeiner Freiheits-, Gleichheits- und Würdestatus<sup>38</sup> zu, der sie der Herrschaftsgewalt nicht mehr nachordnen, sondern legitimatorisch vorordnen würde.

Zum Vierten gründet die Verpflichtung des Herrschers zur Wahrung von Frieden und Recht oft ununterschieden in Tradition, Gott, Natur oder Vernunft.<sup>39</sup> Der Herrscher soll überkommene Machtstrukturen und religiöse Gebote achten, Fürstentugenden nachkommen und zunehmend auch pragmatisch seine Macht erhalten, etwa bei *Machiavelli*.<sup>40</sup> Der Rechtscharakter der Schutzverpflichtungen bildet in der Regel keinen von Natur, Religion und Tradition isolierten Verbindlichkeitsgrund; dazu sind die Einbindungen von Herrschaft zu verwoben.<sup>41</sup> Bei Schutzversprechen oder Verträgen tritt das Moment rechtlichen Gebundenseins zwar

---

Boden bereitet für ein einheitliches Verständnis von „Staatsvolk“. Zur Änderung in der frühen Neuzeit *Stolleis I* (Fn. 17), 70; *D. Grimm* Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, in: *ders.* Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 53, 58 ff.

<sup>38</sup> Zum Unterschied von vorneuzeitlichen „Würden“ und „Würdigkeiten“ gegenüber der modernen, einem jeden Menschen zukommenden „Würde“ s. *H. Bielefeldt* Zum Ethos der menschenrechtlichen Demokratie. Eine Einführung am Beispiel des Grundgesetzes, 1991, 17 ff.

<sup>39</sup> S. neben Fn. 3, 27, 28, 30 *Stolleis I* (Fn. 17), 268 f.; *Robbers* (Fn. 2), 33 f. Ausführlich zu den Fürstenspiegeln *Sommerrmann* (Fn. 25), 9 ff. Zur Bindung an natürliche und göttliche Gesetze s. exemplarisch *Bodin* Sechs Bücher (Fn. 20), 38 ff., 207, 214, 230. Man kann allerdings im Vorrang dieser Verpflichtungsmodi auch eine Bindung der nachrangigen Rechtsmodalität sehen. Wenn diese Folgerung oft nicht (klar) gezogen wurde, dann vielleicht auch wegen der unvermeidlichen Streitigkeiten über die Umsetzung dieser vorrechtlichen Kriterien zwischen Herrscher und Rechtsunterworfenen. Dieses Streitigkeitsproblem findet dann Eingang in die Reflexion der Vertragstheoretiker *Hobbes*, *Locke* und *Kant*.

<sup>40</sup> Pragmatisch geboten kann Rechtsgüterschutz des Volkes sein, um die Herrschaft zu erringen oder gegen rivalisierende Kräfte zu bewahren. S. *Grimm* (Fn. 37), 60. In diesem Sinne argumentiert *N. Machiavelli* in den „Discorsi“ (1531), I. Buch, 5. Kap.: „Von den weisen Gesetzgebern wurde die Sicherung der Freiheit immer zu den notwendigsten Einrichtungen einer Republik gezählt.“ Zitiert nach *H. Münkler* Niccolò Machiavelli, Politische Schriften, 1990, 139. Je nach den Umständen kann es auch um andere Maßnahmen bis hin zur Unterdrückung gehen, weil *Machiavelli* vor allem die Erhaltung (auch Erweiterung) der Republik in Krisenzeiten vor Augen steht. Vgl. die bei *Münkler* ebd. zitierten Stellen 13, 34 ff., 55 f., 57, sowie *Schulze* (Fn. 19), 45 ff., 49, zur die Schutzdimension bei *Machiavelli* doch einschließenden Staatsraison: „denn das Verlangen des Volkes ist berechtigter als das Verlangen der Großen, da diese auf Bedrückung ausgehen, das Volk aber auf Schutz von Bedrückung“.

<sup>41</sup> S. *Kern* (Fn. 30), § 6, 131 ff., 245: „Da die mittelalterliche Weltanschauung zwischen Sittlichkeit, Sitte und Recht grundsätzlich nicht unterschied, so kam einer solchen [Rechtsgebundenheit des Fürsten] ... nicht nur sittliche oder naturrechtliche, sondern positivrechtliche Geltung zu“ (131). *Kern* fügt in einer Anmerkung hinzu: „Diese Ausdrucksweise würde das Mittelalter selbstverständlich kaum verstanden haben.“

deutlich hervor,<sup>42</sup> es wirkt aber vorrangig zwischen einzelnen Herrschaftsverbänden und Ständen<sup>43</sup> und weniger in der dualen Gegenüberstellung von Souverän und Volk. Zudem ist die Rechtsbindung lange stärker personalrechtlich als territorial und staatsrechtlich geprägt.<sup>44</sup> In diesem Sinne existieren Verfassungsverträge zwischen Herrschaftsträgern, aber eine Staatsverfassung im engeren Sinn mit umfassender Souveränität oder gar eingebauter Rechtsbindung und Bindungskontrolle liegt noch nicht vor.<sup>45</sup> Dafür wird oft ein Widerstandsrecht als letzte Schranke gegen Herrschaftswillkür in Anspruch genommen.<sup>46</sup>

Dem entspricht es, dass – fünftens – noch kein ausgebildetes subjektives Recht des Volkes gegen den Herrscher auf effektiven Schutz der einschlägigen Rechtsgüter vorliegt, das mit einem Recht auf Durchsetzung durch unabhängige Gerichte gekoppelt wäre. Gerichte als Foren zur Streitentschei-

<sup>42</sup> S. exemplarisch die Ambivalenz bei *Bodin*, der am Übergang zum neuzeitlichen Staat und zu *Hobbes* steht. Er vertritt einerseits wie *Hobbes* eine starke Souveränitätstheorie, über die der Herrscher die höchste und umfassende Macht hat und „beliebig“ regieren, d.h. vor allem einseitig Gesetze erlassen und durchsetzen kann. Andererseits ist der Herrscher über „Verträge“ und „Versprechen“ dann doch horizontal und vertikal gebunden: Sechs Bücher (Fn. 20), 1. Buch, 8. Kap., 210, gegenüber ebd., 214ff., und 1. Buch, 7. Kap., 188.

<sup>43</sup> Anschaulich beschrieben von *Hegel* (Fn. 12), 447ff., 460ff. S. auch die Zusammenstellung bei *Zippelius* (Fn. 33), 36ff., und *H. Vorländer* *Verfassung. Idee und Geschichte*, 1999, 13f., 30f.

<sup>44</sup> S. *Kimminich/Hobe* (Fn. 19), 35, 41; *Schulze* (Fn. 19), 23, 38; *Stolleis I* (Fn. 17), 70f., 82.

<sup>45</sup> S. *K. Stern* *Staatsrecht I*, 2. Aufl. 1984, § 3 I; *Willoweit* (Fn. 8), § 25 III 2.

<sup>46</sup> S. *Kern* (Fn. 30), XI f., §§ 5ff. mit einer Zusammenfassung auf 144f.; *Chr. Link* *Jus resistendi*. Zum Widerstandsrecht im deutschen Staatsdenken, FS Dordet, 1976, 55ff.; *Kielmannsegg* (Fn. 26), 22f., 80ff. u.ö.; R. v. Friedeburg (Hrsg.) *Widerstandsrecht in der frühen Neuzeit. Erträge und Perspektiven der Forschung im deutsch-britischen Vergleich*, 2001; *ders.* *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt. Notwehr und Gemeiner Mann im deutsch-britischen Vergleich 1530 bis 1669*, 1999. Zusammenfassend zu den Argumentationstypen für ein Widerstandsrecht 16: „Als Grundtypen widerstandsrechtlicher Begründungen wurden ... der Hinweis auf ständische und in den *leges fundamentales* festgelegte Rechtsbestände, auf die Bindung des Herrschers durch das Naturrecht und auf einen Vertrag zwischen Herrscher und Unterworfenen insgesamt genannt.“ S. schon die Zusammenstellung von *K. Wolzendorff* *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, 1916, 522ff.: Gemeindienlichkeit der Herrschaft; Achtung naturrechtlich-religiöser Gebote; Respektierung des Herrschaftsvertrags; Achtung von Menschenrechten. Im Einzelnen gibt es viele Unterschiede und Differenzierungen: Das Widerstandsrecht kann religiös, moralisch oder rechtlich begründet sein. Es kann sich auf besondere Stände oder das Volk beziehen. Es kann den Rechtsunterworfenen prinzipiell zugestanden sein, aber relativiert werden durch die Unsicherheit über die Frage, ob die verbindlichen Schranken oder Zwecke der Herrschaft wirklich verfehlt wurden, die dann zu einer Prärogative des Herrschers führt.

dung existierten zwar schon lange,<sup>47</sup> und die Landfriedensbewegung kämpfte jahrhundertlang um die Ersetzung der Fehde durch eine geordnete Streitentscheidung,<sup>48</sup> aber Herrschen und Richten gehörten weitgehend noch zusammen.<sup>49</sup> Die Gerichtskörper blieben in wesentlichen Aspekten vormodern: Landesherr und höhere Stände dominierten die Besetzung der Richterbank,<sup>50</sup> höhere und niedrigere sowie geistliche und weltliche Gerichte konkurrierten,<sup>51</sup> der Zugang war oft beschränkt, und die Entscheidung als Rechtsspruch war nicht frei von politischen Pressionen, wie die Existenz von Machtsprüchen bis ins aufgeklärte Preußen hinein belegt.<sup>52</sup>

## II. Moderne Staatszwecklehren in der Gesellschaftsvertragstheorie

Die Entwicklung der Gesellschaftsvertragstheorie von *Thomas Hobbes* über *John Locke* und *Jean-Jacques Rousseau* zu *Immanuel Kant* stellt einen unverzichtbaren Schritt für das moderne Verständnis von Freiheit und

<sup>47</sup> Dazu schon Fn. 11 sowie Beispiele aus den Jahrhunderten bei *Willoweit* (Fn. 8), 35, 44, 58, 66, 78, 83, 101, 160, 177f., 195; zusammenfassend *Reinhard* (Fn. 19), 282ff.

<sup>48</sup> S. speziell zum auf dem Wormser Reichstag von 1495 abgeschlossenen „Ewigen Landfrieden“ *Becker* (Fn. 10). Generell zur Bedeutung der Eliminierung der Selbsthilfe auch *Bull* (Fn. 24), 71.

<sup>49</sup> S. *Kielmannsegg* (Fn. 26), 19: „Die Funktion von Herrschaft konnte [im Mittelalter] nur die Bewahrung des Rechts sein, die Sicherung des Rechts für jeden einzelnen. Das Amt des mittelalterlichen Herrschers wurde denn auch bis in das Spätmittelalter hinein im Kern als richterliches Amt begriffen ... Die Vorstellung vom Herrscher als Richter hat bis tief in die Neuzeit hinein nachgewirkt ...“; *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, 1992, 116f.

<sup>50</sup> S. die raffinierte Begründung von *Machiavelli* für die Einrichtung einer Gerichtsbarkeit, in: *Der Fürst*, Reclam-Ausgabe 1961, 110: „Wohlgeordnete Staaten und kluge Fürsten waren stets mit allem Fleiße darauf bedacht, die Großen nicht zur Verzweiflung zu treiben und das Volk zufriedenzustellen. Denn das ist eine der wichtigsten Obliegenheiten eines Herrschers ... Deshalb schuf [der König von Frankreich] ein unparteiisches Gericht, das ohne Nachteil für den König die Großen züchtigte und das Volk begünstigte. Diese Einrichtung war so vorzüglich und weise wie nur möglich und die beste Gewähr für die Sicherheit des Königs und des Reiches. Hieraus kann man die weitere Lehre entnehmen, daß die Fürsten alles Unliebsame ändern übertragen, alle Gnaden aber selbst verteilen sollen.“

<sup>51</sup> Dazu schon oben Fn. 11.

<sup>52</sup> Vgl. *U. Seif* Recht und Gerechtigkeit. Die Garantie des gesetzlichen Richters und die Gewaltenteilungskonzeptionen des 17. bis 19. Jahrhunderts, *Der Staat* 42 (2003), 110, 124ff.; *Reinhard* (Fn. 19), 297ff.; *Chr.-F. Menger* Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 8. Aufl. 1993, Rn. 103, 106, 141, 145, 149; *W. Frotzcher/B. Pieroth* Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 2002, Rn. 128ff.; *Willoweit* (Fn. 8), § 26 III 2.

Sicherheit dar.<sup>53</sup> Die Hauptpunkte dieser Entwicklung werden meist wie folgt zusammengefasst: Bei *Hobbes* hat der Staat vor allem für den Lebensschutz einzustehen, bei *Locke* wird die Sicherung des Eigentums betont, bei *Rousseau* die Demokratie und bei *Kant* die Freiheit.<sup>54</sup>

So richtig das ist, trifft es doch noch nicht den entscheidenden Unterschied zwischen den genannten Gesellschaftsvertragstheorien und den früheren Staatszweckbestimmungen, die ja auch schon auf innere und äußere Sicherheit und Frieden durch Schutz wichtiger Individualgüter abgestellt hatten. Werfen wir deshalb einen kurzen Blick auf die Autoren.

Bei *Thomas Hobbes*<sup>55</sup> steht zwar die Sicherung von Leben gegen innere und äußere Aggressoren im Vordergrund seiner Werke *De Cive* (1642) und *Leviathan* (1651), aber der Zweck der politischen Vergemeinschaftung geht weit über die Sicherung des Überlebens hinaus – Ziel ist das gute Leben. „So ist es für das menschliche Leben notwendig, einige Rechte beizubehalten, wie das Recht, über den eigenen Körper zu herrschen, das Recht auf Wasser, Luft, Körperbewegung, auf Verbindungswege von Ort zu Ort, sowie auf alle Dinge, ohne die ein Mensch nicht oder nicht angenehm leben kann.“<sup>56</sup> Das umfasst auch die Sicherheit, „sich durch eigenen Fleiß und von den Früchten der Erde ernähren und zufrieden leben [zu] können.“<sup>57</sup>

Die Differenz zu vorneuzeitlichen Staatstheorien besteht nicht in den Schutzgütern, sondern in der Umkehrung der Begründungsrelation: Gemeinschaft ordnet nicht mehr Freiheit, sondern die Freiheit der Menschen führt zu einer Ordnungsaufgabe.<sup>58</sup> *Hobbes* argumentiert wie alle

---

<sup>53</sup> S. exemplarisch die Untersuchungen von *H. Bielefeldt* *Neuzeitliches Freiheitsrecht und politische Gerechtigkeit. Perspektiven der Gesellschaftsvertragstheorien*, 1990; *W. Kersting* *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994; *P. Koller* *Neue Theorien des Sozialkontrakts*, 1987. Letzterer behandelt nur neuere Autoren (*John Rawls*, *Robert Nozick*, *James Buchanan*).

<sup>54</sup> S. *J. Isensee* *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983, 4; *D. Murswiek* *Umweltschutz als Staatszweck. Die ökologischen Legitimitätsgrundlagen des Staates*, 1995, 18; *Bull* (Fn. 24), 22f.; *Preuß* (Fn. 25), 106f.

<sup>55</sup> *Hobbes'* unmittelbarer Einfluss in Deutschland war gering, s. *Willoweit* (Fn. 8), 154; hier geht es um die langfristige staatsrechtliche Wirkung, die immens war.

<sup>56</sup> *Hobbes* *Leviathan* oder *Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates*, Kap. 15, 118, zitiert nach der von I. Fetscher hrsg. Fassung, 1966. Vgl. auch die Einleitung, 5: „Wohlstand und Reichtum aller einzelnen Glieder stellen die Stärke dar, *salus populi* (die Sicherheit des Volkes) seine Aufgabe ... Eintracht ist Gesundheit, Aufruhr, Krankheit und Bürgerkrieg Tod.“

<sup>57</sup> *Hobbes* *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 17, 134.

<sup>58</sup> Näher *Geismann/Herb* (Fn. 27), 13 ff. mit einer Darstellung der antiaristotelisch vom Einzelnen zum Ganzen und vom Naturzustand zum politischen Zustand voranschreitenden



Gesellschaftsvertragstheoretiker im fiktiven Übergang vom Naturzustand zum politisch verfassten Zustand, den die Vernunft gebietet.<sup>59</sup> Im Naturzustand trachten wir alle nach Lebenserhaltung und Lustgewinn. Zudem sind wir alle frei,<sup>60</sup> können nämlich ein Recht auf alles in Anspruch nehmen.<sup>61</sup> Wir sind auch alle gleich, weil ein jeder von uns jeden anderen in seinem Leben und seinen Gütern bedrohen kann.<sup>62</sup> Damit werden antike und mittelalterliche Sichtweisen vorgegebener Ordnungen und prästablierter Harmonie aufgegeben,<sup>63</sup> an ihre Stelle tritt die von der Selbsterhaltungsvernunft gestellte Aufgabe, politische Ordnungen zu konstruieren und zu gestalten, um der prästablierten Disharmonie und der im Naturzustand immer drohenden Unsicherheit in den natürlichen Rechten Herr zu werden.<sup>64</sup> Gleichzeitig ziehen der moderne Empirismus, Rationalismus, Individualismus und Atomismus<sup>65</sup> in die politische Theorie ein. Allerdings führt die gleiche Freiheit bei *Hobbes*, aus der historischen Situation von Anarchie und Bürgerkrieg heraus durchaus verständlich, zu radikalen Gefährdungen von innerer und äußerer Sicherheit, die er anthropologisiert<sup>66</sup> und damit tendenziell entkontextualisiert:<sup>67</sup> *Homo homini lupus, bellum omnium in omnes*.<sup>68</sup> Dieser Zustand kann nur noch durch einen drittbegünstigenden Unterwerfungsvertrag bewältigt wer-

---

den „geometrischen“, resolutiv-kompositorischen Methode. Vgl. demgegenüber die *Bodin*-Zitate oben Fn. 28, 31. S. auch die folgende Fußnote und schon oben Fn. 27 zu *Ryffel*.

<sup>59</sup> Speziell zu *Hobbes*' Methode *Fetscher* Einleitung zu *Leviathan* (Fn. 56), IX, XIII, XLVf.

<sup>60</sup> *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 21, 168: „alle Menschen sind von Natur aus gleichermaßen frei“.

<sup>61</sup> S. *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 14, 99, 100; Kap. 15, 110; Kap. 18, 140.

<sup>62</sup> S. *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 13 und 14, 105.

<sup>63</sup> Vgl. *Fetscher* Einleitung zu *Leviathan* (Fn. 56), XX, und allgemein *Euchner* Einleitung zu *Locke* (Fn. 27), 16, und oben Fn. 27 zu *Geismann/Herb*.

<sup>64</sup> S. *Geismann/Herb* (Fn. 27), 12, 15, die bei *Hobbes* das Problem der Rechtsunsicherheit im vorpolitischen Zustand als Kernpunkt der Theorie ansehen, nicht das im Folgenden erwähnte anthropologische Argument. Aus Sicht dieser Autoren steht *Hobbes* also *Locke* und *Kant* ganz nahe, weil auch bei diesen Autoren die Rechtsunsicherheit zentral ist, unabhängig von positiveren oder negativeren Menschenbildern.

<sup>65</sup> Dazu ein schönes Zitat von *Chr. Hill* in „The Century of Revolution (1603–1714)“, 1963, 4, hier zitiert nach *Euchner* (Fn. 27), 47 Fn. 54: „Shakespeare had thought of the universe and of society in terms of degree, hierarchy; in 1714 both society and the universe seemed to consist of competing atoms.“

<sup>66</sup> S. *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 13, 95, zu den drei hauptsächlichen Konfliktursachen: „Erstens Konkurrenz, zweitens Mißtrauen, drittens Ruhmsucht“.

<sup>67</sup> S. *Mayer-Tasch* (Fn. 20), 30, zu der „Überakzentuierung der Ordnungslegitimität“ bei *Bodin* und *Hobbes*, ferner *Schrimm-Heins II* (Fn. 4), 175, 180.

<sup>68</sup> S. *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 13, 96, 98; *De Cive* (Fn. 27), Widmungsschreiben, 40f. und Kap. I 12, 128f.

den.<sup>69</sup> Bei dem gedachten Abschluss taucht kurz, einmalig, ein Demokratiekriterium auf – es geht um vernünftige Selbst- und nicht Fremdherrschaft.<sup>70</sup> Aber kaum ist diese eingerichtet, ersetzt die Übermacht des Souveräns die Privatmacht bedrohlicher Individuen, Gruppen und Stände, die um Leben, Güter, Ehre und Religion streiten. Der Staat hat die Zwangsgewalt monopolisiert. Sicherheit ist weitgehend hergestellt,<sup>71</sup> aber um welchen Preis?<sup>72</sup>

Der Preis ist nicht eine Tyrannenherrschaft.<sup>73</sup> Der Souverän soll Überleben und Wohleben der Untertanen sichern, das ist Sinn und Zweck seiner Existenz, dazu verpflichtet ihn die natürlichen Gesetze, Gott und der Unterwerfungsvertrag, der ein Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Volk begründet.<sup>74</sup> Aber all diese Einbindungen souveräner Macht liegen außerhalb des Staatsrechts.<sup>75</sup> Rechtlich bildet der Wille des Souve-

<sup>69</sup> S. die eindruckliche Kontrastierung in *De Cive*, Kap. X, 1, zitiert nach *Geismann/Herb* Einleitung (Fn. 27), 29f.: „Außerhalb des Staates hat zwar jeder das Recht auf alles, aber kann sich doch keines Besitzes erfreuen; im Staate kann ein jeder sein beschränktes Recht sicher genießen ... Endlich besteht außerhalb des Staates die Herrschaft der Leidenschaften, Krieg, Furcht, Armut, Häßlichkeit, Einsamkeit, Barbarei, Unwissenheit, Rohheit; dagegen besteht im Staate die Herrschaft der Vernunft, Frieden, Sicherheit, Reichtum, Schmuck, Gemeinschaft, Glanz, Wissenschaft und Wohlwollen.“ Zur Dialektik dieser Machtverteilung s. auch *Schrimm-Heins II* (Fn. 4), 186: „In Hobbes' System bedingen sich die Macht des Souveräns und die Ohnmacht der Untertanen wechselseitig.“

<sup>70</sup> S. *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 16, 17 am Ende, sowie z.B. Kap. 21, 168: „Ferner ist die Zustimmung eines Untertans zur souveränen Gewalt in den Worten enthalten: ‚Ich autorisiere alle ihre Handlungen oder nehme sie auf mich.‘“

<sup>71</sup> Absolute Sicherheit wird als offenbar unrealistisch nicht angezielt. S. *Hobbes De Cive*, Kap. VI 3, zitiert bei *Isensee* (Fn. 54), 4: „Allerdings ist es unmöglich, die Menschen gänzlich vor gegenseitigen Schädigungen zu schützen ... Dagegen kann man Vorsorge treffen, daß kein gerechter Grund zur Furcht bestehe.“

<sup>72</sup> Hierzu *M. Kriele* Einführung in die Staatslehre, 1975, § 11: Risiko: Bürgerkrieg mit Polizeimitteln.

<sup>73</sup> S. *Fetscher* (Fn. 59), XXXI: „Der mächtige Leviathan bleibt immer ein Mittel, kein Selbstzweck.“

<sup>74</sup> S. *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 30 am Anfang, 255: „Die Aufgabe des Souveräns, ob Monarch oder Versammlung, ergibt sich aus dem Zweck, zu dem er mit der souveränen Gewalt betraut wurde, nämlich der Sorge für die Sicherheit des Volkes. Hierzu ist er kraft natürlichen Gesetzes verpflichtet, sowie zur Rechenschaft vor Gott, dem Schöpfer dieses Gesetzes, und nur vor ihm. Mit ‚Sicherheit‘ ist hier aber nicht die bloße Erhaltung des Lebens gemeint, sondern auch alle anderen Annehmlichkeiten, die sich jedermann durch rechtmäßige Arbeit ohne Gefahr oder Schaden für den Staat erwirbt.“

<sup>75</sup> S. *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 18, 137: „Da von den Vertragsschließenden das Recht, ihre Person zu verkörpern, demjenigen, den sie zum Souverän ernennen, nur durch einen untereinander und nicht zwischen ihm und jedem einzelnen von ihnen abgeschlossenen Vertrag übertragen wurde, kann seitens des Souveräns der Vertrag nicht gebrochen werden.“ Es handelt sich eben, wie schon angeführt, um einen drittbegünstigenden Vertrag,

räns das Gesetz, das wiederum Recht und Gerechtigkeit determiniert.<sup>76</sup> *Auctoritas non veritas facit legem.*<sup>77</sup>

Bei *John Locke* finden wir in den „Zwei Abhandlungen über die Regierung“ (1690) parallele Schutzgüterbestimmungen: Der Staat hat Leben, Freiheit und Eigentum zu sichern. Auch bei ihm ist der Naturzustand freier und gleicher Menschen<sup>78</sup> potenziell unfriedlich. Allerdings scheint das Maß an drohender Lebensgefahr etwas geringer,<sup>79</sup> da *Locke* das Hobbessche „Recht auf alles“ von vornherein auf durch das natürliche und göttliche Gesetz beschränkte, allseitig verträgliche Freiheitsentfaltung reduziert.<sup>80</sup> Nach Erfindung des Geldes kommen jedoch größere Ungleichheiten und Konflikte zwischen Menschen auf,<sup>81</sup> über geldvermittelte Raffgier entsteht so doch noch das Hobbessche Bild eines drohenden Kriegs aller gegen alle. Was auf der ökonomischen Makroebene gut und produktiv ist, die Entstehung einer Geld- und Wettbewerbswirtschaft, ist auf der psychologischen Mikroebene höchst gefahrenträchtig: Die Tugend der überschaubaren ökonomischen Selbstvorsorge wird in der Geldwirtschaft abgelöst durch zunehmende Habgier und Neigung zum verbrecherischen Mehrbesitz.<sup>82</sup> *Locke* vertritt nicht wie *Bernhard de Mandeville*<sup>83</sup> oder *Adam Smith*<sup>84</sup> die These eines aus vielen Egoismen sich automatisch herausbildenden Gemeinwohls,<sup>85</sup> vielmehr entsteht für ihn ein Zustand „voll von Furcht und beständiger Gefahr“, in dem der Genuss des „Eigentum[s] ... sehr ungewiß und sehr unsicher“ wird. Kein

---

der den Dritten nicht gleichzeitig verpflichtet. Man könnte auch so sagen: Horizontal, im Gesellschaftsvertragsverhältnis, ist der Vertrag gegenseitig bindend, vertikal, bei der Machtübergabe, ist der Vertrag einseitig bindend.

<sup>76</sup> S. *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 13, 98; Kap. 30, 264: „Unter einem guten Gesetz verstehe ich nicht ein gerechtes Gesetz, denn kein Gesetz kann ungerecht sein. Das Gesetz wird von der souveränen Macht erlassen ...“.

<sup>77</sup> S. zu diesem Gedanken *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 26, 210: „Autorität des Gesetzes, die nur im Befehl des Souveräns besteht“. In einer Originalfassung, Amsterdam 1668, 133 heißt es: „*Authoritas, non Veritas facit Legem*“.

<sup>78</sup> S. *Zwei Abhandlungen* (Fn. 27), 2. Abhandlung, § 4.

<sup>79</sup> Anders noch der frühe *Locke*, zitiert bei *Euchner* (Fn. 27), 14, in einer Passage, die von *Hobbes* stammen könnte: Ohne Regierung gibt es „... keinen Frieden, keine Sicherheit, keinen Genuß, Feindschaft unter den Menschen, keinen sicheren Besitz, und jene Schwärme stehenden Elends, die Anarchie und Rebellion begleiten“.

<sup>80</sup> S. *Zwei Abhandlungen* (Fn. 27), 2. Abhandlung, § 6.

<sup>81</sup> S. *Zwei Abhandlungen* (Fn. 27), 2. Abhandlung, §§ 47 ff.

<sup>82</sup> S. *Zwei Abhandlungen* (Fn. 27), 2. Abhandlung, §§ 37, 111.

<sup>83</sup> S. *The Fable of the Bees or Private Vices Made Public Benefits*, London 1714.

<sup>84</sup> S. *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London 1776.

<sup>85</sup> Zum Verhältnis von *Locke*, *Mandeville* und *Adam Smith* s. I. Fetscher *Rousseaus politische Philosophie. Zur Geschichte des demokratischen Freiheitsbegriffs*, 1960, Kap. 1, ferner *Euchner* (Fn. 27), 34f.

Wunder, dass die Lockesche Vernunft in einer solchen Situation den Menschen den Eintritt in einen bürgerlichen Zustand empfiehlt „zum Schutz ihres Lebens, ihrer Freiheiten und ihres Vermögens, was ich mit der allgemeinen Bezeichnung Eigentum zusammenfasse.“<sup>86</sup>

Die von *Hobbes* abweichende Schwerpunktbildung wird an folgenden Punkten deutlich: (1) Bei *Locke* werden die natürlichen Rechte auf Leben, Freiheit und Eigentum aus dem Naturzustand über den Gesellschaftsvertrag – eine Art von treuhänderischer Übereinkunft – mit in den bürgerlichen Zustand als Rechtstitel hineingenommen; der Souverän bei *Locke* ist nicht nur wie bei *Hobbes* gut beraten, diese Güter zu schützen, er ist dazu von Rechts wegen verpflichtet.<sup>87</sup> (2) Damit steht in Übereinstimmung, dass nach *Locke* dem Volk bei einer willkürlichen Verletzung dieser Schutzgüter ein Widerstandsrecht zukommt,<sup>88</sup> während bei *Hobbes* ein solches nach der Konstruktion nicht möglich ist – dort kann das politische Gebilde bei Zweckverfehlung nur in den Naturzustand zurückfallen, was die natürlichen Rechte quasi wieder aufleben lässt. (3) Weiterhin positioniert *Locke* den Staat neu: Dieser ist durch seine Machtfülle nicht nur Garant von Frieden, sondern selbst Gefahr für Leben, Freiheit und Eigentum seiner Bürger. Deshalb tritt *Locke* für eine gewaltenteilige Wahrnehmung der Staatsgewalten ein,<sup>89</sup> eine für *Hobbes* nicht friedens- und freiheitssichernde, sondern -gefährdende Einrichtung!<sup>90</sup> (4) Schließ-

<sup>86</sup> Zwei Abhandlungen (Fn. 27), 2. Abhandlung, § 123.

<sup>87</sup> S. Zwei Abhandlungen (Fn. 27), 2. Abhandlung, § 131: strikte Bindung der Staatsmacht an das Gemeinwohl i.S.d. Schutzgüterformel.

<sup>88</sup> S. Zwei Abhandlungen (Fn. 27), 2. Abhandlung, § 149 mit Formulierungen, die später in der Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten und in der Präambel der US-Verfassung wiederkehren.

<sup>89</sup> S. Zwei Abhandlungen (Fn. 27), 2. Abhandlung, §§ 134ff. Insoweit liegt eine starke Ähnlichkeit mit *Montesquieu* „Vom Geist der Gesetze“ (1748) vor, der allerdings kein Vertragstheoretiker ist, sondern Freiheit und Sicherheit der Bürger aus der Entwicklung konkreter Gemeinschaften in ihrer natürlichen Umgebung und im Rahmen ihrer Sitten und Gebräuche bestimmt. Nach *Montesquieu* bedarf die Freiheit der Bürger der Sicherung durch gewaltenteilig umzusetzende Gesetze, die horizontal gegen andere Bürger und vertikal gegen die Staatsgewalt Leben, Freiheit und Eigentum schützen. Bei *Montesquieu* wird auch schon der Schritt zur Gerichtskontrolle sowie zur Subjektivierung von Rechtspositionen getan. Das zeigt sich vor allem, wie auch später bei *Kant* (Fn. 109), bei der Meinungsfreiheit: Vom Geist der Gesetze, Ausgabe Weigand, 1965, Buch XII, Kap. 11 und Buch XIX, Kap. 27: „Zum Genuß der Freiheit ist es nötig, daß jeder sagen kann, was er denkt“, 309. In diesem Kapitel finden sich auch erhellende Passagen zur unten VII. behandelten Volksverhetzung. *Montesquieu* behandelt in Buch XIII, Kap. 12ff. auch den Beitrag von Steuern zur Sicherung von Freiheit.

<sup>90</sup> S. *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 29, 248, gegen die Lehre: „Die souveräne Gewalt ist teilbar. Denn heißt die souveräne Gewalt teilen etwas anderes als sie auflösen? Geteilte Gewalten zerstören sich nämlich gegenseitig.“

lich betont *Locke* die bei *Hobbes* nicht vorhandene Rechtsbindung durch einmal erlassene, allgemeine Gesetze, während bei *Hobbes* der Souverän lediglich gut beraten, aber nicht rechtlich dazu verpflichtet ist, sich an sein einmal erlassenes Gesetz zu halten.<sup>91</sup>

Ähnlich wie bei *Locke* steht auch in *Jean-Jacques Rousseaus* „Du contrat social“ (1762) das Gefährdungspotenzial staatlicher Macht für menschliche Freiheit im Vordergrund. „Der Mensch ist frei geboren und überall liegt er in Ketten.“<sup>92</sup> Bei *Rousseau* sind die Menschen zwar auf Selbsterhaltung bedacht, aber eigentlich genügsam.<sup>93</sup> Konflikte entstehen erst durch fortschreitende Zivilisation. Bei *Locke* war dies die Erfindung des Geldes und damit des wirtschaftlichen Wettbewerbs, bei *Rousseau* fungieren als Krisenherde das gesellschaftliche Zusammenwirken, das den Hang zur Vergleichung und zum Mehr-Sein und Mehr-Haben mit sich führt, sodann das Streben nach Eigentum. Beides führt zu erheblichen Ungleichheiten und letztlich zur Tyrannei der Gewalt, die den Hintergrund der Eingangssätze des Contrat social bildet.

*Rousseau* schlägt zur Verhinderung von Gewalt und Fremdherrschaft den Abschluss eines Urvertrags durch freie und gleiche Bürger vor,<sup>94</sup> der die Anerkennung von Leben, Freiheit und Eigentum gewährleisten soll.<sup>95</sup> Mit diesem Urvertrag haben die Bürger das ursprüngliche Recht auf alles<sup>96</sup> aufgegeben, aber dafür gleichzeitig „einen vorteilhaften Tausch vorgenommen – zwischen einer ungewissen und misslichen Daseinsweise und einer besseren und sicheren anderen, zwischen der natürlichen Unabhängigkeit und der Freiheit, zwischen der Macht, anderen zu schaden und ihrer eigenen Sicherheit ...“.<sup>97</sup> Durch den Gesellschaftsvertrag

<sup>91</sup> S. Zwei Abhandlungen (Fn. 27), 2. Abhandlung, §§ 136ff.

<sup>92</sup> 1. Buch, Kap. 1, 10, zitiert nach der von Kurt Weigand besorgten Ausgabe „Staat und Gesellschaft“, o.J. (Goldmann-Taschenbuch Nr. 532).

<sup>93</sup> Zu *Rousseaus* Menschenbild, das dem Contrat social zugrunde liegt, s. den Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes (1755).

<sup>94</sup> S. Contrat social (Fn. 92), 1. Buch, Kap. 2, 11: „Da alle gleich und frei geboren sind ...“.

<sup>95</sup> S. Contrat social (Fn. 92), 1. Buch, Kap. 6, 18: „Es ist eine Form der Vergesellschaftung zu finden, die mit der gesamten gemeinsamen Kraft die Person und die Habe jedes Teilhabers verteidigt und schützt. In ihr soll sich jeder mit allen vereinigen und dennoch nur sich selbst gehorchen, und ebenso frei bleiben wie zuvor.“ S. auch 1. Buch, Kap. 8, 21: „Freiheit und ... Eigentum“; 1. Buch, Kap. 9, 24: „Anerkennung der Güter ... das gesetzliche Eigentum“; 2. Buch, Kap. 4, 30: „Leben und Freiheit“; 2. Buch, Kap. 4, 32 zu Freiheits- und Lebensschutz; 2. Buch, Kap. 5, 33 zur „Erhaltung“ der Vertragsschließenden.

<sup>96</sup> S. Contrat social (Fn. 92), 1. Buch, Kap. 8, 21.

<sup>97</sup> Contrat social (Fn. 92), 1. Buch, Kap. 4, 32. S. auch 3. Buch, Kap. 9, 73: „Die Untertanen rühmen sich der öffentlichen Ruhe, die Staatsbürger der Freiheit der einzelnen.“

wird, ganz wie bei *Hobbes* und *Locke*, eine überwältigende Macht eingesetzt.<sup>98</sup> Die Bildung des politischen Gemeinwillens geschieht aber nicht wie bei Hobbes durch einen einmaligen demokratischen Akt der Unterwerfung unter einen konkreten Willensträger, der fürderhin Fremdbestimmung an die Stelle von Selbstbestimmung setzt, sondern durch die Übereignung aller natürlichen Rechte an den Gemeinwillen als einen politischen Körper und Souverän, der in Permanenz auf das Gemeinwohl i.S. allgemeiner Freiheits-, Gleichheits- und Güterachtung sowie der Wohlstandsmehrung verpflichtet ist. Freiheit und Sicherheit fließen so im demokratischen Akt der Einsetzung des Volkes als Souverän und bei der Verpflichtung auf den Gemeinwillen zusammen: „Gehorsam gegen das Gesetz, das man sich vorgeschrieben hat, ist Freiheit.“<sup>99</sup> Damit ist das demokratische Prinzip in der Staatstheorie verankert. Gleichzeitig fällt *Rousseau* in der Ausformung dieses Prinzips hinter *Locke* und *Kant* zurück,<sup>100</sup> weil seine Souveränitätskonzeption identitär und nicht repräsentativ ist; weil er keine wirkliche Gewaltenteilungslehre zur Mäßigung des Souveräns entworfen hat; und weil er das politische Gemeinwesen mit seiner Zwangsgewalt nicht wie *Kant* auf äußere gesetzwidrige Handlungen beschränkt, sondern den Zugriff auf die Innerlichkeit erlaubt.<sup>101</sup>

*Immanuel Kant* schließt in der Rechtslehre der „Metaphysik der Sitten“ (1797)<sup>102</sup> und in der Theorie-Praxis-Schrift (1793)<sup>103</sup> in vielem an *Hobbes*, *Locke* und *Rousseau* an: Die politische Ordnung hat sich vor den Menschen und ihrer Freiheit und Gleichheit zu rechtfertigen und nicht umgekehrt. Bei *Kant* ist der fiktive Naturzustand weder ein Krieg aller gegen alle noch ein Zustand prästablierter Harmonie. Sein Problem liegt in der Unsicherheit der rechtlichen Bestimmtheit und Durchsetzbarkeit des rechtlichen Mein und Dein. So entsteht die Gefahr von Streit, Gewalt und Anarchie, ein durchaus Hobbesscher und Lockescher Gedanke.<sup>104</sup>

---

Der eine zieht die Sicherheit der Besitztümer vor, und der andere die Sicherheit der Personen.“

<sup>98</sup> Contrat social (Fn. 92), 1. Buch, Kap. 4, 29f.

<sup>99</sup> Contrat social (Fn. 92), 1. Buch, Kap. 8, 22.

<sup>100</sup> Zusammenfassend zur Rousseau-Kritik *Bielefeldt* (Fn. 53), 86ff.; *Kersting* (Fn. 53), 165ff., 170ff.

<sup>101</sup> Zum Rousseauschen Zwang, frei zu sein, s. Contrat social (Fn. 92), 1. Buch, Kap. 7, 21.

<sup>102</sup> Werke, Akademieausgabe, Bd. VI, 1968, 203ff.

<sup>103</sup> Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis: Werke, Akademieausgabe, Bd. VIII, 1968, 273ff.

<sup>104</sup> In der Theorie-Praxis-Schrift (Fn. 103) spricht *Kant* im Zusammenhang mit seiner Ablehnung eines Widerstandsrechts vom „Zustand der Anarchie mit all ihren Greueln“, 302 Anm. Das lässt sich nicht nur auf das Stadium des Zurückfallens in den Naturzustand aus dem bürgerlichen Zustand beziehen, sondern auch schon auf den fiktiven Zeit-

Die Vernunft gebietet dann den Austritt aus dem natürlichen oder privaten Zustand in den bürgerlichen Rechtszustand, in dem allein „jedem das Seine bestimmt und gegen jedes Anderen Eingriff gesichert werden kann“.<sup>105</sup> Dazu zählen Leben, Freiheit und Eigentum, die das öffentliche Recht mit seinen Zwangsmöglichkeiten zu sichern hat. Wie bei *Hobbes*, *Locke* und *Rousseau* ist die Zwangsausübung beim Staat monopolisiert und mit einer Friedenspflicht für die Bürger verbunden.<sup>106</sup> Allerdings ist Zwangsausübung von vornherein an die Durchsetzung gegenseitig verträglicher Freiheit gebunden,<sup>107</sup> was bei *Hobbes*' Souverän nicht der Fall ist, während bei *Locke* über die Anbindung der Staatsgewalt an „Leben, Freiheit und Eigentum“ eine vergleichbare Bindung vorgenommen wird. Die reziproke Freiheit bezeichnet *Kant* als ein angeborenes, das „einzigste, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht“<sup>108</sup>; damit wird über die Rechtsmaßstäblichkeit hinaus der Gedanke von Menschenrechten und deren Subjektivierung eingeführt,<sup>109</sup> ein Schritt über *Hobbes* und *Locke* hinaus.<sup>110</sup> Wie *Locke* will *Kant* den Staat gewaltenteilig organisieren und eingrenzen.<sup>111</sup> Partizipatorisch ist bei *Kant* der Zustimmungsgedanke schon aufgenommen und repräsentativ ausgeformt, wenngleich noch nicht explizit zur Forderung demokratischer Staatsorganisation weiterentwickelt.<sup>112</sup>

Mit *Kant* ist in der Staatstheorie eine bis heute unabdingbare Argumentationslinie entwickelt worden: Mensch vor Staat, Autonomie vor Hete-

---

punkt des noch nicht erfolgten Eintretens in ebendiesen Zustand. S. auch *Metaphysik der Sitten* (Fn. 102), §§ 41, 42, 44. Zur Rechtsunsicherheit im Naturzustand als alle drei Autoren übergreifender Gesichtspunkt schon oben *Geismann/Herb* (Fn. 27, 64).

<sup>105</sup> Theorie-Praxis-Schrift (Fn. 103), 289.

<sup>106</sup> S. Theorie-Praxis-Schrift (Fn. 103), 305: „Es muß in jedem gemeinen Wesen ein Gehorsam unter dem Mechanismus der Staatsverfassung nach Zwangsgesetzen ... aber zugleich ein Geist der Freiheit sein ...“.

<sup>107</sup> S. etwa Theorie-Praxis-Schrift (Fn. 103), 289f.

<sup>108</sup> *Metaphysik der Sitten* (Fn. 102), 237.

<sup>109</sup> Ganz deutlich wird dies, wenn *Kant* von der Freiheit der Feder, dem Palladium der Volksrechte spricht: Theorie-Praxis-Schrift (Fn. 103), 304. Ähnlich schon *Montesquieu*, oben Fn. 89.

<sup>110</sup> Anders als *Locke* freilich verneint *Kant* wie *Hobbes* die Möglichkeit eines Widerstandsrechts. S. Theorie-Praxis-Schrift (Fn. 103), 299ff. Bei *Rousseau* finden sich Andeutungen von Subjektivierung im *Contrat social* (Fn. 92), 1. Buch, Kap. 4, 14: „Auf seine Freiheit verzichten heißt, auf seine Würde als Mensch, auf die Menschenrechte, ja sogar auf seine Pflichten verzichten.“ An der Stelle wendet sich *Rousseau* gegen die Sklaverei und die Veräußerung von Menschen.

<sup>111</sup> S. *Metaphysik der Sitten* (Fn. 102), §§ 45 ff.

<sup>112</sup> Zur ambivalenten Haltung Kants s. *W. Brugger* *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus*, 1999, 156ff.

ronomie, also Freiheit vor Sicherheit. Aber das Gegenteil gilt auch: Ohne Sicherheit keine Freiheit,<sup>113</sup> insbesondere soweit es um Gefahren für Leib und Leben geht.<sup>114</sup> Menschen stoßen mit ihren Möglichkeiten der freiwilligen Selbstorganisation an Unsicherheits- und Gehorsamsgrenzen, womit unabhängig von pessimistischeren oder optimistischeren Menschenbildern à la *Hobbes* und *Locke* zwangsbewehrtes Recht und eine Organisation staatlicher Macht notwendig werden.<sup>115</sup> Da diese aber zur Gefahr von Willkür führt,<sup>116</sup> ist weitergedacht demokratische Kontrolle durch die eigentlich Begünstigten, das Volk, notwendig. Freiheits-sicherung bedarf des demokratisch legitimierten allgemeinen Gesetzes und gewaltenteiliger Umsetzung, ja sogar grundrechtlicher Absicherung.

In den bürgerlichen Revolutionen Amerikas und Frankreichs<sup>117</sup> sind diese Einsichten umgesetzt worden; mit der Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Marbury v. Madison* vor 200 Jahren tritt die Verfassungsgerichtsbarkeit als eigenständiges Element von Freiheits-sicherung hinzu.<sup>118</sup> Doch werfen wir noch einen staatstheoretischen Blick auf die deutsche Entwicklung von Polizei, Rechtsstaat und Sozialstaat im 18. und 19. Jahrhundert.

<sup>113</sup> In der Nachfolge *Kants* hat dies *W. v. Humboldt* deutlich gesagt: Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates (1792), 1954, 66: „Ohne Sicherheit vermag der Mensch weder seine Kräfte auszubilden, noch die Früchte derselben zu genießen; denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit.“

<sup>114</sup> Hierzu *Chr. Calliess* Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, DVBl 2003, 1096, 1101 ff., 1104, und unten bei Fn. 181 ff.

<sup>115</sup> S. *Humboldt* (Fn. 113), 65 f.: „[Die] Uneinigkeiten der Menschen ... erfordern allemal schlechterdings eine solche [staatliche] Gewalt“ (65), ein die gesamte Gesellschaftsvertragstheorie durchziehendes Motiv (Fn. 64), das auch für die Gegenwartsreflexion bestimmend ist. S. z. B. *O. Höffe* Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, Kap. 4.

<sup>116</sup> S. *Montesquieu* Monitum, Geist der Gesetze (Fn. 89), 11. Buch, Kap. 4, 215: „Damit die Macht nicht mißbraucht werden kann, ist es nötig, durch die Anordnung der Dinge zu bewirken, daß die Macht die Macht bremse.“ Ähnlich *Kant* Metaphysik der Sitten (Fn. 102), § 49: „Eine Regierung, die zugleich gesetzgebend wäre, würde despotisch zu nennen sein ...“.

<sup>117</sup> Hierzu generell *Kriele* (Fn. 72), §§ 37 ff., sowie speziell unter dem Gesichtspunkt von „Freiheit und Sicherheit“ *Isensee* (Fn. 54), 12 ff.; *Robbers* (Fn. 2), 51 ff.; *Sommernann* (Fn. 25), 91 ff.; *Ryffel* (Fn. 27), 307 ff.; *H. Bielefeldt* Philosophie der Menschenrechte, 1998, 25 ff.

<sup>118</sup> Hierzu ausführlich *W. Kremp* (Hrsg.) 24. Februar 1803. Die Erfindung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Folgen, 2003, mit den Beiträgen von *W. Brugger* Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit. 200 Jahre *Marbury v. Madison*, 9 ff., *W. Hoffmann-Riem* Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in den USA und Europa: Zweihundert Jahre *Marbury v. Madison*, 23 ff., und *Ch. Abernathy* The Lost European Aspirations of US Constitutional Law, 37 ff.



### III. Wandlungen von Polizei, Rechtsstaat und Sozialstaat

Über das ganze Mittelalter und die beginnende Neuzeit war die Sicherungsaufgabe der Herrscher nicht nur begrenzt auf die Abwehr von Gewalt und Willkür; sie erstreckte sich, jedenfalls dem Anspruch nach, auch auf Fürsorge für die Untergebenen durch die Herrscher gegenüber Armut, Krankheit und Unbill,<sup>119</sup> sowie auf die Förderung von Moral und Religion.<sup>120</sup> „Schutz und Schirm“ sollte der Herrscher gewähren, die Untertanen waren zur Erbringung von Gefolgschaft und Gehorsam verpflichtet.<sup>121</sup> Mit dem Entstehen der Territorialherrschaft und des Absolutismus sowie der damit verknüpften Polizeiordnungen wurde diese Fürsorgeaufgabe aus den engeren mittelalterlichen Personalverbindungen herausgenommen und breitflächiger obrigkeitlich geregelt.<sup>122</sup> Der „guten Policey“ war neben der Abwehr von Gefahren gelegen an der Glückseligkeit der Untertanen, dem Wohlergehen aller.<sup>123</sup> Dies geschah aber un-

<sup>119</sup> S. schon oben Abschnitt II sowie *Willoweit* (Fn. 8), 29, zu den Aufgaben des Königs im 8. und 9. Jahrhundert: „Der König hat ... höchst konkret dafür zu sorgen, daß die Menschen nicht zu gewalttätiger Selbsthilfe schreiten und Rechte Einzelner nicht willkürlich verletzt werden. Die Schutzlosen, Kirchen und Kleriker, Witwen und Waisen, kommen daher in den Befehlen des Königs besonders häufig vor.“

<sup>120</sup> Zu einigen notwendigen Relativierungen s. *Schulze* (Fn. 19), 35f., aber auch 83.

<sup>121</sup> S. *Maier* (Fn. 26), 36f.; *Schulze* (Fn. 19), 25; *Kern* (Fn. 30), 152, 240, und schon oben Fn. 34.

<sup>122</sup> Zu diesem Übergang s. *A. Benz* *Der moderne Staat*, 2001, 13ff.; *Willoweit* (Fn. 8), 121; *Reinhard* (Fn. 19), 300f.; *Maier* (Fn. 30), 24, 69ff., zusammenfassend 259: „Die Entstehung des modernen Polizeigedankens und der polizeilichen Tätigkeit des Staates ist ein charakteristischer Vorgang der neueren europäischen Verfassungsgeschichte ... das Vordringen der staatlichen ‚Polizei‘ (Verwaltung) [hängt] mit der Lockerung der überkommenen ständischen und religiösen Ordnungen zusammen, die im Ausgang des Mittelalters in den meisten europäischen Ländern eintritt. Die Krise der großen mittelalterlichen ‚Selbstverwaltungskörper‘ (L. von Stein) – Kirche, Städte, Grundherrschaft – und die daraus folgenden Störungen im Bereich des politischen und sozialen Lebens rufen den modernen Staat als Ordnungsstifter auf den Plan, der mit seiner Polizei immer tiefer in die bis dahin autonomen, jetzt aber zur Selbstordnung nicht mehr fähigen ständischen Sozialbereiche vordringt und so allmählich das gesamte innere Leben der Gesellschaft seinem Gebot unterwirft.“

<sup>123</sup> Zusammenfassend *Zippelius* (Fn. 33), § 14; *Menger* (Fn. 52), Rn. 97f.; *Schulze* (Fn. 19), 97; *Stolleis I* (Fn. 17), 370, mit einer anschaulichen Beschreibung, und *Conze* (Fn. 8), 845, zu im 18. Jahrhundert gebräuchlichen Einschätzungen: „Die Verbindung von Lebenssicherung mit Eigentum, Wohlfahrt, Ruhe, Zufriedenheit, Bequemlichkeit und ähnlichen Attributen für die Existenz wohlbehüteter Untertanen, denen der Selbstschutz abgenommen und denen dank der Fürsorge der Obrigkeit ermöglicht worden ist, die Früchte ihrer Arbeit ungefährdet zu genießen.“

ter dem Dach eines nacharistotelischen Paternalismus<sup>124</sup>, zum Teil auch im Rahmen der Natur- und Vernunftrechtslehren – etwa bei *Christian Thomasius* und *Christian Wolff*<sup>125</sup> –, gegen den sich dann der liberale *Kant* mit seiner Unterscheidung von väterlicher und vaterländischer Regierung wandte.<sup>126</sup> Glückseligkeits-, Wohlfahrts- und Rechtszweck waren im Deutschland des 17. und 18. Jahrhunderts oft nicht unterschieden.<sup>127</sup> Im aufgeklärten Absolutismus gab es liberale Abstriche an diesen expansiven Staatszwecken.<sup>128</sup> Theokratie und Despotie wurden beschränkt,<sup>129</sup> aber die in der Aufklärung eigentlich angelegte Selbstbestimmung eines jeden Menschen und Volkes in materieller wie ideeller, ökonomischer wie politischer Hinsicht blieb im aufgeklärten Absolutismus deutscher Prägung auf halber Strecke stecken, wovon die Entwicklung im zu Ende gehenden 18. Jahrhundert<sup>130</sup> und im 19. Jahrhundert<sup>131</sup> Zeugnis ablegt.

Immerhin: Der wachsende Einfluss des Liberalismus zeigt sich in Deutschland in der Zunahme limitierender Staatszwecke, wie sie bei *Kant* repräsentativ formuliert sind: Gegenseitige Freiheit ist zu sichern, nur dazu darf der Staat Zwang einsetzen, nicht um der Glückseligkeit Einzel-

<sup>124</sup> S. *Maier* (Fn. 26), 25, 50f., 162f., 165ff.; *Willoweit* (Fn. 8), 184; *Schrimm-Heins II* (Fn. 4), 209; *Kern* (Fn. 30), 246f.; *Möstl* (Fn. 6), 7f. mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>125</sup> S. näher *Sommermann* (Fn. 25), 15ff.; *Maier* (Fn. 26), 31; *Schrimm-Heins II* (Fn. 4), 209; *Stolleis I* (Fn. 17), 268ff., mit einer Typologie einschlägiger Naturrechtstypen auf 269.

<sup>126</sup> Theorie-Praxis-Schrift (Fn. 103), 291. S. etwa auch den Grundsatz des Freiherrn von Bielfeld: „Die erste Pflicht der Polizey ist, den Bürgern Sicherheit für das Leben und für ihre Personen, für ihre Ehre und ihr Vermögen zu verschaffen.“ *J. F. v. Bielfeld* Lehrbegriff der Staatskunst (1761), 3. Aufl., Bd. 1, Breslau und Leipzig 1777, 192.

<sup>127</sup> S. *Maier* (Fn. 26), 24, 73, 185f.; *Menger* (Fn. 52), Rn. 95.

<sup>128</sup> S. *Sommermann* (Fn. 25), 19ff.; *Maier* (Fn. 26), 190.

<sup>129</sup> Das ist nach *E.-W. Böckenförde* Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: *ders.* Recht, Staat, Freiheit, 1991, 143, 149, ein Teil des ursprünglichen Rechtsstaatsbegriffs: „Die polemischen Gegenbegriffe sind nicht Monarchie oder Aristokratie, sondern Theokratie und Despotie.“

<sup>130</sup> Man denke an das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, das im ersten Teil von aufklärerischer Freiheit und Gleichheit der Bürger geprägt war, im zweiten Teil dagegen weitgehend die bislang vorherrschende Ständeordnung konservierte. Hierzu *H. Hattenhauer* Einführung in das ALR, 3. Aufl. 1996, 10ff., 16ff., 19: „Das ALR war für eine Monarchie verfaßt worden, die noch immer eine absolutistische war ... Die Verfassung des Ständestaates bestimmte die Systematik des II. Teils. Die Bausteine der ständischen Hierarchie – Bauern-, Bürger-, Adelsstand und Königtum: ‚der Staat‘ – waren das Material des Staatsgebäudes ... Im I. Teil dagegen begegnete der Mensch seinesgleichen unabhängig von seinen ständischen Rechten und Pflichten.“

<sup>131</sup> Nachweise bei *Maier* (Fn. 26), 261f., 287f., 293; *Volkman* (Fn. 36), 1059f.; *Grimm* (Fn. 37), 64f.; *Stolleis II* (Fn. 49), 99ff., 187ff.

ner willen, über die keine Einhelligkeit herzustellen ist.<sup>132</sup> Der Rechtsstaat wird allmählich<sup>133</sup> vom Polizeistaat geschieden. Der Staat ist primär für Gefahrenabwehr, nur noch sekundär für wohlfahrtsstaatliche Aktivitäten zuständig. Manche liberale Denker und Rechtsstaatstheoretiker sehen die Staatsgewalt nur noch als Rechtssicherungsinstanz,<sup>134</sup> aber die breite Mehrheit will von, modern gesprochen, sekundären sozialstaatlichen Sicherungen für Arme und Schwache nicht absehen,<sup>135</sup> wie man exemplarisch am Allgemeinen Landrecht Preußens<sup>136</sup> und bei *Kant*<sup>137</sup> sehen kann.<sup>138</sup>

<sup>132</sup> Vgl. als weiteres Beispiel den Polizeiwissenschaftler *J. v. Sonnenfels*, dargestellt bei *Maier* (Fn. 26), 187f., wonach die (von Förderungen zu unterscheidende) Zwangsgewalt des Staates sich auf Sicherheitsprobleme konzentrieren sollte, und zwar insbesondere auf „die Sicherheit der Handlungen und Personen, die Sicherheit der Ehre, und die Sicherheit der Güter“.

<sup>133</sup> S. *Maier* (Fn. 26), 203, 205, 260.

<sup>134</sup> S. insbesondere *Humboldt* (Fn. 113); weitere Nachweise bei *Sommerrmann* (Fn. 25), 36ff., *Conze* (Fn. 8), 851ff.; *Böckenförde* (Fn. 129), 150f.

<sup>135</sup> S. *Böckenförde* (Fn. 129), 145f.; *Sommerrmann* (Fn. 25), 24ff., 27ff., 48ff.; *Conze* (Fn. 8), 853ff.; *Maier* (Fn. 26), 207ff., 293; *H.-Chr. Link* Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48 (1989), 7, 34f.; *E. Schmidt-Aßmann* Der Rechtsstaat, in: HdbStR I, 1987, § 24 Rn. 13.

<sup>136</sup> In dessen Einleitung formuliert § 83 unter der Überschrift „Quelle des Rechts“: „Die allgemeinen Rechte des Menschen gründen sich auf die natürliche Freyheit, sein eignes Wohl, ohne Kränkung der Rechte eines Andern, suchen und befördern zu können.“ Die Sicherungsaufgabe des Staates ergibt sich aus Teil II, Titel 17, § 1: „Der Staat ist für die Sicherheit seiner Unterthanen, in Ansehung ihrer Personen, ihrer Ehre, ihrer Rechte, und ihres Vermögens zu sorgen verpflichtet.“ § 76 der Einleitung, der vom „Verhältnis des Staats gegen seine Bürger“ handelt, formuliert sogar subjektiv-rechtlich: „Jeder Einwohner des Staats ist den Schutz desselben für seine Person und sein Vermögen zu fordern berechtigt.“ Aus diesen Normen ergibt sich folgerichtig die Konzentration der Polizeiaufgaben auf Gefahrenabwehr in Teil II, Titel 17, § 10: „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizey.“ Aber trotz dieser liberalen Zurücknahme vormals expansiverer Staatszwecke wird dem Wohlfahrtszweck jedenfalls in seiner Schutzfunktion für Arme und Schwache nicht abgeschworen, wie Teil II, Titel 17, § 2, deutlich macht: „Dem Staate kommt es ... zu, zur Handhabung der Gerechtigkeit, zur Vorsorge für diejenigen, welche sich nicht selbst vorstehn können, und zur Verhütung sowohl, als Bestrafung der Verbrechen, die nöthigen Anstalten zu treffen.“

<sup>137</sup> Schon bei *Kant* ist der Wohlfahrtszweck nicht gänzlich aus der Staatspraxis vertrieben. Die Regierung darf nämlich aus pragmatischen Gründen, „um [die] Stärke und Festigkeit [des Gemeinwesens] sowohl innerlich, als wider äußerliche Feinde zu sichern“, sozialstaatlich tätig werden, solange sie nicht gegen das Rechtsgesetz verstößt: *Theorie-Praxis-Schrift* (Fn. 103), 298. Das relativiert etwas die Einschätzung von *Isensee* (Fn. 54), 10. S. auch *Metaphysik der Sitten* (Fn. 102), Allg. Anmerkung nach § 49, 325. Näher hierzu *O. Höffe* „Königliche Völker“. Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedens-

Dass die Versuche einer Eliminierung des Wohlfahrtszwecks aus dem Bereich der Staatsaufgaben auf irrealen wirtschaftsliberalen Annahmen über den Zuwachs allgemeinen Reichtums und die Gerechtigkeit der daraus entstehenden Sozialordnung beruhten,<sup>139</sup> zeigte spätestens die im 19. Jahrhundert einsetzende Industrialisierung.<sup>140</sup> Der Sozialstaat als Antwort auf die drängende „soziale Frage“ kann als die unter modernen Verhältnissen neu formulierte Schutz-und-Schirm-Verantwortung der im 19. Jahrhundert zunächst rechtsstaatlich gebändigten und dann seit 1919 auch voll demokratisch legitimierten deutschen öffentlichen Gewalt verstanden werden.<sup>141</sup>

#### IV. Anschlussfähigkeit des klassischen Theorierahmens für die Ordnungsprobleme der Gegenwart?

Fragt man nach, welche Ordnungsprobleme das 20. und das beginnende 21. Jahrhundert für den modernen Staat gestellt hat bzw. stellt, so sind vier Punkte zu nennen: ökologische und informationelle Bedrohungen, nationalstaatliche Entgleisungen oder Schwächen sowie schließlich Neujustierungen zwischen staatlicher und privater Aufgabenerfüllung. Diese vier Entwicklungsstränge entfaltet die hier skizzierte Staats- und Verfassungstheorie nicht zureichend, ist sie doch im Kern Theorie des

---

theorie, 2001, 132ff. Zu Versuchen, sozialstaatliche Gehalte in Kants drei Rechtsprinzipien „Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit“ zu thematisieren, s. *Brugger Liberalismus* (Fn. 112), 156ff. Kritisch hierzu *W. Kersting Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 1993, 58ff., 376f.

<sup>138</sup> S. etwa auch *R. v. Mohl*: „Wer möchte und könnte in einem Staate leben, der nur Justiz übte, allein gar keine polizeiliche Hülfe eintreten ließe?“ „... Ohne unmittelbare Stütze und Hülfe der Rechtspflege kann der Bürger möglicherweise sein ganzes Leben ruhig hinbringen, nicht aber eine Stunde ohne fühlbare Einwirkung einer guten Polizei. Es ist daher geradezu thöricht, von dem ‚Polizei‘staate als von etwas an sich Verkehrtem und zu Beseitigendem zu reden, ihm den ‚Rechts‘staat gegenüberzustellen. Der Staat hat sowohl für Polizei als auch für Recht zu sorgen“: *Polizeiwissenschaft* (1831), Bd. I, 3. Aufl. 1866, Anm. 1 zu 5 und Anm. 4 zu 9.

<sup>139</sup> S. *Grimm* (Fn. 37), 65ff., 75; *Brugger* (Fn. 112), 168f., 202f.

<sup>140</sup> Dazu *Conze* (Fn. 8), 855f.; *Maier* (Fn. 26), 267f.; *Makropoulos* (Fn. 1), Sp. 748f.; *Sommerrmann* (Fn. 25), 22 mwN zu den strukturellen Ähnlichkeiten zwischen dem spät-absolutistischen Wohlfahrtsstaat und dem modernen Sozial- oder Leistungsstaat.

<sup>141</sup> Ausführlich hierzu der Sammelband „Sicherheit und Freiheit“ (Fn. 25). Spätestens in Weimar ging mit dem Sozialstaat eine Verschiebung in der Legitimationsgrundlage einher: Der Sozialstaat sollte nicht mehr Fremdsorge, sondern Hilfe bei der Selbstsorge anbieten, damit persönliche und politische Autonomie wirklich werden kann. S. *Preuß* (Fn. 25), 106, 118ff., 124ff.

Rechts ihrer Zeit. Doch ist sie anschlussfähig für die meisten dieser Themen, wie die folgende Zusammenfassung in Bezug auf sicherungsbedürftige Rechtsgüter, Erledigungsmodalitäten und Akteure andeuten soll.

Die Schutzgüter sind über viele Jahrhunderte identisch: innere und äußere Sicherheit, Schaffung und Erhaltung von Frieden, Recht und Ordnung.<sup>142</sup> Mit den bürgerlichen Revolutionen treten Leben, Freiheit und Eigentum als nunmehr einheitliche und individualisierte Schutzgüter hinzu.<sup>143</sup> Ferner ist die Familie zu schützen, also weitergedacht die Möglichkeit der Integration in Gemeinschaften zu gewährleisten.<sup>144</sup> Die Ehre als psychisch-soziale Dimension von menschlicher Integrität wird als schutzwürdig ausgewiesen.<sup>145</sup> Es geht auch um die Sicherung von wirtschaftlichen und beruflichen Aktivitäten, bis hin zur Sicherheit der Handelswege<sup>146</sup> – sozusagen ein Vorgriff auf das technische Sicherheitsrecht und grenzenüberschreitenden Handelsverkehr.<sup>147</sup> Schutzwürdig ist schon nach *Bodin* „gutes Wasser“ und nach *Hobbes* „das Recht auf Wasser [und] Luft“, worin wir Vorläufer der ökologischen Staatsziele sehen.<sup>148</sup> Selbst informationelle Sicherungsbedürfnisse werden schon angesprochen, wenn etwa in *Günther Heinrich von Bergs* „Handbuch des Teutschen Policeyrechts“ von 1799 gewarnt wird, die Sicherheitspolizei dürfe ihre

<sup>142</sup> S. neben den Angaben in den vorigen Abschnitten etwa *Bull* (Fn. 24), 60; *G.-J. Glaeßner* Sicherheit und Freiheit, Aus Politik und Zeitgeschichte B 10–11 (2002), 50, 57; *K. A. Bettermann* Der totale Rechtsstaat, 1986, 6f., 21; *R. Steinberg* Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, 41 f.

<sup>143</sup> Zuvor waren Freiheit und Eigentum ständisch gegliedert. S. Fn. 34.

<sup>144</sup> Vgl. oben Fn. 10, 20; das sind Vorboten des modernen Kommunitarismus, der daneben auch an assoziative Freiheit anknüpft. S. *Brugger* (Fn. 112), §§ 7 IV und 11.

<sup>145</sup> Vgl. oben Fn. 10, 20, 126, 132, 136 und unten Fn. 149 sowie *Hobbes* über die Freiheit (Fn. 27), 115, 193; *Leviathan* (Fn. 56), 17. Kap., 133, 18. Kap., 142; *Becker* (Fn. 10), 2078; *Robbers* (Fn. 2), 49, 95, 98, 102, 198, 236, 238, sowie allgemein zur Bedeutung von Ehre im Mittelalter *Huizinga* (Fn. 3), 22, 347.

<sup>146</sup> Vgl. oben Fn. 14, 19, 55. Schon für das Mittelalter diagnostiziert *Grimm* (Fn. 37), 55: „Fernhandel und Frühformen des Kapitalismus“.

<sup>147</sup> S. unten Fn. 154.

<sup>148</sup> S. oben Fn. 56 zu *Hobbes* und generell hierzu *Bull* (Fn. 24), 224ff.; *Sommermann* (Fn. 25), 247ff.; *Steinberg* (Fn. 142); *J. Nida-Rümelin/D. v. d. Pfordten* (Hrsg.) Ökologische Ethik und Rechtstheorie. Auch bei *Bodin* finden sich solche ökologischen Gedanken: „Wenn [der Mensch] sich dann den Naturschönheiten zuwendet, wird er entzückt sein von der Vielfalt der Tiere, Pflanzen und Stoffe und sich Gedanken machen über ihre jeweilige Gestalt, Beschaffenheit und Vorzüge, über das, was sie zueinander hinzieht und voneinander abstößt und über die Ursachenkette, durch die sie alle verbunden sind“; *Sechs Bücher* (Fn. 20), 1. Buch, 1. Kap., 103. Auf S. 102 spricht er davon, wie wichtig „gutes Wasser“ ist und unterscheidet Aufgaben, „um die man sich in jedem Gemeinwesen zu allererst und mit größter Sorgfalt zu kümmern pflegt“, von solchen, „die einem das Leben erleichtern“.

Gewalt nie „dazu mißbrauchen, selbst die Sicherheit der Bürger zu stören“. Sie dürfe „nie in eine mißtrauische Staatsinquisition ausarten, die in das Innere der Familien eindringt, jede gesellschaftliche Freude verbittert, Verdacht unter Freunden und Verwandten ausstreut, schändliche Heuchelei erzeugt, und überall um sich her slavische Furcht verbreitet“.<sup>149</sup>

Privatisierungsdiskussionen, wie sie seit einiger Zeit angesichts leerer staatlicher Kassen und überforderter staatlicher Regelungsmechanismen geführt werden, sind natürlich in der hier vorgestellten Literatur nicht zu erwarten. Trotzdem verdeutlicht schon die mit *Locke* und *Kant* einsetzende Liberalisierung im Rechtsdiskurs, dass der Zurücknahme staatlicher Kompetenzen kein Zuständigkeitsvakuum entspricht. Sie soll gerade private und gesellschaftliche Initiative freisetzen.<sup>150</sup> *Hegel* führt dies fort mit seiner Konzeption von „bürgerlicher Gesellschaft“ und der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft.<sup>151</sup> Damit wird letztlich eine objektive Grenze von Staatsgewalt angezeigt. Weitergedacht führt dies zu einem subjektiven Freiheitsrecht der Bürger und angesichts leerer Staatskassen bis zu einem gewissen Umfang auch zu einer Selbstorganisations- und Versicherungspflicht.<sup>152</sup>

<sup>149</sup> Zitiert nach der 2. Aufl., Erster Theil, Hannover 1802, 211. Der Text fährt fort: „Jenes rasche und nachdrückliche Verfahren, wenn gefährliche Plane oder Unternehmungen vereitelt und unterdrückt werden sollen, muß stets den Grundsätzen der Gerechtigkeit gemäß sein, und darf nie die bürgerliche Freyheit oder die Rechte des Eigenthums willkürlich kränken, oder auf einen bloßen leichten Verdacht hin die Ehre des Bürgers verletzen.“

<sup>150</sup> S. hierzu vor allem die Interpretation von *Locke* durch *C. B. Macpherson* *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, 1962. Hierzu auch *Euchner* Einleitung (Fn. 27), 10f., 33, 48f.

<sup>151</sup> S. die Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), 3. Teil, 2. und 3. Abschnitt und allgemein zu dieser Unterscheidung *Grimm* (Fn. 37), 59f., 65f., 67f., 69f. Bei *Hegel* wird gleichzeitig der „Staat“ mit besonderer Dignität versehen, worin man i.S.d. oben Gesagten einen Rückschritt sehen kann. So *Isensee* (Fn. 54), 11.

<sup>152</sup> Die schon im 17. Jahrhundert einsetzende und dann im 18. und 19. Jahrhundert stärker werdende Assekuranzbewegung ist ein früher Vorläufer dieser im 21. Jahrhundert wieder sich aufräuhenden Not zur Selbstvorsorge. Hierzu *Conze* (Fn. 8), 848f.: „Nach dem Vorlauf der Assekuranz für Seetransporte ... im 14. Jahrhundert ... kam das moderne Versicherungswesen im 17. Jahrhundert auf. Im 18. Jahrhundert mehrten sich Feuer-, Vieh-, Hagel- und ... Lebensversicherungen ...“. Ausführlich zur Entstehung des Versicherungswesens die Beiträge von *P. Koch* in dem von H. L. Müller-Lutz/K.-H. Rehner hrsg. Sammelband „Beiträge zur Geschichte des deutschen Versicherungswesens“, 1995, insbes. 151ff., 171ff., 224ff. S. auch *Kaufmann* (Fn. 1), 154 mwN in Fn. 19 und *Schrimm-Heins II* (Fn. 4), 210ff. mit dem Hinweis darauf, dass der Begriff „soziale Sicherheit“ als „social security“ zum ersten Mal 1935 von dem US-Präsidenten *Franklin D. Roosevelt* propagiert wurde. Inzwischen ist der Begriff z.B. in die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte aufgenommen worden. Vgl. deren Art. 22 und 25.

Was transnationale oder grenzüberschreitende Rechtsorganisationsformen angeht, die wegen staatlicher Ohnmacht oder Übermacht zur Sicherung wichtiger Rechtsgüter erforderlich sind, so schlossen die seit dem Mittelalter unter dem Dach des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation entstandenen Bündnisse in Bezug auf äußere Sicherheit oder die Sicherheit der Handelswege nicht nur „Lücken im Leistungsangebot der werdenden Staatsgewalt“<sup>153</sup>, sondern sind auch als Vorboten von Organisationen wie NATO und EU verstehbar.<sup>154</sup> Solche Bündnisse und Schutzverträge nahmen mit wachsendem Grad von Territorialisierung, Säkularisierung und Machtvereinheitlichung staatliche und im gegenseitigen Verkehr völkerrechtliche Züge an. All das zeigt, dass die bürgerliche, moderne, aber noch vorpostmoderne Staats- und Verfassungstheorie schon für fast alle Gebiete notleidender Sicherheit und Freiheit anschlussfähig ist.

Blenden wir von diesen Schutzgütern über zu den Akteuren und Modalitäten zur Sicherung der betreffenden Güter, so ist zunächst ein nahe liegendes Missverständnis abzuwehren. Der Hinweis auf die Schutzbedürftigkeit von Leben, Freiheit, Eigentum, Lebensgemeinschaften, Ehre, Information, Ökologie und grenzüberschreitendem Verkehr führt konzeptionell nicht automatisch zu einer staatlichen Eigenerledigungspflicht. Vielmehr ist zu differenzieren – und lässt sich im Rahmen der dargelegten Theorieentwicklung differenzieren<sup>155</sup> – zwischen den staatlichen Schutzzwecken, den dazu besten Mitteln sowie den einzuschaltenden Akteuren:

<sup>153</sup> So Reinhard (Fn. 19), 247.

<sup>154</sup> Vgl. zu dem Traditionsstrang zwischen der mittelalterlichen und der europarechtlichen Sicherung von Handelswegen Chr. Callies Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat. Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung mit staatstheoretischem Kompaß, ZRP 2000, 1, 2, 4, ferner EuGH, Urteil vom 9. Dez. 1997, Rs. C-265/95 – Kommission vs. Frankreich, zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs gegen private Gewalt, EuGRZ 1997, 620ff., Rn. 53: „Diese Feststellung ist besonders deshalb geboten, weil die ... Sachbeschädigungen und Drohungen nicht nur die Ein- oder Durchfuhr der von den Gewalttaten unmittelbar betroffenen Erzeugnisse in Frankreich gefährden, sondern auch eine Atmosphäre der Unsicherheit schaffen können, die sich auf die gesamten Handelsströme nachteilig auswirkt.“

<sup>155</sup> Diesem Schluss scheint die Garde der Souveränitätstheoretiker zu widersprechen, doch unterscheidet schon Bodin zwischen der ersten Frage nach dem höchsten Ziel des Staates – also den zu schützenden Gütern; danach ist „nach den Mitteln und Wegen zu fragen ... , wie dieses erreicht werden kann“; Sechs Bücher (Fn. 20), 1. Buch, Kap. 1, 98. S. auch den bei Sommermann (Fn. 25), 42 zitierten K. S. Zachariä Vierzig Bücher vom Staate, 3 Bde., Heidelberg 1839–42, 5. Buch (= Bd. 1, 1839, 147–168): „Überdies bestimmen die Grundsätze des Rechts in vielen Fällen nur das Ziel, auf welches die Bestrebungen gerichtet sein sollen, nicht aber den Weg, welcher zu dem Ziel führt.“ Solche Sätze

Den Staat trifft zwar die originäre Aufgabe zur Ausschaltung von Gewalt und Lebensbedrohungen sowie zu geregelter Streitentscheidung,<sup>156</sup> in Bezug auf die Organisation des Schutzes für weitergehende Staatsziele ist die moderne Staatstheorie aber offen für exklusive, kooperative oder auch in gesellschaftliche Selbstorganisation delegierte Verantwortlichkeiten. Je nach Gefahrenlage und Problemlösungspotenzial ist ein Entscheidungsspielraum eröffnet, der von außerrechtlichen zu privat-, straf- und öffentlichrechtlichen Instrumenten, von Geld über Polizei zu Gesetzen,<sup>157</sup> von

---

eröffnen Reflexions- und Entscheidungsmöglichkeiten für bestmögliche – also nicht notwendigerweise staatliche – Erledigungsarten. Ähnliches gilt für *Hobbes*, dessen Theorie zwar eine souveräne, aber nicht totalitäre Staatsorganisation befürwortet. *Hobbes'* Theorie leidet an einer gewissen Vereinseitigung durch Anthropologisierung eines historischen Kontextes, nämlich der zu seiner Zeit herrschenden Anarchie und den Bürgerkriegsverwüstungen, die er in sein konflikträchtiges Menschenbild einbaut. Liest man *Hobbes* aber kontextgebunden, dann überzeugt sein Plädoyer für die alles überwältigende Staatsmacht vor allem für Situationen „stechenden Elends, die Anarchie und Rebellion begleiten“ (Fn. 79), aber nicht mehr für Situationen, in denen erst einmal Frieden geschaffen worden ist. Dann könnten konzeptionell andere Überlegungen von ihm in den Vordergrund treten. *Hobbes* formuliert explizit: „Mit Sicherheit ist hier aber nicht die bloße Erhaltung des Lebens gemeint, sondern auch alle anderen Annehmlichkeiten, die sich jedermann durch rechtmäßige Arbeit ohne Gefahr oder Schaden für den Staat erwirbt“: *Leviathan* (Fn. 56), Kap. 30, 255. Das kann man als Freisetzung gesellschaftlich-ökonomischer Initiative ansehen. So sieht es auch *Isensee* (Fn. 54), 14. *Hobbes* ist auch kein totalitärer Sicherheitsfanatiker, sondern andeutungsweise liberaler Vorsorgedenker: „[Es] ist ... unmöglich, die Menschen gänzlich vor gegenseitigen Schädigungen zu schützen ... Dagegen kann man Vorsorge treffen, daß kein gerechter Grund zur Furcht besteht“: *De Cive*, Kap. VI 3, zitiert nach *Isensee* ebd., 4, und diskutiert bei *Murswiek* (Fn. 54), 17.

<sup>156</sup> S. *Grimm* (Fn. 37), 82f.; *Bull* (Fn. 24), 60, 68, 101 f., 217, 348, 352; *Böckenförde* Freiheit und Recht, Freiheit und Staat, in: *ders.* Recht, Staat, Freiheit, 1991, 42, 53, 56; *A. Scherzberg* Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht?, 2003, 35, 38; *Hauer* (unten Fn. 163), 5. Deshalb nennt *Murswiek* diese Sicherheitsaufgabe „notwendig“: Fn. 54, 8, 13 f. Ähnlich *G. F. Schuppert* Verwaltungswissenschaft, 2000, 82 zu „Sine Qua Non Activities“ der Staatsgewalt. Hierzu *K. Eichenberger* Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, in: *ders.* Der Staat der Gegenwart, 1980, 73, 94: „Es gibt offenbar Aufgabenbereiche [wie die Wahrung des inneren Friedens], die dem souveränen Staat gerade zufolge seiner Souveränität nicht zur freien Disposition stehen. Sie sind ihm wesensgemäß mitgegeben, die Erfüllung unabdingbar vorgegeben“. So auch *Chr. Starck* Frieden als Staatsziel, in: *ders.* Der demokratische Verfassungsstaat, 1995, 231 f. *K. Stern* Der moderne Staat. Aufgaben Grenzen und Reformgedanken, FS Kirchhoff, 2002, 263, 268, spricht von den „unentbehrlichen Staatsaufgaben“, den „Kernaufgaben“, den „die Staatlichkeit definierenden Tätigkeiten“, „wie Sicherheit nach innen und außen, Gewährleistung von Freiheit und Gerechtigkeit, sowie allenfalls allgemeine Wohlfahrtsförderung“.

<sup>157</sup> So die Einteilung von *F. I. Michelman* The Protective Function of the State in Constitutional Law, Vortrag bei einer Tagung der Venedig-Kommission an der Universität Göttingen am 23. und 24. Mai 2003 (erscheint demnächst in einem von G. Nolte hrsg. Band über: European and American Constitutionalism).



Befehl und Zwang bis zu indirekter Steuerung und subsidiärer Auffangverantwortung<sup>158</sup> reicht. Die Staatstheorie ist schließlich außerhalb des staatlichen Zwangsmonopols offen für eine Auswahl von Akteuren, die vom Nationalstaat bis zu transnationalen oder innerstaatlichen Organisationen genauso reicht, wie sie gesellschaftliche Akteure kennt, die in privatrechtlichen, öffentlichrechtlichen oder gemischten Rechtsformen handeln.

## V. Freiheit und Sicherheit im Grundgesetz

Wenden wir den Blick von der Staats- und Verfassungstheorie zum Verfassungsrecht. Im Grundgesetz bildet Freiheit einen herausragenden Verfassungswert.<sup>159</sup> Dagegen fehlt ein vergleichbar prominentes Staatsziel<sup>160</sup> „Sicherheit“. Das erklärt sich aus der Reaktion der Grundgesetzgeber<sup>161</sup> gegenüber der weit hinter *Hobbes* zurückfallenden nationalsozialistischen Schreckensherrschaft.<sup>162</sup> Die Textlücke im Grundge-

<sup>158</sup> S. exemplarisch zu neuen Steuerungsformen *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 1998, 18 ff.; *Schuppert* (Fn. 156), Kap. 2 C, D; *Scherzberg* (Fn. 156), 15 ff., und schon *Bull* (Fn. 24), 215 und § 21.

<sup>159</sup> Dazu ausführlich *E. Grabitz* Freiheit und Verfassungsrecht, 1976.

<sup>160</sup> Zur Terminologie: Die Begriffe Staatszwecke und Staatsziele und weitergedacht Staatsaufgaben werden in der Literatur nicht immer gleich benutzt. Im Vordergrund steht entweder eine Abstufung nach Abstraktionsgrad (von den ganz abstrakten Zwecken zu den auf mittlerer Konkretionsstufe angesiedelten Zielen bis zu den spezifischen Aufgaben) oder eine Differenzierung nach vorpositiven und positiven Feldern staatlicher Tätigkeit (von den vorverfassungsrechtlichen, durch Empirie oder Theorie – etwa Vernunftrecht – ausgewiesenen Zwecken des Staates zu den verfassungsrechtlichen Entsprechungen in Zielen sowie noch konkreteren Aufgaben). Vgl. zum Beispiel *Bull* (Fn. 24), 43 ff., 114 ff.; *Link* (Fn. 135), 17 ff. und *G. Ress* Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach vierzig Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), 15, 17 ff., 61 ff., 108; *D. Merten* Über Staatsziele, DÖV 1993, 368 ff.; *Brugger* (Fn. 112), 359 ff.; *Murswiek* (Fn. 54), 10 ff. Es finden sich auch Kombinationen dieser Sichtweisen oder noch andere Unterteilungen. S. *Möstl* (Fn. 6), 37 ff.; *Sommerrmann* (Fn. 25), 3, 355 ff., 377 ff. Auf jeden Fall können Werte wie „Freiheit“ und „Sicherheit“ sowohl vorpositive Staatszwecke als auch verfassungsintegrierte Staatsziele sein, die dann oft, aber eben nicht automatisch, auch zu Staatsaufgaben iS staatlicher Erledigungspflichten führen.

<sup>161</sup> Die Lage in den Landesverfassungen ist uneinheitlich, aber mehrheitlich dem Grundgesetz vergleichbar. Am ehesten noch in Richtung eines allgemeinen Staatsziels „Sicherheit“ formuliert Art. 99 der Verfassung Bayerns: „Die Verfassung dient dem Schutz und dem geistigen und leiblichen Wohl aller Einwohner. Ihr Schutz gegen Angriffe von außen ist gewährleistet durch das Völkerrecht, nach innen durch die Gesetze, die Rechtspflege und die Polizei.“

<sup>162</sup> S. die Berichte von *H. Dreier* und *W. Pauly* zu „Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus“, VVDStRL 60 (2001), 9 ff., 73 ff.

setz<sup>163</sup> wird nicht nur im historisch-normativen Rückblick deutlich. Die Lücke steht auch vor Augen im Gegenwartsvergleich moderner Verfassungen<sup>164</sup> sowie europäischer und internationaler Rechtsinstrumente.<sup>165</sup> Exemplarisch zeigen dies die Formulierungen in Art. 2 und 29 des EU-Vertrags und Art. 61 des EG-Vertrags vom „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ sowie Art. 5 Abs. 1 S. 1 der EMRK und Art. 6 der Charta der Grundrechte der EU mit ihrer Aussage: „Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit.“<sup>166</sup>

Trotz der Textlücke – ja vielleicht gerade wegen ihr – kommt der Sicherheitsauftrag in der Staatsrechtslehre nicht zu kurz. Im Grundgesetz steht die Subjektivierung von Sicherheitsbelangen an dritter Stelle einer Argumentationskette, die vom Rechtsstaat zu den grundrechtlichen Schutzpflichten fortschreitet und schließlich zur Subjektivierung in einem Grundrecht auf Sicherheit führt;<sup>167</sup> zusätzlich werden Argumente aus

<sup>163</sup> Das gilt auch für Österreich, dessen Bundesverfassungsgesetz ebenfalls kein explizites allgemeines Verfassungsrechtsgut „Sicherheit“ kennt. Doch wird dort wie in Deutschland „Sicherheit“ als implizit verankert angesehen, etwa in Art. 1 B-VG, nach dem „Österreich ... eine demokratische Republik“ ist. Vgl. hierzu *A. Hauer* Ruhe, Ordnung, Sicherheit. Eine Studie zu den Aufgaben der Polizei in Österreich, 2000, 2ff.: „Die ‚Gefahrenabwehr‘ ist in Österreich von Verfassungs wegen Staatsaufgabe. Der Staat ist kraft besonderen Verfassungsauftrages verpflichtet, Gefahren für bestimmte Schutzgüter, nämlich Gefahren für die Existenz des Staates selbst, dann Gefahren für das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Gesundheit, die Freiheit und das Habe der Menschen sowie letztlich sonstige Gefahren für ein geordnetes und friedliches Zusammenleben in der Gesellschaft, mit Hilfe seiner Organe abzuwehren. Die verfassungsrechtliche Grundlegung einer Staatsaufgabe zur Abwehr dieser Gefahren lässt sich anhand folgender Überlegungen nachweisen“ (2f.). Dann folgt der Hinweis auf Art. 1 B-VG sowie auf Spezialnormen, die mit Sicherheit zu tun haben.

<sup>164</sup> Beginnend mit der Grundrechteerklärung von Virginia von 1776, Art. 1, der Präambel der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1787 und Art. 2 und 16 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. S. als modernes Beispiel etwa Art. 2 der Bundesverfassung der Schweiz von 1999: „Die Schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes“; die folgenden Absätze enthalten weitere Staats- „Zwecke“. S. auch Art. 57, der klarstellt, dass Bund und Kantone im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen eine gemeinsame, auf Koordination abzielende Sicherheitsverantwortung haben.

<sup>165</sup> Nachweise bei *P. J. Tettinger* Freiheit in Sicherheit, FS Kirchhoff, 2002, 281, 292ff.; *Mösl* (Fn. 6), §§ 11, 12.

<sup>166</sup> Die Vorschriften haben allerdings einen spezifischen Bezug zu Einschränkungen der körperlichen Bewegungsfreiheit und Freiheitsentziehungen. S. dazu näher *J. Frowein/W. Peukert* EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Art. 5 Rn. 1ff. und *N. Bernsdorff* in: *J. Meyer* (Hrsg.) Komm. zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 6 Rn. 1, 10ff.

<sup>167</sup> S. etwa *J. Limbach* Ist die kollektive Sicherheit Feind der individuellen Freiheit?, AnwBl 2002, 454: „Trotz des Schweigens des Grundgesetzes ergibt sich eine Pflicht des

den grundrechtlichen Schrankenvorbehalten<sup>168</sup>, dem Demokratieprinzip<sup>169</sup>, dem Sozialstaatsprinzip<sup>170</sup> und diversen Kompetenztiteln<sup>171</sup> zur Wahrnehmung der Aufgaben innerer und äußerer Sicherheit genannt.<sup>172</sup>

Streitig ist das „Grundrecht auf Sicherheit“, das 1983 *Josef Isensee*<sup>173</sup> und 1987 *Gerhard Robbers*<sup>174</sup> propagiert haben.<sup>175</sup> Vertreter eines solchen Grundrechts<sup>176</sup> weisen auf die immer schon und nach wie vor gegebene Gefahr von privater und gesellschaftlicher Gewalttätigkeit und Rechtlosigkeit hin, die stärkere Schutzpflichten des Staates und im Extremfall auch subjektive Ansprüche erfordere. Da der Staat durch das seit der Neuzeit in Anspruch genommene Monopol legitimer Gewaltanwendung private Selbstverteidigungsrechte expropriert habe, sei es nur angemessen, jedenfalls bei existenziellen Gefahren und klaren Verantwortlichkeiten subjektive Berechtigungen einzuräumen.<sup>177</sup> Gegner eines Grundrechts auf Si-

---

Staates, für die Sicherheit seiner Bürgerinnen und Bürger zu sorgen, aus dem Gesamtsinn der Verfassung, vornan aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“, allerdings mit Präferenz für ein „Staatsziel der Sicherheit“ vor einem Grundrecht auf Sicherheit, ebd., 455.

<sup>168</sup> S. etwa Art. 13 Abs. 4, 7 GG. Zum weiteren Umfeld gehören auch Art. 8 Abs. 1, Art. 26 sowie die weiter unten behandelten Vorschriften zur wehrhaften Demokratie.

<sup>169</sup> Das Demokratieprinzip in Art. 20 Abs. 1 und 38 Abs. 1 GG weist darauf hin, dass die Entscheidung der Bürger im politischen Prozess, die letztlich auf ein Gesetz über die Balance von Freiheit und Sicherheit hinausläuft, jedenfalls starke Beachtung verdient.

<sup>170</sup> Das Sozialstaatsprinzip weist darauf hin, dass in vielen Fällen Bürger nicht selbst oder in privatrechtlicher Form für ausreichende innere Sicherheit sorgen können; dann gebietet das Sozialstaatsprinzip ein staatliches Eingreifen.

<sup>171</sup> S. insbesondere Art. 24 Abs. 2; 35 Abs. 2; 73 Nr. 1, 6, 10; 74 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 4, 6, 11 a, 22; 80 a; 87 Abs. 1; 87 a; 115 a ff.

<sup>172</sup> Zusammenfassend *V. Götz* Innere Sicherheit, in: HdbStR III, 1988, § 79 Rn. 2; *Chr. Gusy* Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 72 ff.

<sup>173</sup> Oben Fn. 54.

<sup>174</sup> Oben Fn. 2.

<sup>175</sup> S. K. *Stern* Ein Beitrag zur Inpflichtnahme des Staates für die Optimierung der Grundrechte, FS Korinek, 2002, 1, 19 zum „umstrittensten Problem der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte“.

<sup>176</sup> Vgl. neben *Isensee* und *Robbers* z.B. Bundesinnenminister *O. Schily*; zitiert in *Horst Meier* Ein Grundrecht auf Sicherheit?, Merkur 2003, 174: „Ich orientiere mich an dem Grundrecht auf Sicherheit ... Wer durch Terror und Kriminalität bedroht wird, lebt nicht frei. Das Grundrecht auf Sicherheit steht auch, zwar nicht direkt, aber sehr wohl indirekt, im Grundgesetz“; *Callies* Sicherheit (Fn. 154), 6.

<sup>177</sup> Dieser Zusammenhang wird schon im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 in der Einleitung, 1. Teil, im Abschnitt „Verhältniß des Staats gegen seine Bürger“ in den §§ 76 und 77 hervorgehoben: „Jeder Einwohner des Staats ist den Schutz desselben für seine Person und sein Vermögen zu fordern berechtigt. Dagegen ist niemand sich durch eigne Gewalt Recht zu verschaffen befugt.“ Im Grunde greift dieser Zusammen-

cherheit<sup>178</sup> sehen damit die Stufung von privater Freiheit und staatlicher Reglementierung auf den Kopf gestellt; Sicherheit rücke vor Freiheit; das könne dazu führen, dass der Staat nicht mehr den Freiheitseingriff, sondern der Bürger seine Freiheitsausübung rechtfertigen müsse. Gewisse Akzentverschiebungen zwischen den beiden Lagern sind bei konkreten Abwägungsfragen zu erwarten, aber die Unterschiede sind nicht dramatisch. Denn die „Erfinder“ des Grundrechts auf Sicherheit haben von Anfang an dieses subjektive Recht nur selten durchschlagen lassen. Das zeigt sich an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die sich weitgehend innerhalb des von *Isensee* und *Robbers* vorgezeichneten Rahmens<sup>179</sup> hält. Das Gericht sieht die Sicherheit von Staat und Bürgern als unverzichtbare Verfassungswerte und Staatsziele an<sup>180</sup>, hält an der Priorität der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte fest, sieht aber auch bei Gefahren insbesondere für Leib und Leben staatliche Schutzpflichten vorliegen. Diese sind zwar primär durch gesetzgeberische Gestaltung zu konkretisieren, aber je nach der Art des bedrohten Rechtsguts, dem Bedrohungsgrad und Verantwortungszusammenhang kann die Schutzverpflichtung zunehmen.<sup>181</sup> Droht ein Untermaß an Schutz und liegt ein überschaubarer Begünstigtenkreis vor, kann sich die Schutzpflicht zu einem Anspruch auf Einschreiten verdichten.<sup>182</sup> Meist aber liegt zwischen dem Untermaßverbot gegenüber dem von dritter Seite bedrohten Opfer und dem Übermaßverbot gegenüber dem von einem staatlichen Eingriff bedrohten Privaten ein deutlicher legislativer oder auch exekutiver Einschätzungsspielraum.

---

hang schon auf das Verbot der Fehde im Ewigen Landfrieden von Worms im Jahr 1495 zurück (Fn. 11, 47, 48).

<sup>178</sup> S. z. B. *M. Kniesel* „Innere Sicherheit“ und Grundgesetz, ZRP 1996, 482, 486; *Gusy* (Fn. 172), Rn. 74; *W. Hassemer* Zum Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit. Drei Thesen, Vorgänge 2002, 10f.; *Meier* (Fn. 176), 174ff.; *E. Denninger* Der gebändigte Leviathan, 1990, 33, 47, 377.

<sup>179</sup> S. *Isensee* (Fn. 54), 34ff.; *ders.* Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: HdbStR V, 1992, § 111, Rn. 77ff., 86ff.; *Robbers* (Fn. 2), 204, 246ff. Zu neueren Verfeinerungen dieses Ansatzes s. exemplarisch *Möstl* (Fn. 6), 84ff., 108, und *Callies* Gewährleistung (Fn. 114), 1102ff.

<sup>180</sup> S. BVerfGE 49, 24, 56f. unter Bezugnahme auf BVerwGE 49, 202, 209: „Die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“

<sup>181</sup> S. BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 49, 24, 53; 49, 89, 140ff.; 53, 30, 57ff.; 56, 54, 73ff.; 88, 203, 251.

<sup>182</sup> S. neben Fn. 181 die neueren Nachweise bei *Stern* (Fn. 175), 16, 19f.

## VI. Das Beispiel Volksverhetzung

Die zwei Beispiele behandeln nicht klare Gefahren für Leib und Leben, die evidente staatliche Schutzpflichten auslösen;<sup>183</sup> vielmehr stehen grundrechtlich geschützte Aktivitäten im Vordergrund, die nicht sicher, sondern nur möglicherweise und mit zeitlichem Abstand zu Risiken für Rechtsgüter führen und somit die Frage nach staatlicher Vorsorge auslösen. Es geht also um Spannungslagen von Freiheit und Sicherheit, bei deren Auflösung neben Rechtstext und einschlägiger Dogmatik wohl auch eher libertäre oder sekuritäre Vorverständnisse eine Rolle spielen. § 130 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB enthält ein Verbot von Volksverhetzung<sup>184</sup> in der Variante des Aufstachelns zum Hass gegen Teile der Bevölkerung.<sup>185</sup> Die Tathandlung besteht in Äußerungen, die dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfallen, da es nach Art. 5 Abs. 1 GG gleichgültig ist, ob ein Werturteil begründet oder grundlos, rational oder emotional, wertvoll oder wertlos, harmlos oder gefährlich,

<sup>183</sup> In Bezug auf solche Lagen verstärken sich Freiheits- und Sicherheitsinteressen gegenseitig, so dass besonders starke Gründe für eine staatliche Schutzverpflichtung sprechen. S. *Humboldt* (Fn. 113); *Schily* (Fn. 176); *Callies* Sicherheit (Fn. 154), 5f.; *ders.* Gewährleistung (Fn. 114), 1096, 1100ff. Staatlicher Zwang zur Erzwingung einer Aussage einer in Polizeigewahrsam befindlichen Person ist als „Folter“ unter allen Umständen verboten, auch wenn die Person klar Gefahrverursacher ist und die gesuchte Information ein Menschenleben oder viele Menschenleben retten könnte. Das ergibt sich z.B. aus § 35 Polizeigesetz Baden-Württemberg, Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und mehreren völkerrechtlichen Konventionen, etwa Art. 3 EMRK. Zur Problematik eines solchen absoluten Verbotes s. *W. Brugger* Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, *Der Staat* 35 (1996), 67ff.; *ders.* Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, *JZ* 2000, 165ff.; *J. Isensee* Der Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: R. Mellinshoff u.a. (Hrsg.) *Die Erneuerung des Verfassungsstaates*, 2003, Abschnitt VI 2.

<sup>184</sup> Ausführlich zu diesem Paragraphen samt dessen Abs. 3 sowie zum parallelen Ehrenschutz in den §§ 185ff. StGB *W. Brugger* Verbot oder Schutz von Haßrede? Rechtsvergleichende Beobachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht, *AöR* 128 (2003), 372ff.; *ders.* Schutz oder Verbot aggressiver Rede? Ein Streit zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und Deutschland, *JöR N.F.* (erscheint demnächst); *ders.* Constitutional Treatment of Hate Speech, in: E. Riedel (Hrsg.) *Stocktaking in German Public Law*, 2002, 117ff.

<sup>185</sup> Die beiden anderen Varianten in Abs. 1 und 2 beziehen sich auf Aufforderungen zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen, bei denen das Meinungelement zurücktritt und die Gefahr für subjektive Rechtsgüter der Angegriffenen zunimmt, sowie auf Angriffe auf die Menschenwürde, die ein Zurücktreten der Meinungsfreiheit rechtfertigen, s. BVerfGE 93, 266, 293. Bei der letztgenannten Alternative taucht das hier behandelte Problem allerdings in anderer Einkleidung auf: bei der Frage, ab welcher engeren oder weiteren Sicht man von einem Angriff auf die Menschenwürde ausgehen kann. Dazu einige Hinweise in meinen Fn. 184 zitierten Arbeiten sowie unten Fn. 200 zum Gedicht „Der Asylbetrüger in Deutschland“.

ausgeglichen oder überspitzt ist.<sup>186</sup> Lässt sich diese Strafvorschrift über die Schranke des „allgemeinen Gesetzes“ in Art. 5 Abs. 2 GG rechtfertigen?<sup>187</sup>

Auf den ersten Blick ist das nicht der Fall, denn was § 130 Abs. 1, 2 StGB verbietet, ist klar „Sonderrecht“, Verbot und Sanktionierung gerade einer bestimmten Meinungsäußerung. In einem liberalen Gemeinwesen sollte die staatliche Steuerung der Meinungsbildungsprozesse über Strafrechtssanktionen verdächtig und mit einer Vermutung der Verfassungswidrigkeit belegt sein.<sup>188</sup> Wenn man mit der hM trotzdem Sonderrecht gegen Meinung zulässt, soweit im Einzelfall das öffentliche Rechtsgut den Wert der Meinungsfreiheit überwiegt,<sup>189</sup> dann liegt jedenfalls auf dem Strafrechtsverbot eine hohe Begründungslast, die dadurch noch gesteigert wird, dass die Meinungsfreiheit im Grundgesetz als besonders wertvolles Gut gilt.<sup>190</sup>

Welches konkurrierende Rechtsgut soll durch § 130 Abs. 1 und 2 StGB in der Variante des Aufstachelns zum Hass geschützt werden?

(1) Die moralische oder sittliche Empörung über die Äußerung des Volksverhetzers kann nicht ausreichen, denn Sinn und Zweck einer Garantie der Meinungsfreiheit ist es gerade, von herrschenden Einschätzungen abweichende Positionen zu schützen.<sup>191</sup>

<sup>186</sup> Vgl. etwa BVerfGE 33, 1, 14f.; 61, 1, 7f.; 54, 129, 138f.; 61, 6, 7; 66, 116, 151; 76, 171, 192; 90, 241, 247; 102, 347, 366; *Th. Wandres* Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens, 2000, 277f.; *D. Grimm* Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697, 1698.

<sup>187</sup> Die Prüfung der Schranke „Recht der persönlichen Ehre“ bleibt außer Betracht. Sie betrifft die §§ 185ff. StGB; bei § 130 StGB kommt sie bei einigen Tatalternativen indirekt zur Geltung.

<sup>188</sup> Andeutungsweise in diese Richtung BVerfGE 69, 315, 346; 95, 220, 235f. und mwN *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rn. 56. Art. 3 Abs. 3 GG spricht ebenfalls für diese Einschätzung. Allgemein hierzu *D. Grimm* Politische Parteien, in: *HdbVfR*, 2. Aufl., § 14 Rn. 28: „Es kommt verfassungsrechtlich ... darauf an, daß die staatliche Beteiligung am Willensbildungsprozeß dessen Offenheit nicht beeinträchtigt. Der Staat darf weder meinungs- noch interessenunterdrückend oder -manipulierend tätig werden noch die Kommunikationsmittel monopolisieren, um dadurch den Kreislauf zu unterbinden“. Deutlich strenger ist insoweit der U.S. Supreme Court, s. die Nachweise bei *Brugger* Verbot (Fn. 184), bei Fn. 38.

<sup>189</sup> S. etwa BVerfGE 7, 198, 209; 62, 230, 244; 71, 162, 175f.; 97, 125, 146.

<sup>190</sup> S. BVerfGE 7, 198, 203; 66, 116, 150; 69, 315, 344f.; 71, 206, 214; 93, 266, 295f.; NJW 2001, 61ff.; *Grimm* (Fn. 186), 1698, 1700f.; *W. Hoffmann-Riem* Nachvollziehende Grundrechtskontrolle. Zum Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit am Beispiel von Konflikten zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsrecht, AöR 128 (2003), 173, 196ff., 213ff.

<sup>191</sup> S. Abschnitt I in *Brugger* Schutz (Fn. 184); *ders.* Verbot (Fn. 184), sowie BVerfGE 69, 315, 347 („effektiver Minderheitenschutz“) zu Art. 8 und implizit auch Art. 5 GG;

(2) Gegen eine Bestrafung von Meinungen wegen Unmoral spricht auch die allgemein vertretene Ansicht, man könne im Bereich der Meinungen nicht nach Wahrheit und Falschheit unterscheiden.<sup>192</sup> Wer das auf Schutzbereichsseite behauptet, kann dem nicht auf Schrankenseite prompt den Boden entziehen.

(3) Nach hM dient der § 130 StGB dem öffentlichen Frieden.<sup>193</sup> Das ist so überzeugend wie problematisch. Denn dieses Rechtsgut umfasst objektive und subjektive Elemente, die sich schwer präzise bestimmen und in ein klares Verhältnis setzen lassen: Objektiv ist auf reale Gefahren für individuelle oder kollektive Rechtsgüter abzustellen, subjektiv auf das Gefühl der Bevölkerung, sicher leben zu können.

(4) Das Problem zeigen zahlreiche Äußerungen aus Gesetzgebungsgeschichte<sup>194</sup>, Rechtsprechung und Lehre, wonach die Strafbarkeit der Volksverhetzung einem guten politischen Klima dienen<sup>195</sup> oder zumindest ein feindliches Klima zwischen den Bevölkerungsteilen ausschließen soll.<sup>196</sup> Der Konflikt mit der Meinungsfreiheit spitzt sich zu, wenn Vor-

---

H. Maurer Das Verbot politischer Parteien. Zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG, AöR 96 (1971), 203, 213ff. Vgl. auch generell zum „Gefühlsschutz“ T. Hörnle Grob anstößiges Verhalten. Normen zum Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus im Strafgesetzbuch, Münchener Habilitationsschrift 2002 (erscheint 2004), Einleitung und § 3.4 c.

<sup>192</sup> Vgl. schon Fn. 186.

<sup>193</sup> Hörnle (Fn. 191), §§ 4.1 und 15.1 mwN.; je nach Tatbestandsvariante tritt der Würdeschutz hinzu. Von dieser generellen Einordnung ist das gleichlautende einschränkende Tatbestandsmerkmal in § 130 Abs. 1 StGB zu unterscheiden.

<sup>194</sup> S. BT-Drucks.12/8588, 8 zu § 130 Abs. 3 StGB und BGHSt 46, 36, 40; 46, 212, 221 f.

<sup>195</sup> S. E. v. Bubnoff Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., § 125 Rn. 41, wonach sich aus einer Analyse des Begriffs erkennen lässt, „daß der öffentliche Friede, sieht man in ihm einen Zustand einträchtigen Mit- und Nebeneinanderlebens, gegen Störungen leicht anfällig ist, da ihn schon Unfriedlichkeiten harmloserer Art, etwa der Ausbruch heftiger Meinungsverschiedenheiten, in Frage stellen können ...“. S. auch M. Wehinger Kollektivbeleidigung, Volksverhetzung. Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppen durch die §§ 185 ff. und § 130 StGB, 1994, 83: „Öffentlicher Friede läßt sich grob umschreiben als das harmonische und einträchtige Zusammenleben der Menschen ... Das ‚soziale Phänomen‘ des gesellschaftlichen Friedens ... teilt sich dem einzelnen vor allem als eine soziale Atmosphäre, ein gesellschaftliches Klima mit ... Der öffentliche Friede wird ... nicht nur durch schwere gesellschaftliche Spannungen oder durch Rechtsbrüche gestört. Bereits das Vorhandensein latenter Feindseligkeiten, etwa zwischen Angehörigen verschiedener Bevölkerungsgruppen, kann zu einer Friedensstörung führen, indem es beispielsweise zu Diskriminierungen oder heftigen Auseinandersetzungen und Meinungsverschiedenheiten kommt, eben zu ‚Unfrieden aller Art‘“.

<sup>196</sup> Nachweise bei Brugger Schutz (Fn. 184) in Fn. 65, 72; ders. Verbot (Fn. 184), Fn. 68ff.; Hörnle (Fn. 191), § 4.3 und 4.4; W. Kargl Rechtsextremistische Parolen als Volksverhetzung, Jura 2001, 176, 180 mit Fn. 47, 58; Wandres (Fn. 186), 213; G. Jacobs Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, ZSW 97 (1985), 751, 774, 779ff.

schriften zum Schutz des öffentlichen Friedens ein „öffentliches Klima, das nicht durch Unruhe, Unfrieden oder Unsicherheit gekennzeichnet ist“, schützen wollen, „unabhängig davon, ob auf diese Weise zugleich ein latentes Gefahrenpotential produziert wird“.<sup>197</sup>

Damit wird ohne Gefährdung individueller Rechtsgüter politischer Klimaschutz betrieben durch Bestrafung von Meinungen, welche die Mehrheit oder aufgeklärte Minderheiten empören. Wenn das richtig ist, wären fast alle Aussagen des BVerfG zum Schutzbereich der Meinungsfreiheit durch die Schranke der „allgemeinen Gesetze“ konterkariert. Weil man das nicht unterstellen kann, bestehen gegen strafrechtliche Sanktionen<sup>198</sup> zugunsten des Rechtsguts „politischer Klimaschutz“ erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.<sup>199</sup>

Nehmen wir ein Beispiel. Ein Kritiker der Ausländerpolitik gibt öffentlich folgende Stellungnahme ab: „Schluss mit der Invasion und Überfremdung unseres Landes durch diese kriminellen Ausländer, die unsere Freiheit und unser Eigentum bedrohen und uns mit Drogen überschwemmen.“<sup>200</sup> Es spricht vieles dafür, dass diese Äußerung nach § 130 Abs. 1, 2 StGB strafbar wäre, wenn man sie im Lichte des Klimaschutzes interpretiert.<sup>201</sup>

<sup>197</sup> So *Schönke/Schröder-Lenckner StGB*, 26. Aufl., § 126 Rn. 1, auch zu § 130.

<sup>198</sup> Das schließt nicht aus, sondern ein, dass die Förderung eines „guten“ politischen Klimas (wie immer man dieses bestimmt) eine individuelle und kollektive Tugend sein sollte, für die man eintreten und für die man in Erziehung und Schule Werbung machen sollte. Hierzu *Robbers* (Fn. 2), 226; *W. Brugger* Schutz oder Verbot aggressiver Rede? Argumente aus liberaler und kommunitaristischer Sicht, *Der Staat* 42 (2003), 77 ff.

<sup>199</sup> S. *Hörnle* (Fn. 191), § 4.4 und § 15.3 c am Ende, die dem Gesetzgeber empfiehlt, diese Variante des § 130 I Nr. 1 StGB zu streichen, und allgemein zur Bedeutung nicht durch Strafrechtssanktionen bedrohter Rede BVerfGE 54, 129, 139 und 61, 1, 9f.

<sup>200</sup> Das Beispiel wird in meinem Aufsätzen „Verbot“; „Schutz“ und „Constitutional Treatment“ (Fn. 184), erörtert. Es ist angelehnt an VG Frankfurt, NJW 1993, 2067f.; kritisch zu dieser Entscheidung *G. Roellecke* Keine Freiheit den Feinden der Freiheit, NJW 1993, 3306ff. Einengend auch VG Regensburg, NJW 1994, 2040f., und VGH BW, DVBl 1993, 1314f. S. auch die Gerichtsentscheidungen zu dem Gedicht „Der Asylbetrüger in Deutschland“, abgedruckt in BayObLG, NJW 1994, 952, die zum Teil zu einer Bestrafung nach § 130 StGB geführt haben, zum Teil nicht. Dort stand die § 130-Variante „Angriff auf die Menschenwürde“ im Vordergrund, aber zum „Aufstacheln zur Volksverhetzung“ finden sich ebenfalls Äußerungen: OLG Frankfurt, NJW 1995, 143 ff. gegenüber BayObLG, NJW 1995, 145f. Hierzu auch OLG Karlsruhe, MDR 1995, 735f.; *KG JR* 1998, 213ff.; BVerwG, NJW 1997, 2341f., und *Hörnle* (Fn. 191), § 15 2 b, cc.

<sup>201</sup> Eine solche Äußerung, könnte man sagen, stachelt zum Hass gegen Ausländer als einem Teil der Bevölkerung auf, schafft durch Übertreibung der Kriminalitätsrate ein feindliches Klima und bereitet so der ausländischen Bevölkerung vermutlich ein Rechtsunsicherheitsgefühl. Die hM interpretiert das Merkmal „Aufstacheln“ wie folgt: „Aufsta-



Grundrechtlich betrachtet, handelt es sich bei dieser Äußerung aber um eine politische, ja hochpolitische Äußerung, denn sowohl Zuwanderung als auch Kriminalität sind innenpolitische Kernfragen,<sup>202</sup> somit sollte vor der Bestrafung einer solchen Äußerung eine besonders hohe Hürde liegen.<sup>203</sup> Eine solche liegt aber beim Strafrechtsgut „politischer Klimaschutz“ sicher nicht vor, denn dahinter verbirgt sich parteipolitische Strategie<sup>204</sup> oder politische Korrektheit oder der herrschende Zeitgeist, vielleicht eine plausible Moral oder sogar die eine richtige Moral. Trotzdem

---

cheln zum Haß ist eine verstärkte, auf die Gefühle des Adressaten abzielende, über bloße Äußerung von Ablehnung und Verachtung hinausgehende Form des Anreizens zu einer emotional gesteigerten feindseligen Haltung ... Nicht ausreichend ist eine ... Darstellung von negativ zu wertenden Tatsachen (z.B. Kriminalitätsbelastung einzelner Bevölkerungsgruppen), sofern sie nicht durch einseitige Verzerrungen und wahrheitswidrige Verfälschung auf eine ‚Stimmungsmache‘ abzielt.“ So mwN *Tröndle/Fischer StGB*, 51. Aufl., § 130 Rn. 8. Man sieht deutlich, dass bestimmte „Haltungen“, „Gesinnungen“ abgeschreckt werden sollen. In diesem Sinne tatsächlich *P. Bockelmann*, zitiert bei *Hörnle* § 4.1; s. auch *W. Misch* Das deutsche Strafrecht und die Bekämpfung rassistischer Diskriminierung und Gewalttaten, in: E. Klein (Hrsg.) *Rassistische Diskriminierung. Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten*, 2002, 147, 163f. Verfassungsrechtlich ist „Stimmungsmache“ nichts Negatives, da unstrittig ist, dass durch Meinungen Wirkungen erzielt werden sollen. Ferner stellt sich bei „Hass“ immer die Frage, ob hinter ihm ein aus Sicht des Äußerers wichtiges Anliegen oder Problem liegt, das ihn nicht nur rational, sondern auch emotional bewegt, bis hin zu negativen Gefühlsausbrüchen; s. *Brugger* (Fn. 198), 84. Stellt man auf „einseitige Verzerrung“ ab, so ist höchst unklar, was darunter zu verstehen ist: Soweit es um reine Wertungen geht, sind diese subjektiv so, wie sie sind. Soweit es um Interpretation von Fakten geht, fallen diese nach hM unter die Kategorie von Werturteilen. Will man einen „ausgeglichenen“ Konnex von Urteil und Faktum verlangen, ist man bei Sorgfaltspflichten der Ermittlung einschlägiger Faktenlagen, was jedenfalls bei politischen Urteilen von Einzelpersonen unverhältnismäßig wäre.

<sup>202</sup> Generalanwalt *K. Nehm* Ein Jahr danach, NJW 2002, 2665, 2671 hält zum Beispiel eine „Neubesinnung“ für nötig: „Lässt man die Lebensläufe der Beschuldigten unserer Verfahren [nach dem 11. September 2001] Revue passieren, so fällt immer wieder auf, wie sehr vermeintliche religiöse Toleranz und Fremdenfreundlichkeit sowie eine großzügige Duldungs- und Einbürgerungspraxis zu einer islamistisch-fundamentalistischen Subkultur in unserem Lande beigetragen haben.“ Diese Meinung muss man nicht teilen, aber sie macht den „politischen“ Charakter der hier diskutierten Fragen deutlich.

<sup>203</sup> Anderes mag gelten für private oder geschäftliche Äußerungen oder reine Tatsachenbehauptungen.

<sup>204</sup> Ein wichtiger Gesichtspunkt: Meist ist es so, dass bei den in Parlamenten vertretenen Parteien die konservativste Partei keine Partei „rechts“ von ihr und die „linkste“ Partei keine Partei „links“ von ihr sehen will. Gerade diese vom Mainstream abweichenden Meinungen und Parteien sind auf Grundrechtsschutz angewiesen. Ein dazu passendes Beispiel aus der Rechtsprechung ist der Versuch der CSU, nicht mit der NPD in Verbindung gebracht zu werden: BVerfGE 61, 1.

gilt: Diese darf staatlicherseits genauso wenig mit dem Strafrecht verordnet werden wie die richtige Religion.<sup>205</sup>

Das Problem einer Bestrafung dieser Art von Hassrede liegt darin, dass sie abstrakte Gefährdungen betrifft, die deutlich vor einer Beantwortbarkeit der Frage liegen: „Wer soll wo und wann was gegen wen tun?“<sup>206</sup> Es liegt also nur die Gefahr einer Gefahr,<sup>207</sup> vielleicht nur ein nicht gänzlich auszuschließendes Restrisiko eines Eingriffs in Leben, Freiheit oder Eigentum irgendeiner Person durch irgendeinen Aufgehetzten irgendwann in der Zukunft vor.<sup>208</sup> Gleichzeitig steht aber fest, dass § 130 Abs. 1, 2 StGB in der geschilderten Variante unmittelbar, direkt und gezielt in die durch eine Vermutung der Freiheit geschützte und in dem Beispielsfall hochpolitische Äußerung eingreift.<sup>209</sup> Ein offensichtlicher Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit!<sup>210</sup>

<sup>205</sup> Zu diesem Punkt allgemein *E. Denninger* Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), 7, 31: „das Dekretieren letzter Wahrheiten und existenzieller Sinnggebung ist [dem Staat] ebenso verwehrt wie einer politischen Partei die Durchsetzung eines mit dem Anspruch auf den Besitz absoluter Wahrheit auftretenden Programmes. Die freiheitliche Demokratie muß streitbar sein ...“.

<sup>206</sup> S. *Wandres* (Fn. 186), S. 213; *Hörnle* (Fn. 191), § 15.3 b. Der Rechtscharakter der Vorschrift wird beschrieben als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt, als potenzielles Gefährdungsdelikt, als Eignungsdelikt, als konkretes Gefährdungsdelikt oder als abstraktes Gefährdungsdelikt mit tatbestandlicher Restriktionsmöglichkeit. S. die Nachweise bei *Hörnle* ebd., § 15.4 a.

<sup>207</sup> So treffend *Wandres* (Fn. 186), 221.

<sup>208</sup> *Hörnle* (Fn. 191), § 4.3, stellt berechtigterweise die Frage, „wie weit der Strafbarkeitsbereich nach vorne verlagert werden darf ... wie ‚verdünnt‘ das Gefahrenpotenzial für ein Individualrechtsgut sein darf, damit eine Strafbarkeit noch gerechtfertigt werden kann. Diese schwierige Frage des notwendigen Zusammenhangs von Handlung und Gefährdung wird umgangen, wenn man sich auf ein kollektives Rechtsgut ‚öffentlicher Friede‘ zurückzieht. Die bequeme Formel vom ‚aufgehetzten Klima‘ verschleiert die dahinter liegenden Probleme, anstatt zu einer rationalen Debatte über Gefährdungspotenziale beizutragen.“ Ähnlich *Mitsch* (Fn. 201), 171 f.; *Jacobs* (Fn. 196), 783: „Daß die Klimadelikte in das Strafrecht eines freiheitlichen Staates nicht passen, heißt nicht, das betreffende Verhalten sei wünschenswert oder auch nur sozial neutral, sondern heißt einzig, daß es keine Zwangswirkung hat und daß deshalb auch nicht per Strafrechtswang darauf reagiert werden sollte.“ Das gilt alles schon ohne Berücksichtigung der besonderen Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 GG!

<sup>209</sup> S. neben Fn. 202 BVerfGE 69, 315, 345: „Die Gefahr, daß ... Meinungskundgaben demagogisch mißbraucht und in fragwürdiger Weise emotionalisiert werden können, kann im Bereich der Versammlungsfreiheit ebensowenig maßgebend für die grundsätzliche Einschätzung sein wie auf dem Gebiet der Meinungs- und Pressefreiheit“; ferner *Grimm* (Fn. 186), 1701, 1703 f.

<sup>210</sup> Dieser nationale Konflikt spiegelt sich auch supranational wider: vor allem im Rahmen der Auslegung des UN-Paktes zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. 3. 1966, BGBl 1969 II 962. Hierzu einige Hinweise bei *Brugger* (Fn. 184).

Die Rechtsprechung ist nicht aus einem Guss, es gibt der Meinungsfreiheit mehr oder auch weniger gewogene Entscheidungen.<sup>211</sup> Klar ist, dass bei scharfen und faktisch vielleicht übertriebenen ausländerkritischen oder gar antisemitischen Äußerungen der § 130 Abs. 1 und 2 StGB der Meinungsfreiheit den Rang abläuft; jedenfalls besteht die reelle Gefahr einer Kriminalsanktion.<sup>212</sup> Dieser Abschreckungseffekt ist bewusst und gewollt, was man angesichts unserer Geschichte für moralisch vertretbar oder geboten halten mag. Aber verfassungsrechtlich enthüllt dieser „chilling effect“ für freie politische Rede gewisse rhetorische Mitnahmeeffekte der herrschenden Dogmatik ohne entsprechenden Substanzwert. Man muss sich beim „Strafklima“<sup>213</sup> schon entscheiden: Meint politischer „Klimaschutz“ Schutz nur der mitteleuropäisch ausgeglichenen Mainstreamkommunikation mit geringen Temperaturschwankungen nach oben und unten, um extremere Meinungen und Haltungen von vornherein zu eliminieren,<sup>214</sup> oder soll politische Auseinandersetzung auch Eiszeiten und hitzige Turbulenzen umfassen dürfen in der Hoff-

---

<sup>211</sup> Dazu liefern die StGB-Kommentare zu § 130 sowie, parallel hierzu, §§ 185 ff. StGB, umfangreiches Material. Zur Haltung der Rechtsprechung s. die vorigen Fußnoten sowie, in einem versammlungsrechtlichen Zusammenhang, die meinungsfreiheitsfreundlichen Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 2001, 2069 ff., 2072 ff. Anders stellt sich das Bild dar bei der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit auch der einfachen Ausschwitzleugnung, BVerfGE 90, 241. Dazu meine Kritik in den oben Fn. 184 zitierten Aufsätzen.

<sup>212</sup> S. Hörnle (Fn. 191), §§ 15.2 b; 15.3 b; 15.3 c; Ergebnisse Nr. 13; Mitsch (Fn. 201), 171 und J. Jahn *Strafrechtliche Mittel gegen Rechtsextremismus*. Die Änderungen der §§ 130 und 86 a StGB als Reaktion auf fremdenfeindliche Gewalt im Licht der Geschichte des politischen Strafrechts in Deutschland, 1998, etwa 13, 231 f. Zur Parallelsituation bei Versammlungsverboten s. die Auseinandersetzung zwischen dem OVG Münster und dem BVerfG, oben Fn. 211, sowie V. Neumann *Feinderklärung gegen rechts? Versammlungsrecht zwischen Rechtsgüterschutz und Gesinnungssanktion*, in: C. Leggewie/H. Meier (Hrsg.) *Verbot der NPD oder mit Rechtsradikalen leben?*, 2002, 155, 167: „Der Exkurs in das Versammlungsrecht hat gezeigt, daß nicht alle Behörden und Gerichte das Recht fachgerecht anwenden und dagegen gefeit sind, Gesinnungen statt konkreter Verhaltensweisen zu sanktionieren.“

<sup>213</sup> Ausdruck von Hassemer (Fn. 178), 13.

<sup>214</sup> *Wandres* (Fn. 186), 212 hält mE treffend fest: „Die Schreckgespenster der Volksverhetzung heißen ‚Pogrom‘, ‚Massaker‘ und ‚Genozid‘. Der Tatbestand der Volksverhetzung richtet sich daher im Kern gegen Verhaltensweisen, die bei denkbar ungünstigem Verlauf geeignet sein könnten, erneut einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit deutschen Boden zu bereiten.“ Ähnlich Hörnle (Fn. 191), § 15.2 a. Wenn man tatrichterlich den „denkbar ungünstigsten Verlauf“ annimmt, wird es natürlich schwierig, die inkriminierte Äußerung meinungsfreiheitsfreundlich zu interpretieren. So der Tendenz nach auch die Einschätzung von Hörnle ebd., § 4.4 c.

nung, auch radikale Meinungen einzubinden, solange nicht wirklich reale Gefahren für Leben, Freiheit und Eigentum drohen?<sup>215</sup>

## VII. Das Beispiel Parteiverbot

Das Parteiverbot in Art. 21 Abs. 2 GG<sup>216</sup> weist viele Parallelen zur Spannung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Verbot der Volksverhetzung auf. Bei allen kommunikativen Freiheiten ist nicht nur die Äußerung, sondern auch deren Wirkung geschützt;<sup>217</sup> das muss auch für politische Parteien gelten, die Regierungsmacht erringen wollen. Folglich kann es nicht darauf ankommen, ob die Parteimeinungen rational oder emotional, nützlich oder schädlich, richtig oder falsch sind. Denn wenn die später im Parlament erlassenen Gesetze einen Rückbezug auf freie und gleiche Bürger in Anspruch nehmen wollen, sich als Selbst- und nicht als Fremdgesetzgebung ausweisen wollen,<sup>218</sup> müssen alle Parteimeinungen gleichermaßen eine Chance gehabt haben, zur Mehrheit zu werden.

<sup>215</sup> Idealtypisch wird diese Sicht vom US-Verfassungsrecht vertreten. Dazu meine oben Fn. 184, 198 genannten Aufsätze. Meine Kritik hier ist aber mit dem US-Ansatz nicht identisch. Wie dargelegt scheint mir in Teilen der Rechtsprechung eine Spannung mit der überkommenen deutschen Dogmatik der Meinungsfreiheit vorzuliegen. Beide oben beschriebenen Tendenzen haben ihre Gefahren. Die Gefahr des „politisch korrekten“ Verständnisses von Meinungsfreiheit (welch ein Widerspruch, aber man muss ihn benennen!) ist Ausklammerung intensiver, auch emotional aufgeheizter Diskussion gerade hochpolitischer Fragen, im Endeffekt: „Quietismus“, so *W. Leisner* Ungeeignete Themen für Wahlkämpfe – Zurück zum unmündigen Bürger?, NJW 2002, 1699f.; s. auch *Grimm* (Fn. 186), 1704 zu „affirmatives Meinungsklima“. Die Gefahr rhetorischer Turbulenzen und Eiszeiten ist eine Brutalisierung des öffentlichen Dialogs. Dazu *Brugger* (Fn. 198), 92ff.

<sup>216</sup> Rechtsvergleichend zum Parteiverbot *G. P. Boventer* Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat. Das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich, 1985; *G. Nolte/G. Fox* Intolerant Democracies, in: G. H. Fox/B. R. Roth (eds.) *Democratic Governance and International Law*, 2000, 389ff.; *M. Morlok* Parteiverbot als Verfassungsschutz. Ein unauflösbarer Widerspruch?, NJW 2001, 2931ff., mit der Schlussfolgerung: „Nach diesem Befund kennen ältere Demokratien keine eigenen Regelungen des Parteiverbots, sondern rekurren gegebenenfalls auf das allgemeine Vereinsverbot ... die bundesrepublikanische Rechtslage ... entspricht im Wesentlichen dem Standard post-diktatorischer Rechtsordnungen“ (2936).

<sup>217</sup> S. z.B. BVerfGE 7, 198, 210; 30, 173, 189; 93, 266, 289.

<sup>218</sup> Zu diesen autonomiebezogenen und demokratietheoretischen Grundlagen s. *Grimm* (Fn. 188), § 14 Rn. 28; *Morlok* (Fn. 216), 2933; *U. Volkman* BKGG, Stand 2001, C Art. 20 Rn. 13ff.

Trotzdem enthält der Art. 21 GG in Form des Parteiverbots eine Sonderrechtsschranke gegen spezifische Meinungen sowie daraus folgende Handlungen, die gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung gerichtet sind,<sup>219</sup> dem Pendant zum Schutzgut öffentlicher Friede bei § 130 Abs. 1, 2 StGB. Die Abschirmung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung (= fdGO) gegenüber Beschädigung durch radikale Parteien jeder Couleur soll allgemeine Freiheit und Sicherheit gewährleisten, allerdings unter Inkaufnahme der Einschränkung von Freiheit und Gleichheit mancher Bürger und Parteien.<sup>220</sup>

Die dieser Konzeption innewohnenden Spannungen sind vielfach erörtert worden,<sup>221</sup> von den Staatsrechtslehreertagungen 1958 und 1978<sup>222</sup> bis zur Diskussion um das Verbot der NPD in den letzten Jahren.<sup>223</sup> Klar ist, dass dem Grundgesetz im Allgemeinen wie dem Art. 21 Abs. 2 GG im Besonderen eine material geprägte Sicht von Freiheit und Demokratie entspricht.<sup>224</sup> Rein formale Sichtweisen von Freiheit, die den Willen zur Unfreiheit von sich selbst oder anderen in Form der Selbst- oder Fremdversklavung einschließt,<sup>225</sup> oder von Demokratie, die den Mehrheits-

<sup>219</sup> Solche Sonderrechtsverbote sind, wie schon oben Fn. 188 erwähnt, in einer liberalen Ordnung prinzipiell verdächtig. Sie bedürfen spezieller Begründung, sonst könnte in einer Formulierung von *Denninger* (Fn. 205), 17, das „Licht der für die freiheitliche Demokratie schlechthin konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit“ „in der streitbaren Atmosphäre nur noch spärlich unter dem Scheffel der allgemeinen Mißbrauchsabwehr“ flackern.

<sup>220</sup> Man kann eine solche Einschränkung entweder als äußere Begrenzung oder als innere, schon in der „Freiheit“ oder „Demokratie“ selbst angelegte Grenze ansehen, wie *H. Dreier* Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, JZ 1994, 741, 751, darlegt. Man könnte sie auch verstehen iSd Unterscheidung von Regeln erster Ordnung (die die Regeln des Spiels darlegen) und Regeln zweiter Ordnung (die dann den Wettbewerb im Rahmen des Spiels um den Gewinn – hier von Wählerstimmen – betreffen). Zu dieser Unterscheidung *G. Brennan/J. Buchanan*, Die Begründung von Regeln. Konstitutionelle Politische Ökonomie, 1993, Kap. 1 III.

<sup>221</sup> S. schon BVerfGE 2, 1, 11 f.; 5, 85, 134 ff.; *H. Steinberger* Konzeptionen und Grenzen freiheitlicher Demokratie, 1974, 196 ff., und jüngst etwa *K. Groh* Der NPD-Verbotsantrag. Eine Reanimation der streitbaren Demokratie?, ZRP 2000, 500, 503 f.; *Morlok* (Fn. 216), 2931 f., 2941 f.

<sup>222</sup> S. die Beiträge von *K. Hesse* und *G. E. Kafka* zu „Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat“, VVDStRL 17 (1959), 11 ff., 53 ff. sowie von *E. Denninger* und *H. H. Klein* zu „Verfassungstreue und Schutz der Verfassung“, VVDStRL 37 (1979), 7 ff., 53 ff.

<sup>223</sup> Dazu etwa der Sammelband von *Leggewie/Meier* (Fn. 212).

<sup>224</sup> S. jüngst *M. Thiel* (Hrsg.) Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2003.

<sup>225</sup> *S. G. Dietze* Reiner Liberalismus, 1985, 5, 13, 35, 47, 62, 79.

willen zu ihrer Abschaffung achtet,<sup>226</sup> sind ausgeschlossen. Doch wie verträgt sich diese materiale Sicht mit der für die Kommunikationsfreiheiten vertretenen These, dass der Staat die Wahrheit oder Falschheit von Meinungen nicht beurteilen kann? Handelt es sich hier um königliche Schutzbereichskleider, die sich beim Blick auf die Schranken als Jammerlappen erweisen? Nicht unbedingt, aber die Auflösung dieser Spannung ist kompliziert<sup>227</sup> und in der Staatsrechtslehre nicht konsentiert.

Vier Konzeptionen zum Parteiverbot lassen sich unterscheiden.

(1) Man könnte für ein Verbot von Parteien rein wegen der Unmoral und Ungerechtigkeit der Parteiziele eintreten, verglichen mit der materialen Grundordnung des Grundgesetzes.<sup>228</sup>

(2) Nach der „Wehret-den-Anfängen“-Ansicht bedarf es zumindest eines Restrisikos für die fdGO, sollte die Partei politischen Einfluss gewinnen und andere Bürger per Gesetz und Zwang im allgemeinen Freiheits- und Gleichheitsstatus verletzen.

(3) Etwas enger könnte man für das Erfordernis einer abstrakten Gefahr für die fdGO als Voraussetzung des Parteiverbots eintreten. Dann wären reale Anhaltspunkte für eine wahrscheinliche Beeinträchtigung der fdGO durch das Parteihandeln notwendig, ohne dass in jedem Einzelfall ein konkreter Schaden drohen muss.<sup>229</sup>

<sup>226</sup> Viele Staatsrechtslehrer der Weimarer Zeit hielten eine legale Abschaffung der Demokratie für möglich. S. mwN *Groh* (Fn. 221), 503 mit Fn. 47; *Volkmann* (Fn. 218), C Art. 21 Rn. 92 Fn. 604. S. etwa *H. Kelsen* *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 389: „Das Prinzip der majoritären Selbstbestimmung steht einer totalitären Demokratie nicht im Wege.“ Darstellung der Kelsenschen Haltung bei *H. Dreier* *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie* bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, 262ff., 266.

<sup>227</sup> Hierzu aus der älteren Literatur *Steinberger* (Fn. 221), 1. Teil 2. und 3. Abschnitt und 595ff., sowie unten Fn. 231.

<sup>228</sup> Diese Überlegung klingt bei *Volkmann* (Fn. 218), C Art. 21 Rn. 95 an, wenn er primär auf das Ausmaß des materialen Gegensatzes zwischen Parteiziel und fdGO abhebt und Fragen der Gefährdung dahinter zurücktreten lässt. Die Parallele bei der Volksverhetzung wäre die von *Lenckner* vertretene Ansicht, oben Fn. 197.

<sup>229</sup> Dieses Verständnis von abstrakter Gefahr knüpft an an *W.-R. Schenke* *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2. Aufl. 2003, Rn. 70, der diese unter Verweis auf BVerwG, DÖV 1970, 713, 715, und neuestens BVerwG, DVBl 2002, 1562, 1564 dann für gegeben hält, „wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, daß mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt und daher Anlaß besteht, diese Gefahr mit generell-abstrakten Mitteln, also einem Rechtssatz, insbesondere einer Polizeiverordnung, zu bekämpfen, was wiederum zur Folge hat, daß auf den Nachweis eines Schadens im Einzelfall verzichtet werden kann.“ Schon die „Möglichkeit“ eines Schadens lässt *Lisken/Denninger-Denninger*, *Handbuch des Polizeirechts*, 3. Aufl. 2001, E 32, ausreichen: Nach ihm „bezeichnet die ‚abstrakte Gefahr‘ nur die gedachte Möglichkeit einer konkreten Gefahr. Bei ihr handelt es sich um ‚eine nach allgemeiner Lebenserfahrung

(4) Eine konkrete Gefahr für die fdGO als Voraussetzung für ein Parteiverbot zu verlangen, widerspräche klar dem Wortlaut des Art. 21 Abs. 2 GG, der ein Beeinträchtigungsziel ausreichen lässt und keine drohende Beseitigung verlangt.<sup>230</sup>

Welche Sichtweise des Parteiverbots ist vorzugswürdig? Die meisten Stellungnahmen konzentrieren sich auf die Konzeptionen (2) und (3), also das Erfordernis eines Restrisikos oder einer abstrakten Gefahr für die fdGO.<sup>231</sup> Die Intensität der wissenschaftlichen Auseinandersetzung folgt nicht zuletzt daraus, dass die zwei Parteiverbotssurteile des Bundesverfassungsgerichts Argumente für beide Sichtweisen enthalten.<sup>232</sup>

---

oder den Erkenntnismitteln fachkundiger Stellen mögliche Sachlage, die im Falle ihres Eintritts eine Gefahr ... darstellt“. Dieser weite Begriff entspricht hier eher der Restrisikokonzeption.

<sup>230</sup> Das wird von *Groh* (Fn. 221), 505, übersehen. *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 717, spricht ebenfalls von der „konkreten Gefahr der ‚Beeinträchtigung‘“.

<sup>231</sup> Wenngleich der Wortlaut des Art. 21 Abs. 2 GG es nicht ausschließt, für das Verbot einer Partei schon deshalb einzutreten, weil deren Ziele schlicht unmoralisch und ungerrecht sind, wie dies Konzeption (1) voraussetzt, ist diese Sicht doch abzulehnen. Entweder widerspräche sie der für Art. 5 wie 21 GG vertretenen These, man könne richtige und falsche Meinungen nicht unterscheiden. Oder aber man verabschiedete sich von dieser dogmatischen Aussage. Dann bräuchte man allerdings eine „starke“ kognitivistische Theorie, die Wahrheits- und Gerechtigkeitsansprüche klar identifizieren kann; solche Theorien sind aber umstritten; s. etwa *A. Engländer* Diskurs als Rechtsquelle. Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002. Selbst wenn man die Erkenntnisansprüche negativ auf „evident ungerechte“ Ziele reduzierte, was politisch auch nicht-kognitivistische Theorien mittragen könnten, bestehen starke Bedenken. Diese rühren zum einen daher, dass ein solches Zielverbot ohne unterstützende Aktivitäten einen starken Einschlag von Gesinnungssanktion hätte; s. *Morlok* (Fn. 216), 2939. Zum anderen würde man die Partei mit ihren Mitgliedern ihres Freiheits-, Gleichheits- und politischen Mitwirkungsstatus berauben, ohne dass auf der Gegenseite Einbußen in den entsprechenden Rechten zur Debatte stehen. Das sollte für ein Parteiverbot nicht ausreichen und reicht nach hM auch nicht aus. S. etwa *Maurer* (Fn. 191), 229: „Wenn [die demokratische Ordnung] nicht bedroht ist, dann bedarf sie auch keines Schutzes“; ähnlich *Morlok* (Fn. 216), 2940; *Horst Meier* In der Nachfolge der NSDAP? Das SRP-Urteil und das Verfahren gegen die NPD, Blätter für deutsche und internationale Politik, 2003, 485, 494. Im SRP-Urteil allerdings ist die Rede davon, „der Sinn des verfassungsgerichtlichen Spruches“ sei es, „diese Ideen selbst aus dem Prozeß der politischen Willensbildung auszuschneiden“; BVerfGE 2, 1, 73.

<sup>232</sup> S. mit Anklängen an die Restrisikothese BVerfGE 5, 85, 143 f. BVerfGE 25, 88, 100 kann man so lesen, dass schon die Tatsache der Existenz einer Organisation das Restrisiko begründet. Im technischen Bereich führt ein Restrisiko in der Regel nicht zu einem Verbot; s. z. B. BVerfGE 49, 89, 140 ff. Zur Restrisikothese am besten passt die Aussage, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht zu prüfen ist bzw. durch Art. 21 Abs. 2 GG ersetzt werde – gerade ein frühes Verbot führe zu einer Freiheits- und Gleichheits-

Zwei Ansichten zur abstrakten Gefahr lassen sich unterscheiden – eine engere und eine weitergehende. Eine idealtypische restriktive Sicht des Parteiverbots<sup>233</sup> verlangt (1) eine größere Partei, die vielleicht schon (2) einmal oder – enger – (3) mehrfach in einem Parlament vertreten war oder (4) aktuell vertreten ist. Noch restriktiver, schon nahe an eine konkrete Gefahr für die fdGO heranreichend, wären (5) das Erfordernis einer Koalitionsfähigkeit der zu verbietenden Partei in einem Landes- oder im Bundesparlament sowie die Prüfung, ob (6) manche oder viele Parteimitglieder oder sonst ihr zurechenbare Personen individuell Strafrechtsgrenzen überschritten haben, also dasjenige praktizieren, was bei einem Erfolg der Partei als Eingriff in wichtige Individualrechtsgüter zu erwarten wäre. Schließlich müsste man (7) verlangen, dass die Ziele und Strukturen der zu verbietenden Partei denjenigen der nationalsozialistischen Herrschaft ähnlich<sup>234</sup> oder – enger – fast gleich sind<sup>235</sup>, wobei allerdings „linke“ Bedrohungen wie „rechte“ Bedrohungen der fdGO zu behandeln sind, man also eigentlich eine Wesensverwandtschaft zum Totalitarismus fordern muss.<sup>236</sup>

---

sowie Demokratieverkürzung für weniger Parteimitglieder als ein spätes; das BVerfG hat in seinen beiden Urteilen die Verhältnismäßigkeit nicht geprüft. Etwas enger, zur abstrakten Gefahr tendierend, sind die Aussagen des BVerfG, die eine aktiv-kämpferische Haltung und eine planmäßige Hetze verlangen, ohne dass das Stadium strafbarer Vorbereitungs- oder Versuchshandlungen erreicht sein muss: BVerfGE 5, 85, 141 f., 384 f. S. aber auch die Anklänge an Konzeption (1) in Fn. 231 am Ende.

<sup>233</sup> Dieser Sichtweise neigen zu Hesse (Fn. 230), Rn. 715, 717; G. F. Schuppert in: Mitarbeiterkomm. zum BVerfGG, 1992, Vor §§ 43 ff. Rn. 1, 12 ff.; § 46 Rn. 9 ff.; Morlok (Fn. 216), 2939 f.; R. Wassermann Aktivierung der wehrhaften Demokratie. Zum Antrag auf NPD-Verbot, NJW 2000, 3760, 3762; Meier (Fn. 231); R. Streinz in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG, 4. Aufl. 2000, Art. 21 Rn. 226, 228, 232 ff. (für eine „engere Auslegung“ eintretend, mit allerdings weitgehenden Erläuterungen).

<sup>234</sup> Eine Variante dieses Arguments ist die von Maurer (Fn. 191), 216 f., vertretene These, Handlungen jenseits des rein geistigen Meinungskampfes, die auf physischen und psychischen Terror, Irreführung, Diffamierung, Massensuggestion und Hetzpropaganda hinauslaufen, indizieren reale Gefahren für die fdGO, womit offenbar der Anschluss an BVerfGE 2, 1, 51 ff.; 5, 85, 384 f. hergestellt wird. Das überzeugt, abgesehen von „physischem Terror“, nicht ohne weiteres, wenn man Partei-Meinungen im Rahmen der Meinungsfreiheitsdogmatik sieht, die ja gerade überzogene Werturteile in politischen Angelegenheiten zulassen will: Fn. 186. Ob eine Äußerung als „Hetzpropaganda“ oder als legitimer, wenngleich überzogener Beitrag zur Politik angesehen wird, hängt oft vom Standpunkt des Hörers ab. Dazu schon oben Fn. 201, 215.

<sup>235</sup> Dieser Punkt geht zurück auf BVerfGE 2, 1, 69.

<sup>236</sup> Zu diesem Punkt s. BVerfGE 2, 1, 12: „Daher ist die Grundordnung eine wertgebundene Ordnung. Sie ist das Gegenteil des totalen Staates ...“; R. Dreier Verfassung und „streitbare Demokratie“, in: Leggewie/Meier (Fn. 212), 81, 84 f.



Weitergehende Ansichten einer abstrakten Gefahr für die fdGO verneinen oder relativieren diese Erfordernisse.<sup>237</sup> Sonach sind auch kleinere Parteien außerhalb der Parlamente einem Parteiverbot ausgesetzt; eine Verhältnismäßigkeitsprüfung entfällt. Für die Einschätzung des Gefahrengrades spielen Argumente eine Rolle, die implizit oder explizit auf die besondere Gefährdung gerade Deutscher durch – Frage: falls überhaupt, nur? – rechtsradikale Verführungen abheben<sup>238</sup>, sei es allgemein oder jedenfalls in Krisenlagen etwa ökonomischer Art oder bei Zunahme von „Ausländerfeindlichkeit“.<sup>239</sup> Dazu kann man zwei Haltungen vertreten: (a) Entweder man geht davon aus, dass diese Gefahr einer Gefahr durch die Machtübernahme des Nationalsozialismus in Deutschland ein für allemal bewiesen sei; Deutsche hätten eben einen autoritären Charakter und seien für Rechtsradikalismus anfällig sowie tendenziell unbeherrschbar, jedenfalls in schwierigen Zeiten.<sup>240</sup> Genau dies sei in der Textfassung des Art. 21 Abs. 2 GG zum Ausdruck gekommen; dessen historische Ausle-

<sup>237</sup> S. etwa *Stern* (Fn. 45), 207; *J. Ipsen* in: Sachs (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2003, Art. 21 Rn. 156 und 168 (sogar die Bedeutungslosigkeit der Gefahrenfrage andeutend, i.S.v. Konzeption [1]); *Volkmann* (Fn. 218), C Art. 21 Rn. 93, 97; *Chr. Gusy* in: AKGG, 3. Aufl. 2001, Art. 21 Rn. 115, 118; *R. Streinz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 233), Art. 21 Rn. 233.

<sup>238</sup> Daneben wird gelegentlich auf einen Punkt hingewiesen, der anders geartet ist: Sollten außenpolitische Belange für die Möglichkeit eines weitergehenden Parteiverbots sprechen, insbesondere bei ausländerkritischen oder antisemitischen Parteien? S. die Hinweise bei *Meier* (Fn. 231), 491, und in den Beiträgen in *Leggewie/Meier* (Fn. 212), 104, 143, 150. Schon im Lüth-Urteil kommt ein solcher außenpolitischer Aspekt zur Sprache: BVerfGE 7, 198, 216.

<sup>239</sup> Allgemein hierzu *Schuppert* (Fn. 233), Vor §§ 43 ff., Rn. 7: Es geht um „das unterschiedliche Maß des Vertrauens in die Selbstregulierungskräfte des Prozesses freier politischer Auseinandersetzungen“. Was „Ausländerfeindlichkeit“ angeht, ist allerdings Vorsicht geboten. Die Meinungsfreiheit und die Parteienfreiheit müssen es ermöglichen, zu Fragen von Inklusion und Exklusion deutlich Stellung zu beziehen, sonst gewinnt „political correctness“ gegen das doch als so bedeutend eingestufte Gut der Meinungsfreiheit. Hierzu *Volkmann* (Fn. 218), C Art. 21 Rn. 95; *Brugger* (Fn. 184, 198) und oben Abschnitt VI.

<sup>240</sup> S. z. B. *E. Stein/G. Frank* Staatsrecht, 17. Aufl., § 41 IV 3; *Groh* (Fn. 221), 501, 505 mit Verweis auf *K. Sontheimer* Deutschlands politische Kultur, 1990, 33 ff. – s. dort auch 32, 152; *Hörnle* (Fn. 191), § 15.6 c, cc; *Kaufmann* (Fn. 1), 346. Dort 192, 237 Fn. 74 zu einschlägigen Thesen von *Th. Adorno*. *Adornos* Untersuchungen zum „autoritären Charakter“ sind primär tiefenpsychologisch angelegt und wurden mit anderen in den USA durchgeführt. Es finden sich aber auch Aussagen zu Deutschland. S. *Th. Adorno* Studien zum autoritären Charakter, 1973, 13 f. Zur These, die Deutschen seien speziell für Antisemitismus anfällig, s. die umstrittenen Thesen von *D. J. Goldhagen* Hitlers willige Vollstrecker. Ganz gewöhnliche Deutsche und der Holocaust, 1996, insbes. Kap. 15, 439, 440, 446 ff., 451, 454 ff., 460, 464 f., 466 f., 484 (zum „dämonisierenden Rassenantisemitismus der Deutschen“).

gung sei damit auch diejenige der Gegenwart. Damit unterscheiden sich Bonn und Berlin insoweit nicht von Weimar; den Anfängen ist nach wie vor zu wehren. (b) Oder aber man unterscheidet damals von heute und gesteht der großen Mehrheit der Deutschen einen Lernprozess zu, der sich auch in schwierigen Zeiten bewähren werde.<sup>241</sup> Dann spricht bei kleineren, parlamentarisch nicht oder nur sporadisch erfolgreichen, im Übrigen aber von den etablierten Kräften gemiedenen Parteien viel dafür, diese nur als Restrisiko und nicht als reales abstraktes Risiko für die fdGO anzusehen. Dann dürfte eine solche Partei nur gemäß der Restrisikokonzeption verboten werden.<sup>242</sup> Diese lässt sich im Rahmen des Wortlauts des Art. 21 Abs. 2 GG zweifellos vertreten, der ein eher expansives Verständnis des Parteiverbots nahelegt, insbesondere wenn man ihn mit starker Betonung auf der damaligen und vielleicht auch heutigen Gefahr von Radikalismus in Deutschland liest. Interpretiert man Art. 21 Abs. 2 GG dagegen systematisch mit Blick auf die Parteien als primär gesellschaftliche Gebilde, die staatliche Herrschaft von unten nach oben legitimieren sollen, unter Einbezug aller Meinungen und Interessen, auch der uns abstoßenden, dann spricht im Hinblick auf die Bedeutung der kommunikativen Freiheiten und die gewachsenen demokratischen Strukturen in Deutschland mehr für die enge Sicht der notwendigen abstrakten Gefahr für die fdGO als Voraussetzung eines Parteiverbots.<sup>243</sup> Dann sollte man dem deutschen Volk die Lösung von politischen Klimakonflikten<sup>244</sup>

<sup>241</sup> S. etwa BVerfGE 20, 56, 103: „Die freiheitliche Demokratie nimmt prinzipiell die Risiken in Kauf, die darin liegen, daß die politische Willensbildung der Urteilskraft und der Aktivität der Bürger anvertraut ist“, allerdings im harmloseren Zusammenhang der Parteienfinanzierung; *Morlok* (Fn. 216), 2042: „Immerhin hat sich die Demokratie in der Bundesrepublik als gefestigt erwiesen und eine gesicherte Identität gefunden.“ Ähnlich *Meier* (Fn. 231), 490. *Morlok* spricht ebd. auf S. 2033 einen oft übersehenen Gesichtspunkt an: Durch politische Reaktionen gegen extreme Meinungen und Parteien werden gemeinsame Grundwerte vor dem Vergessen oder vor der Erstarrung und bloß gebetsmühlenartiger Wiederholung gerettet. Das ist ein klassisch-liberaler Gedanke, der schon von *J. St. Mill* in Kap. 2 von „On Liberty“ (1859) betont worden ist. Hierzu *Brugger* (Fn. 198), 77.

<sup>242</sup> Andeutungsweise in diese Richtung *H. Dreier* Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, JZ 1994, 741, 752, der zwar von der „über viele Jahre stabilen westdeutschen Demokratie“ spricht, dann aber in der dazugehörigen Fn. 161 relativiert: „Eine echte Bewährungsprobe steht dem Grundgesetz wohl erst noch bevor.“ Ein – nicht hinnehmbares? – Restrisiko bleibt also!

<sup>243</sup> Unterstützend könnte man anfügen, dass außerhalb des Parteiverbots, für nicht verbotene Parteien, ein streng formaler Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit gilt, s. etwa BVerfGE 88, 322, 337f.

<sup>244</sup> Wegen des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen Meinungs- und Parteienfreiheit verwundert es nicht, dass auch bei letzterer die bei der Volksverhetzung ganz pro-

zutrauen, die jenseits des Spektrums von hanseatischer Kühle bis zu bayerischer Hitze auch noch gelegentliche Eiszeiten und hochgradige Turbulenzen umfassen.<sup>245</sup>

---

minente Begiffllichkeit des Klimaschutzes (oben Fn. 195f.), auftaucht. S. *Morlok* (Fn. 216), 2042 mit einer engen Fassung von Klimaschutz: „Das Institut des Parteiverbots ist aber mit dem Risiko belastet, einen Druck in Richtung ‚politischer Korrektheit‘ auszuüben. Gegen die aus der Drohung und gar dem Einsatz des Parteiverbots erwachsende Gefahr für das politische Klima sind Maßnahmen des politischen Klimaschutzes geraten: durch forcierte Rechtsstaatlichkeit.“

<sup>245</sup> S. zur „Demokratie“ als „Ruhepunkt, zu dem der nach rechts und links ausschlagende politische Pendel immer wieder zurückkehren muß“ – besser: kann und sollte –, *H. Kelsen Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, 68.

*Leitsätze des 1. Berichterstatters über:*

## **Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse**

### *I. Vormoderne Sichtweisen von Freiheit und Sicherheit*

*1. Im Römischen Reich und im christlichen Europa bis zur frühen Neuzeit besteht eine weitgehende Kontinuität in der normativen Bestimmung herrschaftlicher Aufgaben: Es geht um Schaffung von Frieden und Recht, Schutz und Sicherung der Untertanen in Leib, Leben, Besitz, Familie und Ehre, im Ausgleich für Treue- und Dienstplichten. Die Schutzwürdigkeit dieser Güter steht auch heute außer Frage. Jedoch kann eine moderne Reflexion nur beschränkt an die geistigen Voraussetzungen dieser Tradition anknüpfen. Dafür gibt es fünf Gründe:*

*2. (1) Die normative Verankerung dieser Ziele erfolgt in antiken oder christlichen Ordoverständnissen vorgegebener und vernünftiger Natur- oder Gottesordnung. (2) Die Minimalziele politischer Organisation – Rechtsgüterschutz und Landfriede – sind tendenziell verknüpft mit Maximalzielen wie Tugend und Glückseligkeit im Gemeinwesen. (3) Die Wahrung von Frieden und Recht geschieht in ständisch gestuften Ordnungen mit asymmetrischen Freiheiten und Würden. (4) Die Bindungen des Herrschers an Tradition, Gott, Natur und Vernunft vermischen sich oft mit der Rechtsbindung. Letztere ist lange stärker personalrechtlich als territorial und staatsrechtlich geprägt. An der Stelle einer strikten Rechtsbindung steht oft ein Widerstandsrecht. (5) Es existiert noch kein ausgebildetes subjektives Recht des Volkes gegen den Herrscher auf effektiven Schutz wichtiger Individualgüter, das mit einem Recht auf Durchsetzung vor unabhängigen Gerichten gekoppelt wäre.*

### *II. Moderne Staatszwecklehren in der Gesellschaftsvertragstheorie*

*3. Die Theorien von Hobbes, Locke, Rousseau und Kant unterscheiden sich von den vormodernen Sichtweisen von Freiheit und Sicherheit kaum in der Bestimmung der schutzwürdigen Rechtsgüter. Wichtiger ist der normative Paradigmenwechsel in der Herrschaftsbegründung: Gemeinschaft ordnet nicht*

mehr Freiheit, sondern die gleiche Freiheit der Menschen führt zu einer Ordnungsaufgabe.

4. *Hobbes' Theorie geht über die Sicherung von Leben weit hinaus. Sie umfasst auch „das Recht auf Wasser, Luft, Körperbewegung, auf Verbindungswege von Ort zu Ort, sowie auf alle Dinge, ohne die ein Mensch nicht oder nicht angenehm leben kann“, sowie die Sicherheit, „sich durch eigenen Fleiß und von den Früchten der Erde ernähren und zufrieden leben zu können“. Seine Souveränitätstheorie passt für „Schwärme stechenden Elends, die Anarchie und Rebellion begleiten“, bedarf aber für Zustände geordneter Verhältnisse rechtsstaatlicher Mäßigung.*

5. *Locke und Kant leisten diese Fortentwicklung der Staatstheorie durch Hineinnahme der Rechte aus dem Naturzustand in den bürgerlichen Zustand, durch Verankerung der Gewaltenteilung sowie durch die Rechtsbindung des Herrschers an erlassene Gesetze. Demokratie tritt bei Rousseau in den Vordergrund, allerdings in identitärer Verkürzung. Kant nimmt den Zustimmungsgedanken auf und betont den repräsentativen Charakter aller Herrschaft. Zudem ist der Staatszwang auf äußere Handlungen beschränkt, greift also nicht wie bei Rousseau auf Innerlichkeit zu. Autonomie steht so vor Heteronomie, Freiheit vor Sicherheit, aber Persönlichkeitsentfaltung bedarf der Sicherung durch Recht, im Staat, durch demokratische Festlegung, gewaltenteilige Umsetzung und weitergedacht auch verfassungsgerichtliche Kontrolle.*

### III. Wandlungen von Polizei, Rechtsstaat und Sozialstaat

6. *Glückseligkeits-, Wohlfahrts- und Rechtszweck sind im Deutschland des 17. und 18. Jh. oft nicht geschieden. Mit der Zunahme liberalen Denkens werden die expansiven durch restriktivere Staatsziele ersetzt. Der Staat in Deutschland war jedoch nicht reiner Rechtssicherungsstaat, sondern subsidiär auch Wohlfahrtsstaat. Die soziale Frage im 19. Jh. erwies vollends die Notwendigkeit sozialstaatlichen Engagements.*

### IV. Anschlussfähigkeit des klassischen Theorierahmens für die Ordnungsprobleme des 20. und 21. Jahrhunderts

7. *Vier neue Ordnungsprobleme treten insbesondere hinzu: ökologische und informationelle Bedrohungen, nationalstaatliche Entgleisungen oder Schwächen sowie notwendige Neujustierungen des Verhältnisses von staatlicher und privater Aufgabenerfüllung. Der klassische Theorierahmen analysiert diese Probleme zwar nicht im Detail; trotzdem liegt weitgehend Anschlussfähigkeit vor.*

## V. Freiheit und Sicherheit im Grundgesetz

8. Im Grundgesetz bildet, historisch verständlich, Freiheit den herausragenden Verfassungswert. Die Textlücke in Bezug auf das Staatsziel Sicherheit wird durch die Verfassungsrechtsdogmatik geschlossen. Grundlegend ist ein Dreischritt von Argumenten, die vom Rechtsstaatsprinzip über grundrechtliche Schutzpflichten zum umstrittenen Grundrecht auf Sicherheit führen; aus dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip sowie aus grundrechtlichen Schrankenvorbehalten und Kompetenzvorschriften lassen sich ebenfalls Argumente für das Staatsziel Sicherheit gewinnen.

## VI. Das Beispiel Volksverhetzung

9. § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB bestraft Volksverhetzungen: „Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, 1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufruft ... wird ... bestraft.“ Abs. 2 enthält eine gleichgerichtete Vorschrift für Schriften und Rundfunk. Diese Sonderrechtsnorm begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken, soweit sie als „politisches Klimadelikt“ eingesetzt wird, denn die drohenden Schäden sind weit entfernt. Sie bilden nur die Gefahr einer Gefahr, vielleicht nur ein Restrisiko, während der Eingriff in die Meinungsfreiheit direkt und gezielt ist.

## VII. Das Beispiel Parteiverbot

10. Das Parteiverbot gehört ebenfalls zu den Kategorien „Sonderrechtsnorm“ und „politischer Klimaschutz“. Es ist Ausdruck einer material geprägten Sicht von Freiheit und Demokratie. Diese steht in Spannung zu der These, über die Richtigkeit oder Falschheit von Meinungen könne und dürfe der Staat nicht urteilen. Vier Positionen zum Parteiverbot sind zu unterscheiden: (1) Verbot wegen der Falschheit der Ideen, auch wenn keine Bedrohung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung vorliegt. (2) Erfordernis eines Restrisikos oder (3) einer abstrakten Gefahr oder gar (4) einer konkreten Gefahr für die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Im Mittelpunkt stehen die Positionen (2) und (3).

11. Sieht man „abstrakte Gefahr“ enger, ist an folgende Prüfkriterien für ein Parteiverbot zu denken: (1) Größere Partei; (2) einmalige oder (3) mehrmalige Parlamentspräsenz zumindest in der Vergangenheit oder (4) auch in der Gegenwart; (5) Koalitionsfähigkeit; (6) Strafrechtsdelikte ihrer Mitglieder; (7) Ähnlichkeit oder Wesensverwandtschaft mit der NS- oder einer sonstigen totalitären Ideologie. Versteht man den Begriff weiter, werden diese Kriterien relativiert. Lässt man sie ganz weg, führt dies zur Restrisikokonzeption.

Zweiter Beratungsgegenstand:

## Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse

2. Bericht von Prof. Dr. *Christoph Gusy*,<sup>1</sup> Bielefeld

### Inhalt

|  | Seite |
|--|-------|
| I. Theoretischer Bezugsrahmen . . . . .  | 153   |
| 1. Freiheit und Sicherheit als unterschiedliche Staatsaufgaben . . . . .       | 155   |
| a) Freiheit . . . . .  | 155   |
| b) Sicherheit . . . . .  | 156   |
| aa) Dynamisierung der Sicherheit . . . . .                                     | 157   |
| bb) Subjektivierung der Sicherheit . . . . .                                   | 159   |
| cc) Das Paradoxon der Sicherheit . . . . .                                     | 160   |
| dd) Ein theoretisches Zwischenergebnis . . . . .                               | 161   |
| 2. Einige theoretische Syntheseveruche . . . . .                               | 162   |
| a) Ideale Zuordnung: Die neuere Sozialvertragslehre . . . . .                  | 162   |
| b) Sozialethische Zuordnung: Ethisierung des Freiheitskonzepts . . . . .       | 163   |
| c) Sozialanthropologische Zuordnung: Keine Freiheit ohne Sicherheit? . . . . . | 164   |
| d) Zusammenfassung . . . . .   | 166   |
| II. Die Aufgaben des Rechts . . . . .  | 166   |
| 1. Ein „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ . . . . .            | 166   |
| 2. Freiheit und Sicherheit: Akteure . . . . .                                  | 168   |
| a) „Grundrecht auf Sicherheit“? . . . . .                                      | 168   |
| b) Gestufte Sicherheitsverantwortung . . . . .                                 | 170   |

---

<sup>1</sup> Für ausdauernde Diskussionsbereitschaft und unermüdliche Unterstützung danke ich den wiss. Mitarb. Frau Dr. *K. Groh*, Herrn *C. Schewe* und Herrn *M. Klein*. Freundliche Anregungen erhielt ich von Prof. Dres. *R. Harzer* und *W. Krohn*. Ihnen allen bin ich sehr verpflichtet.

|   |     |
|---|-----|
| 3. Freiheit und Sicherheit: Instrumente . . . . .   | 173 |
| a) Der liberale Rechtsstaat: Neue Herausforderungen . .   | 174 |
| aa) Staatsaufgabenlehre im Wandel . . . . .   | 175 |
| bb) Relativierung des Grundrechtsschutzes:<br>Die unbegrenzte Abwägung? . . . . .                   | 176 |
| cc) Identität von Geschütztem und Verantwortlichem?<br>Probleme des Schutzpflichtkonzepts . . . . . | 177 |
| dd) Grenzen des Übermaßverbots bei irrationalem<br>Angreifer . . . . .                              | 178 |
| ee) Wandel der Gewaltenbalance: Funktionseinbußen<br>der Justiz . . . . .                           | 178 |
| ff) Zusammenfassung . . . . .   | 179 |
| b) Der demokratische Rechtsstaat: Neue Aufgaben . . .   | 180 |
| aa) Die grundrechtliche Verteilung der<br>Argumentationslast . . . . .                              | 180 |
| bb) Das demokratische Legitimationsverfahren . . . .  | 182 |
| cc) Grundgesetzliche Differenzierungsgebote . . . . .   | 183 |
| dd) Legitimation durch Kontrolle . . . . .  | 184 |
| c) Ein Sonderfall: Bundeswehr und innere Sicherheit . .   | 186 |
| III. Schlussbemerkung . . . . .   | 188 |



Die tragischen Ereignisse des 11. September 2001<sup>2</sup> haben zwar möglicherweise nicht alles, wohl aber Sicherheitsdiskurse und Sicherheitsrecht erheblich verändert.<sup>3</sup> Statt der Alltagsfragen von „zero tolerance“ erscheinen die Ausnahmeereignisse des internationalen Terrorismus als neue Paradigmata der Diskussion. Damit stellt sich das ewige Thema der Zuordnung von Freiheit und Sicherheit ein weiteres Mal unter neuen Vorzeichen.

## I. Theoretischer Bezugsrahmen

Rechtsschutz und Rechtsgüterschutz sind essentielle Legitimationsgrundlagen und Aufgaben des Staates. So unbestritten dieser Befund von den ältesten bis zu den modernsten Staatstheorien ist,<sup>4</sup> so hat er doch nur ganz vereinzelt Aufnahme in Verfassungsdokumente gefunden.<sup>5</sup> Hinge-

---

<sup>2</sup> Aus der unüberschaubaren Literatur zum 11. September 2001 Aust/Schnibben (Hrsg.) 11. September – Geschichte eines Terrorangriffs, 2003; O. Schröm/D. Laabs Tödliche Fehler – Das Versagen von Politik und Geheimdiensten im Umfeld des 11. September, 2003; Sielke (Hrsg.) Der 11. September 2001: Fragen, Folgen, Hintergründe, 2002. Wichtig u.a. U. Beck Das Schweigen der Wörter, 2002; Hoffmann/Schoeller (Hrsg.) Wendepunkt 11. September 2001, 2001; juristisch K. Nehm NJW 2002, 2665; U. Kersten Polizei 2002, 7. Die inzwischen nicht mehr überschaubare Diskussion zum Thema des Terrorismus ist bibliographiert und strukturiert bei Münkler (Hrsg.) Kommentierte Bibliographie zum Internationalen Terrorismus, 2002. Danach wichtig noch etwa ders. Die neuen Kriege, 5. Aufl. 2003; W. Laqueur Krieg dem Westen – Terrorismus im 21. Jh., 2003; W. Schluchter Fundamentalismus, Terrorismus, Krieg, 2003; D. Lutz Zukunft des Terrorismus und des Friedens, 2002; E. Eppler Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt?, 2002; O.E. Czempiel Weltpolitik im Umbruch, Die Pax Americana, der Terrorismus und die Zukunft der internationalen Beziehungen, 2002; P. Sloterdijk Luftbeben: An den Quellen des Terrorismus, 2002; S. Scheerer Die Zukunft des Terrorismus, 2002; F. v. Aretin Der 11. September, die Politik und die Kulturen, 2002; T. Meyssan Der 11. September 2001, 2002.

<sup>3</sup> Aus jüngster Zeit etwa O. Schily Der Tagesspiegel vom 7. 9. 2003, 8; zu zahlreichen weiteren, hier auch aus Zeit- und Raumgründen nicht behandelten Fragestellungen C. Calliess DVBl 2003, 1196; G. Schild DSt 2003, 329.

<sup>4</sup> S. nur T. Hobbes Leviathan, 1651, Kap. 17; A. Benz Der moderne Staat, 2001, 98f.

<sup>5</sup> S. dazu Präambel Verffrankreich v. 27. 10. 1947 (Ziel der frz. Union, „ihre Zivilisation zu entwickeln, ihren Wohlstand zu mehren und ihre Sicherheit zu gewährleisten“); Art. 5 Abs. 1 VerffPolen v. 2. 4. 1997 („Die Republik schützt ... die Sicherheit der Staatsbürger“). Wichtig auch Präambel und öfter EUV i.d.F v. 2. 10. 1997 (gleichzeitige Gewährleistung von Freizügigkeit und Sicherheit durch Aufbau eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“); Art. 3 Abs. 2, 41 Abs. 1 EUVerfassungE. Historischer Rückblick auf frühere, durchaus heterogene Erwähnungen bei P.J. Tettinger FS Kirchhoff, 2002, 281, 282ff.

gen hat die Freiheit seit der Pazifizierung der „alten“ Bürgerkriege als weiteres Um-Willen von Staaten und Verfassungen ihren Platz nicht nur in zahlreichen Staatstheorien, sondern auch in den meisten Verfassungen erlangt.<sup>6</sup> Auf diese Weise nehmen beide Ziele einen je verschiedenen Status ein: „Sicherheit“ ist *Verfassungsvoraussetzung*,<sup>7</sup> *Freiheit ist Verfassungsinhalt*. Dies mag der Grund dafür sein, das Thema hier aus der Sicht „unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse“ zu erörtern.

Der Schutzzweck des Staates richtet sich nach innen und außen. Beide Dimensionen rücken im Zeichen herausziehender „Weltinnenpolitik“ näher aneinander heran.<sup>8</sup> Trennlinien verschieben sich und werden schwächer, doch bleiben auch unter den neuen Prämissen Unterschiede analytisch erkennbar und rechtlich bedeutsam. Hier muss aus zeitlichen und

---

Anders Art. 5 Abs. 1 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit) als Sicherheit vor staatlichen Eingriffen in die persönliche Freiheit; so zutreffend *E. Trautwein* Freiheitsentzug im Verwaltungsrecht, 2003, 61 ff.; *L. Jaeckel* Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2001, 113 ff.; im Sinne einer Schutzpflicht Diskussion bei *M. Klugmann* Europäische Menschenrechtskonvention und antiterroristische Maßnahmen, 2002, 82 f. Überblick bei *P. Szczekalla* Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, 771 ff. Nach dem Vorbild des Art. 5 EMRK s.a. Art. 7 Abs. 2 EU Grundrechtecharta („Recht auf Freiheit und Sicherheit“); s.a. § 7 Verffinnland v. 1. 3. 2000 („Leben, persönliche Freiheit, körperliche Unversehrtheit und persönliche Sicherheit“); Art. 27 I VerffPortugal v. 2. 4. 1976 („Recht auf Freiheit und Sicherheit“); ebenso Art. 17 Abs. 1 VerffSpanien v. 29. 12. 1978; Art. 19 VerffTürkei v. 13. 9. 1982; Art. 94 S. 1 VerffLettland idF v. 30. 4. 2002; Art. 23 Abs. 1 VerffRumänien v. 21. 11. 1991. S.a. Präambel VerffBulgarien v. 12. 7. 1991 („Rechte der Persönlichkeit, ihre Würde und Sicherheit“); Art. 34 VerffSlowenien v. 23. 12. 1991 („Recht auf persönliche Würde und Sicherheit“); Art. 55 Abs. 1 VerffUngarn idF v. 24. 8. 1990; Sec. 32 VerffMalta idF v. 13. 12. 1974 (Recht auf Leben, Freiheit, Sicherheit); Art. 20 Abs. 1 VerffEstland v. 28. 6. 1992; Art. 11 Nr. 1 VerffZypern v. 16. 8. 1960.

<sup>6</sup> Grundlegend *J. Locke* Two Treatises of Government, 1690, §§ 123 ff.; zur anders verlaufenden deutschen Entwicklung *D. Klippel* Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jh., 1976, 113 ff.

<sup>7</sup> Zu den Verfassungsvoraussetzungen umfassend *J. Krüger* FS Scheuner, 1973, 285, 286 ff., 292 f.; *J. Isensee* in: ders./Kirchhof (Hrsg.) HStR V, 1992, § 115 Rn. 163 ff.

<sup>8</sup> Überblick bei Weidenfeld (Hrsg.) Herausforderung Terrorismus. Die Zukunft der Sicherheit, 2003. Nach *Beck* (Fn. 2), 45, stärkt der Terroranschlag vom 11. 9. „den Staat, entwertet jedoch seine zentrale historische Form, den Nationalstaat.“ Zum Komplex von Globalisierung und Weltinnenpolitik *H. Hess* KJ 2002, 450; *H. Dix* ZRP 2003, 189. *K. Kaiser* in: ders./Schwarz (Hrsg.) Die neue Weltpolitik, 2000, 591, 592 ff.; *D.S. Lutz* in: *Bartosch/Wagner* (Hrsg.) „Weltinnenpolitik“, 1998, 132 ff.; *E. v. Bubnoff* NJW 2002, 2672 ff.; *M. Steiner* in: Bundesakademie für Sicherheitspolitik (Hrsg.) Sicherheitspolitik in neuen Dimensionen: Kompendium zum erweiterten Sicherheitsbegriff, 2001, 31 ff.; s.a. *O. Höffe* Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, Neuausgabe 2002, 352 ff.

thematischen Gründen die innerstaatliche Komponente im Vordergrund stehen.<sup>9</sup>

### 1. *Freiheit und Sicherheit als unterschiedliche Staatsaufgaben*

Seit den jüngeren Staatsvertragslehren steht im Zentrum staatlicher Schutzaufgaben nicht mehr allein die physische Existenz, sondern zudem die moralische Persönlichkeit der Menschen in rechtlich anerkannter und garantierter Freiheit. Doch sind Freiheits- und Schutzauftrag nicht gleichgerichtet, sie sind vielmehr unterschiedlich und vielfach gegenläufig. Sicherheit ist die Abwesenheit von Risiken; Freiheit hingegen verursacht und steigert Risiken. Und die „Staatsaufgabe Freiheit“ individualisiert Entscheidungszuständigkeiten; die „Staatsaufgabe Sicherheit“ kollektiviert Entscheidungszuständigkeiten.

#### a) *Freiheit*

Grundrechtsschutz der Freiheit bedeutet rechtliche Offenhaltung der Auswahl zwischen faktischen Alternativen und Individualisierung der Entscheidung über diese Auswahl.<sup>10</sup> Wer frei ist, hat grundsätzlich die Wahl zwischen risikovermeidenden und risikofreudigen Handlungsalternativen. Risiken sind prognostizier- und steuerbare negative Folgen von Entscheidungen.<sup>11</sup> Sie können aus *eigenen Entscheidungen* entstehen: Nur wer sich auf die Straße traut, kann dort zu Schaden kommen. Sie können aber auch aus Verhaltenweisen anderer Menschen resultieren: Wer sich auf die Straße getraut hat, kann dort durch *Entscheidungen anderer* ge-

<sup>9</sup> Zu völkerrechtlichen Aspekten etwa C. Tomuschat EuGRZ 2001, 585; J. Delbrück GYL 2001, 9; U. Häußler ZRP 2001, 537; M. Krajewski KJ 2001, 363; ders. AVR 2002, 183; T. Bruha AVR 2002, 383; ders. in: Koch (Hrsg.) Terrorismus – Rechtsfragen der inneren und äußeren Sicherheit, 2002, 51; S. Oeter in: Koch, ebd., 29; ders. AVR 2002, 422; M. Kotzur AVR 2003, 454; D. Blumenwitz ZRP 2002, 102; M. Ruffert ZRP 2002, 247; C. Stahn ZaöRV 2002, 183; C. Tietje NZWehrr 2002, 1; D. Kugelmann Jura 2003, 376 (Nachw.). Überblick bei G. Kümmel/S. Collner Asymmetrische Konflikte und Terrorismusbekämpfung, 2003.

<sup>10</sup> Zu den Freiheitsbegriffen als Grundlagen grundrechtlichen Freiheitsschutzes näher H. Hofmann JZ 1992, 165 ff.; B. Schlink EuGRZ 1984, 457; G. Lübbe-Wolff Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 13 ff., 20 ff., 75 ff.; M. Morlok Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, 380 ff.; A. v. Arnould Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, 15 ff., 38 ff., 110 ff.; E.-W. Böckenförde NJW 1974, 1529 ff.; R. Poscher Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 110 ff. Zur sozialen Funktion dieses Konzepts, seiner Entstehung und seinen Grenzen D. Grimm Die Zukunft der Verfassung, 1991, 67 ff., 82 ff., 86 ff.; H. Dreier Dimensionen der Grundrechte, 1993, 27 ff.; T. Vesting in: Grabenwarter u.a. (Hrsg.) Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, 9 ff.

<sup>11</sup> Beck (Fn. 2), 16.

schädigt werden. Die Freiheit des einen ist immer auch das Risiko des anderen. Wo Freiheit die Grundlage von Wettbewerb, technischem Fortschritt oder gesellschaftlicher Innovation ist,<sup>12</sup> steigen Handlungsalternativen und Störungsanfälligkeit exponentiell an. Hier kann und soll nicht die Diskussion um die technische Sicherheit nachgezeichnet werden. Doch bewirken die neuen Medien,<sup>13</sup> Verfahren und Anlagen,<sup>14</sup> auf welchen moderne Gesellschaften basieren, eine Explosion von Einwirkungsmöglichkeiten und Risiken durch Gebrauch und Missbrauch der neuen Möglichkeiten. *Freiheit ist also grundsätzlich geeignet, Komplexität und Kontingenz der Umwelt zu steigern, die daraus entstehenden Risiken zu erhöhen und umgekehrt die Sicherheit zu mindern.*

#### b) Sicherheit

Sicherheit – verstanden als innere Sicherheit – ist ein modernes Konzept. Bis in die sechziger Jahre hinein wurde der Begriff fast ausschließlich in speziellen militärischen, technischen und sozialen Kontexten verwendet.<sup>15</sup> Und bis in die jüngste Vergangenheit befassten sich Politik- und Sozialwissenschaft weniger mit der Sicherheit als vielmehr mit ihrem Gegenteil, dem Risiko.<sup>16</sup> Die Redeweise von „der Sicherheit“ indiziert so

<sup>12</sup> Klassisch *J. St. Mill* On Liberty, 1859, Kap. 2, 3; aus neuerer Zeit etwa *F.A. v. Hayek* Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl. 1991, 30ff.

<sup>13</sup> Eher dramatisierend *P. Dieterle/U. Schrötel/U. Bux* Kriminalistik 2003, 330 („information warfare“). Guter Überblick bei Roßnagel (Hrsg.) Sicherheit für Freiheit?, 2003; s.a. *R. Hutter* in: Frank (Hrsg.) Sicherheitspolitik in neuen Dimensionen, 2001, 483; *KES/KPMG*, Zeitschrift für Kommunikation und EDV-Sicherheit 2002, H. 4, 16ff.

<sup>14</sup> Zur Sicherung von Atomkraftwerken *U. Battis* in: Ossenbühl (Hrsg.) Deutscher Atomrechtstag 2002, 2003, 27ff.; *T. v. Danwitz* Rechtsfragen terroristischer Angriffe auf Kernkraftwerke, 2002; *H.-J. Koch/M. John* DVBl 2002, 1578; *F. Ossenbühl* NVwZ 2002, 290; *H. Sandler* NVwZ 2002, 681.

<sup>15</sup> Grundlegend nach wie vor *F.-X. Kaufmann* Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl. 1973, 10ff., 49ff., 53ff. Zur Begriffsgeschichte *W. Conze* in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.) Geschichtliche Grundbegriffe 5, 1984, 831ff.

<sup>16</sup> Wirkungsmächtig nach wie vor *U. Beck* Die Risikogesellschaft, 1986, insbes. 265ff., 300ff.; wichtig auch *C. Perrow* Normale Katastrophen, 2. Aufl. 1992, insbes. 57ff.; *A. Bora* in: ders. (Hrsg.) Risikomanagement: Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft, 1999, 9ff.; historisch *P. Bernstein* Wider die Götter, 1997. Bibliographie bei *G. Banse* Interdisziplinäre Risikoforschung, 1998. Danach etwa *M.A.H. Dempster* (Hrsg.) Risk Management: Value at risk and beyond, 2002; *C. Ohl* Staatliche Umweltregime und transnationales Risikomanagement, 2003. Für die Politikwissenschaft stellt die wichtige Untersuchung von *H.-J. Lange* Innere Sicherheit im politischen System der Bundesrepublik Deutschland, 1999, (Nachw.), keine Ausnahme von dem im Text genannten Grundsatz dar. Sie befasst sich nicht mit Sicherheits- und Risikoforschung, sondern enthält eine Politikfeldanalyse. Vgl. aber auch *H.A. Hesse* Der Schutzstaat, 1994,

eher den Wandel als die Kontinuität des staatlichen Schutzauftrages. Dieser Wandel vollzog sich in mehreren Richtungen.

aa) *Dynamisierung der Sicherheit*

Die *Dynamisierung* des Sicherheitsdenkens setzt die Abkehr von einem primär repressiven Verständnis des staatlichen Schutzauftrages voraus.<sup>17</sup> Dieser basierte auf einem *statischen Schutzgutkonzept*: Es ging um die Sicherung bestehender Rechtsgüter gegen rechtswidrige Beeinträchtigung durch Dritte. Deren Schutz sollte primär durch repressive Mittel erreicht werden. Im Idealfall war Sicherheit gewährleistet, wenn alle Straftäter bestraft waren. Jenes traditionelle Konzept wird in der neueren Diskussion durch ein *dynamisches Schutzgutkonzept* ergänzt. Es geht nicht mehr nur um den reaktiven Schutz bestehender Rechtsgüter, sondern zudem um Garantie und Kontinuität zukünftiger Rechte und Ansprüche, etwa aus der Daseinsvorsorge.<sup>18</sup> Diese Aufgabe bezieht den Schutz von Allokationsfähigkeit und Zuteilungsgerechtigkeit des Gemeinwesens einschließlich der dafür erforderlichen informationellen und technischen Infrastruktur<sup>19</sup> sowie letztlich die Handlungsfähigkeit der zuständigen Entscheidungs- und Verantwortungsträger ein.<sup>20</sup> Gewandelt hat sich aber

115 ff.; *H.-J. Lange* in: ders. (Hrsg.) *Die Polizei der Gesellschaft. Zur Soziologie der inneren Sicherheit*, 2003, 427 ff.

<sup>17</sup> Dazu näher *Hobbes* (Fn. 4), Kap. 14, 21, der den Schutzzweck des Staates außerhalb des (Bürger-)Krieges aus Selbsthilfe- und Notwehrrecht begründen will. Noch deutlicher in diese Richtung *Locke* (Fn. 6), §§ 128, 130. Zum Folgenden grundlegend *D. Grimm* *KritVj* 1986, 38, 40 ff. Zum steigenden Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft *G. Callies* *Prozedurales Recht*, 1999, 56 ff.

<sup>18</sup> Überblick bei *P.J. Tettinger* *RdE* 2002, 225, 226 ff.

<sup>19</sup> S. dazu allgemein *T. Kingreen* *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003, 116 ff., 187 ff., 192 ff., 204 ff.; Überblick bei *M. Knauff* *VR* 2003, 269 ff.; *G. Hermes* *Staatliche Infrastrukturverantwortung: Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa*, 1998, 123 ff., 323 ff.; *P. Lerche* *FS Friauf*, 1996, 251 ff.; zur informationellen Infrastruktur: *F. Schoch* *VVDStRL* 57 (1998), 158, 199, 204; *H.-H. Trute* in: ebd., 216, 249 ff.; *R. Scholz/R. Pitschas* *Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung*, 1984; zur Telekommunikation *M. Freund* *Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation: staatliche Gewährleistungsverantwortung, Universaldienst, Wege-rechte*, 2002, 53 ff.; *ders.* *NVwZ* 2003, 408 ff.; *C. Theobald* *NJW* 2003, 324 ff.; *K.M. Eifert* *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, 1998, 19 ff., 31 ff., 175 ff.; zur Energiewirtschaft *J.-P. Schneider* *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Machtorganisation*, 1999, 123 ff.

<sup>20</sup> Zur „Funktionsfähigkeit“ öffentlicher Einrichtungen als Schutzgut des Polizei- und Ordnungsrechts s. *E. Denninger* in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.) *Handbuch des Polizeirechts*, 3. Aufl. 2001, E Rn. 10; *B. Pieroth/B. Schlink/M. Kniesel* *Polizei- und Ordnungs-*

auch die Schutzrichtung: Es geht nicht mehr allein um aktuelle Schädigungen und reaktive Repression, sondern um die Verhütung zukünftiger Risiken<sup>21</sup> durch proaktive Prävention.<sup>22</sup> Dadurch potenziert sich das schwierige Problem der Risikosuche einschließlich der Abschätzung seiner Eintrittsbedingungen und -folgen. Das gilt um so mehr, als mit dem Übergang vom Gefahren- zum Risikodenken<sup>23</sup> die tradierten Kriterien der deterministischen Linearität und Kausalität durch solche der statistischen Wahrscheinlichkeit, komplexer Wirkungszusammenhänge und worst-case-Szenarien ergänzt werden.<sup>24</sup> Risiken sind nirgends ausgeschlossen, können stets neu oder verändert auftreten und sich tendenziell unendlich potenzieren. Ein Beispiel ist die aktuelle Diskussion über den grenzüberschreitenden Terrorismus.<sup>25</sup> Ex ante weiß man allzu oft nur, dass etwas passieren kann und wer potenzielle Urheber sein könnten. Unbekannt sind die realen Akteure, ihre durch die Verletzlichkeit der infrastrukturellen Voraussetzungen moderner Gesellschaften dramatisch vervielfältigten Angriffsziele und die durch technische Vernetzung und Öffnung von Grenzen hoch potenzierten Angriffsmöglichkeiten. Auch ex post bleiben erhebliche Teile der Erkenntnisse über Verantwortliche, Kausalitäten und zukünftige Bedrohungen letztlich schwer verifizierbare

---

recht, 2002, Rn. 36; *W.-R. Schenke* Polizei- und Ordnungsrecht, 2002, Rn. 53; *B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens* Gefahrenabwehr: allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl. 1986, § 15, 233; *C. Gusy* Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 83.

<sup>21</sup> Zum Übergang vom Gefahrenabwehr- zum Vorsorgeprinzip grundsätzlich *G. Lübbe-Wolff* in: *Bizer/Koch* (Hrsg.) Sicherheit, Vielfalt, Solidarität, 1998, 47 ff.; *U. di Fabio* FS Ritter, 1997, 807; *R. Wahl/I. Appel* in: *Wahl* (Hrsg.) Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zu den Verwaltungsinstrumenten, 1995, 1, 13 ff.; für das Polizei- und Nachrichtendienstrecht *J. Aulehner* Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge, 1998, 47 ff., 545 ff.; *H.-H. Trute* GS Jean d'Heur, 1999, 403, 404 ff.; *Grimm* (Fn. 17), 38, 40; *K. Waechter* Polizei- und Ordnungsrecht, 2000, Rn. 92 ff.; *R. Pitschas* in: *ders.* (Hrsg.) Kriminalprävention und „Neues Polizeirecht“: Zum Strukturwandel des Verwaltungsrechts in der Risikogesellschaft, 2002, 241, 242 ff.; *M. Albers* Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 1999, 97 ff., 116 ff., 250 ff., 347 ff.; *M. Zöller* Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, 77 ff. (alle mwN).

<sup>22</sup> So die Formulierung von *E. Denninger* KJ 2002, 467, 472; ähnlich auch *O. Schily* RuP 35 (1999), 1, 2. Ausführliche Beschreibung dieses Prozesses bei *M. Möstl* Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 147 ff.

<sup>23</sup> Zu den damit verbundenen Wandlungen des Polizeirechts eindrucksvoll *K. Waechter* JZ 2002, 854.

<sup>24</sup> S. dazu näher *U.K. Preuß* in: *Grimm* (Hrsg.) Staatsaufgaben, 1994, 526 ff., 531 ff. (Nachw.).

<sup>25</sup> Dazu o. Fn. 2.

Hypothesen.<sup>26</sup> Gewiss, solche Probleme sind nicht der Alltag der meisten Sicherheitsbehörden,<sup>27</sup> wohl aber derjenigen der neueren Risiko- und Sicherheitsdiskurse.

*bb) Subjektivierung der Sicherheit*

Die Subjektivierung des Sicherheitsdenkens erstreckt dessen Reichweite auf den Schutz des *Sicherheitsgefühls*. Darin liegt mehr als eine immanente Fortentwicklung des alten Schutzguts. Es ist ein Unterschied, ob etwas sicher ist oder ob ich (mir) sicher bin.<sup>28</sup> Sicherheit ist die Abwesenheit von Risiken in einer großen Zahl von Fällen, Sicherheitsgefühl das individuelle Empfinden ihrer Abwesenheit im Einzelfall. Gegenwärtig darf als empirisch gesichert gelten: Beide Phänomene entwickeln sich unabhängig voneinander.<sup>29</sup> So war etwa der 11. September sehr wohl geeignet, das Sicherheitsgefühl zu beeinträchtigen; die objektive Sicherheit war von ihm höchstens peripher betroffen.<sup>30</sup> Schwieriger und zweifelhafter ist die

<sup>26</sup> Frühe Bestandesaufnahme in Bundeskriminalamt (Hrsg.) *Islamischer Terrorismus*, 2002. Aus jüngerer Zeit einerseits *H. Frank/K. Hirschmann* *Die weltweite Gefahr: Terrorismus als internationale Herausforderung*, 2002; andererseits *M. Broeckers* *Fakten, Fälschungen und die unterdrückten Beweise* des 11. 9., 2003.

<sup>27</sup> Im Alltag sind die Erkenntnismöglichkeiten häufig besser. Je stabiler individuelles Verhalten und dessen soziale Bedingungen, desto prognostizierbarer mag die Zukunft sein. Umgekehrt gilt aber auch: Je flexibler das Verhalten der Einzelnen und je offener die sozialen Kontakte, desto schwieriger wird die Prognose. Zum Wandel der Handlungsformen von Sicherheitsbehörden näher *N. Dose/K. König* in: *Lenk/Prätorius* (Hrsg.) *Eingriffsstaat und öffentliche Sicherheit: Anträge zur Rückbesinnung auf die hoheitliche Verwaltung*, 1998, 94 ff. (politikwissenschaftlich); s.a. *R. Pitschas* (Fn. 21).

<sup>28</sup> Richtig schon *Kaufmann* (Fn. 15), 72 ff.

<sup>29</sup> Hierzu etwa *K. Boers* *Kriminalitätsfurcht: Über den Entstehungszusammenhang und die Folgen eines sozialen Problems*, 1991, 57 ff. u. pass.; *ders.* *Neue Kriminalpolitik* 2001, H.2, 10, 13; *T. Feltes* *Kriminalistik* 1997, 538; *K.-H. Reuband* *Neue Kriminalpolitik* 1999, 16, 18; *ders.* *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1992, 341; *ders.* *ZfS* 1989, 470, 472 f.; *M. K. Schweer/B. Thies* *Kriminalistik* 2000, 336, 338; *F. Kreuter* *Kriminalitätsfurcht: Messung und methodische Probleme*, 2002, 25; *Leithäuser u.a.* (Hrsg.) *Gewalt und Sicherheit im öffentlichen Raum*, 2002; *J. Wehrheim* *Die überwachte Stadt: Sicherheit, Segregation und Ausgrenzung*, 2002, 17 ff.; *H.-J. Kerner* *Kriminalitätseinschätzung und innere Sicherheit*, 1980, 137 ff.; *B. Frevel* in: *Lange* (Fn. 16), 321 ff. Schon früher grundlegend *M. Murck* *Soziologie der öffentlichen Sicherheit: eine staatliche Aufgabe aus der Sicht der Bürger*, 1980, 42 ff.; *W.G. Skogan/M.G. Maxfield* *Coping with Crime: individual and neighbourhood reactions*, 1981, 257. Zu Einzelfragen etwa *R. Hefendehl* *KJ* 2000, 174 ff.; *T. Feltes* *Kriminalistik* 2003, 277; *J. Burghelm/A. Sterbling* *Kriminalistik* 2003, 437; *T. Kasperzak* *Stadtstruktur, Kriminalitätsbelastung und Verbrechenfurcht*, 2000, 125 ff.

<sup>30</sup> Das gilt für Einzelereignisse praktisch stets; zum Zusammenhang von 11. 9. und Sicherheitsgefühl grundlegend *W. Sofsky* in: *Hoffmann/Schoeller* (Fn. 2), 27, 33 f.; *ders.* *Zeiten des Schreckens*, 2002, 95 f.; s.a. *D. S. Lutz* in: *Koch* (Fn. 9), 9; empirisch *A. Sterb-*

Begründung jener Ausweitung. Einerseits ist es prinzipiell eine grundrechtlich geschützte, dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zuzuordnende Angelegenheit der Menschen, ob sie sich fürchten oder nicht.<sup>31</sup> Andererseits können solche Gefühle gerade dem demokratischen Staat nicht völlig gleichgültig sein. Wenn er den Bürgern das Recht zubilligt, frei und aus eigenen Motiven Wahlentscheidungen zu treffen, dann ist die Rationalität bzw. Irrationalität dieser Motive ohne rechtlichen Belang. Hängt jedoch die Akzeptanz der gewählten Volksvertreter ebenso wie diejenige der demokratischen Staatsform auch von Gefühlen ab, so wäre es politisch fatal, solche Befindlichkeiten zu missachten oder auch nur gering zu schätzen. Das Sicherheitsgefühl thematisiert vielmehr eine ungeschriebene Existenzvoraussetzung zumindest des demokratischen Staates.<sup>32</sup>

cc) *Das Paradoxon der Sicherheit*

Dynamisierung und Subjektivierung der Schutzgüter bewirken schon theoretisch *Unerreichbarkeit der Sicherheit*. Sicherheit ist relativ. Ziel kann nicht die völlige Vermeidung von Risiken, sondern nur Optimierung ihres Managements sein.<sup>33</sup> Am Ende der Skala steht das *Paradoxon der Sicherheit*: Der Staat, der alle Risiken ausschließen soll, muss alles wissen, alles können und alles dürfen.<sup>34</sup> Das wäre nicht nur das Ende jeglicher Freiheit. Ein solcher Staat würde vielmehr selbstwidersprüchlich.<sup>35</sup> Er würde zu einer Quelle dessen, was er eigentlich ausschließen wollte: der Unsicherheit.

---

ling/J. Burgheim Polizei 2003, 181; C. Weller Die massenmediale Konstruktion der Terroranschläge am 11. September 2001, 2002.

<sup>31</sup> Hier liegt das Grundproblem der viel diskutierten „Freiheit von Furcht“. S. dazu R. Herzog Grundrechtsbeschränkung nach dem GG und EMRK, Diss. 1958, 17ff.; E. Denninger VVDStRL 37 (1979), 7, 26ff.; A. Arndt NJW 1961, 897, 898 und öfter.; G. Frankenberg KJ 1977, 353, 356; H. Hofmann Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, 308f.; A. Roßnagel Grundrechte und Kernkraftwerke, 1979, 44f.; G. Robbers Sicherheit als Menschenrecht, 1987, 223ff.; U. di Fabio Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, 41f.; O. Lagodny Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 2, 4, 22ff., 197f.: Die Diskussion rankt sich nicht zuletzt um einige Aussagen des BVerfG; namentlich BVerfGE 49, 89, 143; H. Simon/H. Heußner in: BVerfGE 53, 30, 69ff.; BVerfGE 65, 1, 3f.; 78, 290, 304; 83, 216, 230ff.

<sup>32</sup> Doch bleibt es dabei: Subjektive Sicherheit ist im Verhältnis zur objektiven Sicherheit kein Minus, sondern ein Aliud. Zur juristischen Relevanz dieses Befundes s. II 3 c) aa).

<sup>33</sup> Eindringlich H.P. Bull in: ders. Sicherheit durch Gesetze?, 1987, 15ff.; H. Hohmann DSt 1988, 588, 598.

<sup>34</sup> Grimm (Fn. 17), 46ff.

<sup>35</sup> Dazu grundlegend Grimm (Fn. 17), 38ff.; E. Denninger KJ 1988, 1, 10ff.; ders. (Fn. 22), 470ff.



dd) *Ein theoretisches Zwischenergebnis*

Insgesamt bleibt festzuhalten: Der neue „erweiterte Sicherheitsbegriff“<sup>36</sup> ist nur terminologisch eine Fortführung des alten; in Wirklichkeit geht es um Neues und Anderes. Ist „Sicherheit“ ein modernes Konzept, so ist auch die Diskussion um ihr Verhältnis zur Freiheit notwendig eine moderne Diskussion.<sup>37</sup> Dieser Befund mahnt zur Zurückhaltung bei dem Versuch, die neuen Fragen mit alten Aussagen der Klassiker zu beantworten. Das zeigt ein kleines Beispiel. Die geschilderte Dynamisierung des Schutzguts verlagert die *politische Argumentationslast im Sicherheitsdiskurs*; genauer: die Umkehrung eines tradierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses im Begründungszusammenhang. Fragte das repressive Konzept<sup>38</sup> allein danach, ob eine Person Straftaten begangen hat oder nicht, so konnte bejahendenfalls – aber auch nur dann<sup>39</sup> – ihre Bestrafung die Sicherheit erhöhen. Die Begründungslast liegt hier regelmäßig auf der Seite der Strafenden. Anders verhält es sich im dynamischen Konzept. Dem Staatsziel<sup>40</sup> „Risikominimierung“ ist Freiheit wegen ihrer generellen Tendenz zur Risikoerhöhung regelmäßig abträglich. Soll dennoch beides – Freiheit und Sicherheit – verwirklicht werden, muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob eine konkrete Variante der Freiheitsausübung ausnahmsweise risikoneutral sein kann oder nicht. Die Begründungslast trägt dann regelmäßig, wer sich auf die Freiheit beruft.<sup>41</sup> Neue Fragen provozieren neue Antworten.

<sup>36</sup> Grundlegend hierzu *E.H. Ahlf* Polizei 2002, 93; s.a. Bundesakademie für Sicherheitspolitik (Hrsg.) (Fn. 8); *K.-L. Kunz* Bürgerfreiheit und Sicherheit: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik, 2000, 53, 57 ff.; *G. Fricke* FS Forndran, 2003, 35 ff.; *M. Schultze* in: ebd., 71 ff.; *D.S. Lutz* in: ders./Peach/Scheerer (Hrsg.) Zukunft des Terrorismus und des Friedens. Menschenrechte – Gewalt – Offene Gesellschaft, 2002, 27 ff.; *G. Erbel* DVBl 2001, 1714 ff.; *E. Forndran* Demokratie und demokratischer Staat in der Krise, 2002, 155; *W. Hoffmann-Riem* ZRP 2002, 497, 499 f.; *R. Pitschas* DÖV 2002, 221, 223.

<sup>37</sup> *W. Hassemer* Vorgänge 3/2002, 10.

<sup>38</sup> S.o. I 1 b) aa).

<sup>39</sup> So explizit *Hobbes* (Fn. 4), 26. Kap.: „Denn das unveränderliche und göttliche Naturgesetz verbietet, einen Unschuldigen zu strafen.“

<sup>40</sup> *J. Isensee* in: ders./Kirchhof (Hrsg.) HStR I, 2. Aufl. 1995, § 13 Rn. 74 ff.; *C. Callies* ZRP 2002, 1 ff.; *K.-P. Sommermann* Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, 105 f., 113 ff., 199 ff.; *J. Limbach* AnwBl 2002, 454, 455.

<sup>41</sup> *Denninger* (Fn. 22), 472, unter Berufung auf *H. Prantl* Verdächtig, 2002, 9; ähnl. auch *P.-A. Albrecht* Die vergessene Freiheit, 2003, 76 f., 136 ff.; *M. Kniesel* ZRP 1996, 482, 487; *F. Roggan* Auf legalem Weg in einen Polizeistaat: Entwicklungen des Rechts der inneren Sicherheit, 2000, 22 f., 216, 223 f.; ders. Handbuch zum Recht der inneren Sicherheit, 2003, 279; *M. Dolderer* NVwZ 2001, 130; *U. Volkmann* NVwZ 2000, 361, 367; *N. Paech* in: Kutschera/Paech (Hrsg.) Im Staat der „inneren Sicherheit“: Polizei, Verfassungsschutz, Geheimdienste, Datenkontrolle im Betrieb, 1981, 28, 43 f.; *H. Lisker* ZRP 1994, 264, 266 ff.

## 2. Einige theoretische Syntheseversuche

Unser Thema fragt nicht nach Freiheit oder Sicherheit, sondern Freiheit in Sicherheit<sup>42</sup> und nach Sicherheit in Freiheit. Beide stehen in einem notwendigen Ergänzungsverhältnis. *Sicherheit stabilisiert und garantiert die Verkehrsregeln der Freiheitsausübung.*<sup>43</sup> Doch gilt für diese Verkehrsregeln, was für alle Verkehrsregeln gilt: Es ist nicht ihre bloße Existenz, welche den Verkehr zum Laufen oder zum Erliegen bringt. Dafür kommt es vielmehr auf den Inhalt jener Regeln an.

Hierzu lässt sich nicht einfach ein Vorrang der Freiheit aus der ökonomischen Annahme herleiten, dass für den Grundrechtsträger Freiheit kostenlos, Sicherheit hingegen nur mit erheblichem Aufwand an Steuern oder sonstigen Mitteln zu erreichen sei. Denn Freiheitsausübung verlangt vom Einzelnen nicht selten erhebliche Arbeit und Kosten. Dagegen ist Sicherheit ein öffentliches Gut,<sup>44</sup> welches vom Staat zur Verfügung gestellt wird. Sie kostet im Einzelfall meistens nichts – oder noch eher: Der Bürger hat schon bezahlt, nämlich durch Steuern und Abgaben. Aus dieser Mikroperspektive ist Sicherheit die günstigere Alternative: Warum soll der Einzelne seine Wohnung durch teure technische Anlagen oder Wachdienste sichern lassen, wenn er den Schutz kostenlos von der Polizei verlangen kann?

### a) Ideale Zuordnung: Die neuere Sozialvertragslehre

Die *neuere Sozialvertragslehre*<sup>45</sup> nimmt ihren Ausgangspunkt beim Übergang von der „vor-gesellschaftlichen“ individuellen zur sozialvertraglich begründeten gesellschaftlichen Freiheit. Der Gesellschaftsvertrag

<sup>42</sup> Dazu *Tettinger* (Fn. 5), 281.

<sup>43</sup> Formulierung nach *D. Suhr* Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, 129 ff.

<sup>44</sup> Zur Theorie der öffentlichen Güter im Recht *C. Gramm* Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2000, 190 ff.; zur öffentlichen Sicherheit als öffentliches Gut ebd., 395 ff.; zu Fragen der Nutzung und der Tragung der Kosten dieses öffentlichen Gutes *Jachmann/Stober* (Hrsg.) Finanzierung der inneren Sicherheit unter Berücksichtigung des Sicherheitsgewerbes, 2003; *C. Gusy* Staatswissenschaften und Staatspraxis (StWSStP) 1994, 187, 197 ff.; *ders.* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 175, 189 ff.; *ders.* Privatisierung von Polizeikosten?, 1996, 12 ff.

<sup>45</sup> Zum Folgenden grundlegend *J. Rawls* Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, 140 ff. Zu den Vertragsgrundlagen der Fairness ebd., 19 ff.; zur Gerechtigkeit ebd., 74 ff.; *ders.* Gerechtigkeit als Fairness: ein Neuentwurf, 2003, 38 ff., 73 ff., 132 ff. Das zitierte Prinzip des „gleichen Rechts ...“ findet sich als 1. Grundsatz der Gerechtigkeit in: *ders.* Theorie, 81. Begründungen dazu ebd., 274 ff., 332 ff. Doch ist der ganz überwiegende Teil des Bandes der Begründung des 2. Gerechtigkeitssatzes (ebd., 81) gewidmet.

dürfe Freiheit nur um der Freiheit willen einschränken. Unter den Bedingungen von Gerechtigkeit und Fairness entstehe so „das Recht auf das umfangreichste System gleicher Grundfreiheiten, das mit dem gleichen System für alle anderen verträglich ist“. Doch fragt jene Lehre nicht nach den sozialtheoretischen Prämissen ihrer Konsequenzen. Hier kann es durchaus Situationen geben, welche den hypothetischen Vertragsparteien nahe legen, nicht die Freiheit, sondern die Sicherheit zu optimieren und in deren Interesse auf wesentliche Teile ihrer Freiheit zu verzichten. Die Staatstheorie ist voll von Beispielen.<sup>46</sup> Der notwendige Vorrang der Freiheit mag so unter idealen Vertragsbedingungen begründet sein. Unter realen Bedingungen ist er hingegen begründungsbedürftig.

b) *Sozialethische Zuordnung: Ethisierung des Freiheitskonzepts*

Die *Kommunitarismustheorien* qualifizieren Gemeinwohl und Sicherheit als notwendige Folgen von Freiheitsbetätigung. Ihr Ausgangspunkt ist die Kritik am Sozialmodell des tradierten Liberalismus, dem homo oeconomicus.<sup>47</sup> Reale Menschen handelten nicht ausschließlich egoistisch. Vielmehr folge aus ihrer „gesellschaftlichen Natur“ ihre Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsbindung und damit eine natürliche Berücksichtigung der Belange anderer bei der Ausübung individueller Freiheit. Das Gemeinwohl sei so schon Element und Folge „richtiger“ gesellschaftlicher Freiheitsbetätigung. Anders – und konventioneller – ausgedrückt: Der Freiheit sei die Verantwortung immanent.<sup>48</sup> Die Zuord-

<sup>46</sup> In der Wirklichkeit ist der Schleier des Nichtwissens (Rawls ebd., 159ff.) oftmals durchsichtig und lückenhaft. Zur Rawls-Diskussion L. Meyer J. Rawls und die Kommunitaristen, 1996; F. Wilkes John Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, und Ronald Dworkin, These der Rechte, 1997; C. Kauffmann Strauss und Rawls: Das philosophische Dilemma der Politik, 2000, 215 ff. u. pass. Zur Verfassungsgebung als Reaktion auf aktuelle bzw. vergangene Krisen s. W. Strauß DÖV 1948, 272; R. Bäuml in Staat, Recht und Geschichte, 1961, 17 u. pass.; R. Mußgnug FS Thieme, 1993, 141, 143; K. Hesse Die normative Kraft der Verfassung, 1959, 13.

<sup>47</sup> Grundlegend M. Waltzer in: Honneth (Hrsg.) Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften, 1993, 157 ff., 170; C. Taylor in: ebd., 103 ff.; ders. Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus, 1988, 118, 125; M. Sandel Liberalism and the Limits of Justice, 1982, 64f., 168 ff., 172 ff.; W. Reese-Schäfer Grenzgötter der Moral, 1997, 294f., 303 ff.; A. MacIntyre Der Verlust der Tugend, 1995, 197 ff., 221 ff. Zur Rolle des Staates im kommunitaristischen Modell insbes. A. Etzioni Die Verantwortungsgesellschaft: Individualismus und Moral in der heutigen Demokratie, 1999, 32, 35, 132 f., 165 ff. Zur Rezeption des Kommunitarismus in der deutschen Rechtswissenschaft W. Brugger Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2003, 1; ders. AöR 1998, 337; s.a. U. Haltern KritVj 2000, 153.

<sup>48</sup> Eingehend hierzu K. Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/2, 1994, 1022 ff. (Nachw.), 1023 f.

nung wird somit in den Freiheitsbegriff hinein verlagert. Auch hier bleibt die Frage nach den sozialen Vorbedingungen offen. Schon die vielerorts anzutreffende Figur des „Trittbrettfahrers“ zeigt: Nicht jeder, der an den Vorteilen der Gemeinschaft teilhat, ist natürlicherweise bereit, auch in die Gemeinschaft zu investieren. Dazu machen die treffenden Beschreibungen vom „*Markt der Tugend*“<sup>49</sup> deutlich: Hier wie überall stellen sich funktionsfähige Märkte nicht von selbst ein, sondern müssen von außen hergestellt und erhalten werden. Erst wo und wenn diese Funktionsbedingungen garantiert sind, kann sich ein ausgewogenes Verhältnis von Freiheit und Sicherheit herstellen. Anders – und erneut konventioneller – ausgedrückt: *Freiheit ist mehr und anderes als bloße Folge von Freiheit*. Unter welchen Voraussetzungen welche Verantwortung von wem eingefordert werden kann, ist keine Frage des Inhalts, sondern der Schranken der Freiheit.<sup>50</sup> Wie gering die individuelle Freiheit, wie stark hingegen der Grad der Fremdbestimmung sein kann, zeigen die Regularien der meisten „gated communities“ in den USA, welche den Staat weitgehend außen vor lassen wollen, diesen Zustand kollektiver Autonomie<sup>51</sup> aber – wenn überhaupt – lediglich um den Preis eines hohen Grades an Regulierung und Konformismus für die Mitglieder erreichen.<sup>52</sup>

c) *Sozialanthropologische Zuordnung: Keine Freiheit ohne Sicherheit?*

Am Anfang der sozialanthropologischen Zuordnung steht zumeist die These, es könne *keine Freiheit ohne Sicherheit* geben.<sup>53</sup> Pragmatisch wird darauf hingewiesen, dass freie Entscheidungen nur möglich seien, wenn ihre Folgen einigermaßen kalkulierbar blieben. Wer bei jedem Vertragsschluss Lieferbedingungen und Erfüllungsmodalitäten, Gewährleistung und Schiedsgerichte neu vereinbaren müsse, werde bald von Vertrags-

<sup>49</sup> Dazu grundlegend *M. Baumann* *Der Markt der Tugend*, 1996, 283 ff., 345 ff., 471 ff. Wichtige Grundlagen dazu schon bei *M. Olson* *Die Logik kollektiven Handelns*, 3. Aufl. 1992, 2 f., 9, 12 ff., 20 ff. Wieder anders *B. Grzeszick* *JZ* 2003, 647, 650 ff., der explizit vom Sozialmodell des homo oeconomicus ausgehen will.

<sup>50</sup> Zutr. *G. Britz* *DSt* 2003, 35, 54 f.; *C. Gusy* *JZ* 1982, 657, 661; ähnlich wohl auch *H. Hofmann* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) *HStR* V, 1992, § 114 Rn. 42 ff.

<sup>51</sup> Zutreffend spricht *O. Lepsius* in: *Gewirtz/Cogan* (Hrsg.) *Global Constitutionalism: Privacy, Proportionality, Terrorism and Civil Liberties*, 2002, III7-III24, V95-V103, von der „Entindividualisierung der Freiheit“ durch das neue Sicherheitsdenken. Ferner *C. Möllers* *NVwZ* 2000, 382, 387.

<sup>52</sup> S. dazu näher *Wehrheim* (Fn. 29), 168 ff.; ferner *U. Volkman* *NVwZ* 2000, 361 ff.

<sup>53</sup> *W. v. Humboldt* *Ideen zu dem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, 1792/1851, 51 ff. Diese Formulierungen sind weitaus differenzierter und zurückhaltender als der Slogan einzelner Verfassungsschutzbehörden: „Freiheit – aber sicher!“.

schlüssen absehen. Freiheit setze stabile Rahmenbedingungen, soziale Regeln und Rechtsnormen voraus. So wichtig diese Einsicht ist, so wenig sagt sie doch über den notwendigen Grad von Sicherheit und den möglichen Grad von Freiheit.<sup>54</sup> Freiheit ist mehr und anderes als eine Folge von Sicherheit.<sup>55</sup>

Anspruchsvollere Begründungen des Satzes „Keine Freiheit ohne Sicherheit“ liefern einzelne Varianten der *Systemtheorie*. Sie gehen von der Eigenschaft des Menschen als „Mängelwesen“ nicht bloß im idealen Naturzustand, sondern auch im gesellschaftlichen Zustand aus.<sup>56</sup> Komplexität und Kontingenz der Umwelt führten zu einer Überforderung des Einzelnen und dem Bedürfnis nach Selektion und Orientierung, u.a. durch soziale Institutionen, Regeln und Recht. Im Zentrum steht die Frage, inwieweit die Menschen die Systeme oder die Systeme die Menschen prägen. Diejenigen Vertreter der Systemtheorie, welche ein hohes Maß an Eigenständigkeit sozialer Systeme postulieren und das individuelle Verhalten tendenziell auf Systemfunktionen reduzieren,<sup>57</sup> ersetzen die anthropologisch begründete individuelle Unfähigkeit zur Freiheit durch eine institutionell begründete soziale Unfähigkeit zur Freiheit. Das zur Ermöglichung von Entscheidungsalternativen begründete Bedürfnis nach Regeln erweist sich so als paradox, wenn diese Regeln die Alternativen zugleich reduzieren – im Extremfall auf Null. So konsumiert das Bedürfnis nach Sicherheit das Desiderat der Freiheit. Doch ist dieser Schluss auch aus systemtheoretischer Sicht nicht zwingend. Gewiss: „Es ist beruhigend zu wissen, wovor man sich zu fürchten hat“.<sup>58</sup> Doch ist unübersehbar: Außerhalb ganz kleiner, immobiler Gemeinschaften gibt es konkurrierende Systeme zur Befriedigung ähnlicher sozialer Bedürfnisse. Welchem von ihnen sich der Einzelne anschließt, ist zumindest nicht stets durch jene Systeme vorgegeben. Zudem stehen Systeme mit thematischer und personeller Überschneidung, inhaltlicher Porosität und institutioneller Kooperation nicht isoliert nebeneinander, sondern beeinflussen

<sup>54</sup> Aussagekräftiger ist hier die Feststellung Humboldts, wonach Sicherheit „Gewissheit der gesetzmäßigen Freiheit“ sei; s. ebd., 97f.; zustimmend *Tettinger* (Fn. 5), 281, 296. Vor der Folie einer „Staatsaufgabe Sicherheit“ würde dies bedeuten: Freiheit ist, was die Gesetze an Freiräumen lassen. Damit würde sich die Freiheit nach dem Maßstab des Gesetzes, nicht hingegen – wie von Art. 1 Abs. 3 GG juristisch zwingend vorgegeben – das Gesetz am Maßstab der Freiheit bemessen. S. dazu u. II 3 c aa).

<sup>55</sup> Kritisch zu der Formel „Freiheit durch Sicherheit“ *Denninger* (Fn. 22), 467.

<sup>56</sup> Zum Folgenden *N. Luhmann* in: Gumbrecht/Pfeiffer (Hrsg.) *Materialität der Kommunikation*, 1988, 884ff.; *ders.* in: Simon (Hrsg.) *Lebende Systeme*, 1988, 10ff.; *ders.* *Soziale Systeme*, 1987, 67f., 346.

<sup>57</sup> In diese Richtung *N. Luhmann* *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, 24ff.

<sup>58</sup> *Kaufmann* (Fn. 15), 17.

und verändern sich wechselseitig.<sup>59</sup> Hier entstehen Räume individueller und kollektiver Freiheit. Deren Verhältnis zu den vorausgesetzten Institutionen und Regeln ist aber erneut klärungsbedürftig.

d) *Zusammenfassung*

Die wenigen Stichworte mögen zeigen: Die angesprochenen Sozial- und Staatstheorien können zwar wichtige Einsichten und Argumente aufzeigen. Doch bleibt das oft als „Quadratur des Zirkels“ bzw. „gordischer Knoten“ beschriebene Problem der Zuordnung von Freiheit und Sicherheit nach wie vor aktuell.

## II. Die Aufgaben des Rechts

### 1. Ein „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“

Die Zuordnung von Freiheit und Sicherheit ist demnach primär eine Aufgabe des Rechts. Vorbildlich ist sie im EU-Vertrag als „Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Präambel; Art. 2, 29 EUV) beschrieben.<sup>60</sup> Alle drei Ziele sind aufeinander bezogen und prägen einander sowohl inhaltlich als auch instrumentell. Es ist das Mittel des Rechts, welches Freiheit und Sicherheit konkretisieren und schützen muss.<sup>61</sup> Diese anspruchsvolle Synthese gerät allerdings aus der Balance, wenn die Kommission beginnt, jenen einheitlichen Raum in drei unterschiedliche, nebeneinander stehende Räume aufzuteilen und so die einzelnen Ziele voneinander zu isolieren.<sup>62</sup> Eine solche Dogmatik würde die Idee des Vertrages nicht konkretisieren, sondern beschädigen.

---

<sup>59</sup> Zu diesem Gedanken der „Penetration“ bzw. „Interpenetration“ sozialer Systeme Luhmann *Soziale Systeme* (Fn. 56), 286ff. Dieser Gedanke ist m.E. für das Verständnis demokratischer Potentiale der Systemtheorie noch ausbaufähig. Zur Luhmann-Kritik im dargestellten Kontext wichtig auch (soziologisch) H. Willke *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, 1975, 243ff.; (juristisch) F. Hufen *VVDStRL* 47 (1989), 142, 147, 155; Aulehner (Fn. 21) 270ff.; O. Lepsius *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999, 42ff. u. pass.

<sup>60</sup> Eingehend hierzu H.J. Blanke in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl. 2002, Art. 2 Rn. 11; M. Böse in: Schwarze (Hrsg.) *EU-Kommentar*, Art. 29 EUV, Rn. 3ff.

<sup>61</sup> S. etwa V. Röben in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) *Das Recht der Europäischen Union*, Stand: April 2003, Vorbem. Art. 29 EUV, Rn. 28. Konkretisierend z.B. H.P. Bull in: Bizer/Koch (Fn. 21), 13, 21.

<sup>62</sup> Solche Ansätze finden sich etwa in dem Aktionsplan der Kommission, *ABI der EG C 19* vom 23. Januar 1999, 3ff.

Das Grundgesetz differenziert die Aufgabe der Zuordnung von Freiheit und Sicherheit weiter aus. Dies ist wichtig wegen seines umfassenden Geltungsanspruchs für staatliches Handeln.<sup>63</sup> Sobald und soweit Verfassungsrecht gilt, darf es keine Staatsaufgabe geben, welche im Widerspruch zu ihm ausgeübt wird. Dies ist keine Identität von Staat und Verfassung.<sup>64</sup> Verfassungsraison ist vielleicht nicht die ganze Staatsraison, doch die Verfassung bindet die ganze Staatsraison.<sup>65</sup> Und die Verfassung prägt damit zugleich die *Zuordnung von Freiheit und Sicherheit durch das Recht*.

Jene Zuordnung ist vom Grundgesetz jedenfalls nicht abschließend vorgenommen. Doch lässt sich feststellen: Angesichts der hier nur ange deuteten Eigenschaften von Risiken<sup>66</sup> besteht eine Staatsaufgabe zur „umfassenden Risikosteuerung“<sup>67</sup> nicht – oder aber sie läuft leer. Dem Grundgesetz lassen sich nur einzelne normative Vorgaben eines differenzierten staatlichen Risikomanagements entnehmen. Es begründet einige spezielle Staatsaufgaben auf dem Gebiet der Sicherheit und lässt andere zu. Deren Sammelbezeichnung als „Staatsaufgabe Sicherheit“ kann allein klassifikatorisch verstanden werden: Ihr Ganzes ist also die Summe seiner Teile – und nicht mehr.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Zum umfassenden Geltungsanspruch des GG näher *H. Schulze-Fielitz* Die Verwaltung 1999, 241, 248 ff.; *G.F. Schuppert* StWStP (Fn. 44) 1991, 122, 126 ff.; *K. Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 9; *D. Grimm* Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866, 2. Aufl. 1990, 12 f.

<sup>64</sup> Grundlegend zum Verhältnis von Staat und Verfassung unter dem Grundgesetz s. einerseits etwa *J. Isensee* in: ders./Kirchhof (Hrsg.) HStR I, 2. Aufl. 1995, § 13 Rn. 4 ff., 26 ff.; *K. Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, 10 f.; andererseits etwa *Hesse* (Fn. 63), Rn. 16 ff.; *ders.* in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, Rn. 5.

<sup>65</sup> In Anlehnung an eine Formulierung von *Arndt* (Fn. 31), 897, 899: „Ein ‚Verfassungsstaat‘ hat keine andere Raison als seine Verfassung.“

<sup>66</sup> S.o. I 1.

<sup>67</sup> Eine solche Aufgabe postuliert etwa *Aulehner* (Fn. 21), 171 ff. Ähnlich jedenfalls der Formulierung nach der Titel der Referate von *J. Ipsen* VVDStRL 48 (1990), 177; *D. Murswiek* ebd., 207; *B. Schlink* ebd., 235. Die Referate selbst differenzieren jenen Titel dann inhaltlich weiter aus.

<sup>68</sup> Umfassend jetzt dazu *Möstl* (Fn. 22), 119 ff., der neben dem Verfassungs- auch das Gesetzesrecht einbezieht. Für eine Differenzierung und gegen die Gleichsetzung der „inneren Sicherheit“ mit der „öffentlichen Sicherheit“ zutr. *H.P. Bull* Staatsaufgabe Sicherheit, 1994, 14.

## 2. Freiheit und Sicherheit: Akteure

### a) „Grundrecht auf Sicherheit“?

Das viel diskutierte „Grundrecht auf Sicherheit“<sup>69</sup> soll dem Staatsziel des Rechtsgüterschutzes einen Platz im Grundgesetz zuweisen. Die ungeschriebene Garantie wird partiell aus einer Gesamtschau der grundrechtlichen Schutzpflichten,<sup>70</sup> partiell darüber hinaus aus dem Vertrauensschutz und einer Subjektivierung objektiver Verfassungsprinzipien hergeleitet.<sup>71</sup> Seine postulierten Rechtsfolgen sind überaus vielschichtig. Da ist zunächst die auch grundrechtlich radizierte Konstitutionalisierung der „Staatsaufgabe Sicherheit“ als gesetzlich unaufgebbare Kompetenz der öffentlichen Hand.<sup>72</sup> Aus der Einheit jener Staatsaufgabe wird der Schluss auf die Notwendigkeit ihrer einheitlichen Erfüllung gezogen. So begründe das Grundrecht nicht nur Staatsaufgaben, sondern auch Behördenaufgaben.<sup>73</sup> Der Verfassungsrang des neuen Rechts könne das Recht und ggf. die Pflicht der Staatsorgane begründen, entgegenstehende Grundrechte einzuschränken.<sup>74</sup> Der subjektiv-rechtliche Gehalt der neuen Garantie binde zudem im Einzelfall das Behördenermessen und könne einen Anspruch auf polizeilichen Schutz begründen.<sup>75</sup>

Jene Anliegen mögen auf den ersten Blick geradezu als optimale Synthese von Freiheit und Sicherheit erscheinen. Sie scheint die Dichotomie aufzulösen, wonach Freiheit in den Grundrechten und bei den Einzelnen, Sicherheit bei den Staatsaufgaben und der öffentlichen Hand zu verorten sei. Doch darin erschöpft sich ihre Leistungsfähigkeit. Die neuen Anliegen sind nämlich wenig geeignet, Inhalt eines neuen Grundrechts zu wer-

<sup>69</sup> Grundlegend hierzu *J. Isensee* Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; *ders.* VVDStRL 37 (1979), 130; *Robbers* (Fn. 31); *H. Bethge* DVBl 1989, 841, 848; *U. Karpen* JZ 1989, 899; *T. Giegerich* Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992, 27, 34. *R. Pitschas* UTR 1996, 212; *Möstl* (Fn. 22), 84 ff.; ähnliche Begründungsansätze auch bei *E. Klein* NJW 1989, 1633 ff.; *J. Isensee* in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.) HStR V, 1992, § 111 Rn. 77 ff.; *H.H. Klein* DVBl 1994, 489; *P. Unruh* Die Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1997, 37 ff.

<sup>70</sup> So etwa *Isensee* Grundrecht auf Sicherheit (Fn. 69), 33 f.; *Sommermann* (Fn. 40), 204; ähnlich *Möstl* (Fn. 22), 84 ff.

<sup>71</sup> So etwa *Robbers* (Fn. 31), 190 ff., 193 ff. Überblick über unterschiedliche Begründungen bei *R. Poscher* Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 180 ff., 192 ff.

<sup>72</sup> S. hierzu etwa *Möstl* (Fn. 22), 37 ff., 42 ff., 84 ff., welcher in die Begründung und Konkretisierung der „Staatsaufgabe Sicherheit“ auch das „Grundrecht auf Sicherheit“ einbezieht.

<sup>73</sup> Dazu etwa *Möstl* (Fn. 22), 400 ff.

<sup>74</sup> Dazu paradigmatisch etwa *Scholz/Pitschas* (Fn. 19), 110 ff.

<sup>75</sup> Näher dazu *Isensee* Grundrecht auf Sicherheit (Fn. 69), 53 ff.; *Robbers* (Fn. 31), 228 ff., 246 ff.



den.<sup>76</sup> Sicherheit ist relativ und nicht einfach da oder nicht da.<sup>77</sup> Schon theoretisch können daher die grundrechtlichen Sicherheitsansprüche nie „erfüllt“ werden. Aus diesem Grund kann ein Grundrecht auf Sicherheit nichts anderes begründen als den subjektiv-rechtlich formulierten Appell an die Grundrechtsadressaten, Rechtsgüterschutz bei der Erfüllung der eigenen Aufgaben zu berücksichtigen.<sup>78</sup> Damit stellt sich ganz grundsätzlich die Frage nach den Rechtsfolgen des neuen Rechts. Eine allgemeine Nichtstörungspflicht kann es nicht bewirken, da Private keine Grundrechtsadressaten sind.<sup>79</sup> Für Träger öffentlicher Gewalt entstehen eigenständige Verpflichtungen nur, wenn das Sicherheitsgrundrecht inhaltlich über die ohnehin geltenden grundrechtlichen Schutzpflichten hinausgehen soll.<sup>80</sup> Aber selbst dann geraten die neuen Verpflichtungen rasch an ihre Grenzen. Was für vergleichsweise einfach strukturierte Grundrechte wie das Recht auf Leben<sup>81</sup> noch begründbar sein mag, wird für die meisten Freiheitsrechte paradox.<sup>82</sup> Es ist widersinnig, einerseits für die Bürger immer neue Modalitäten der Freiheitsausübung und damit der Begründung von Risiken zu postulieren und andererseits die Verpflichtung zur Bewältigung dieser Risiken ausschließlich dem Staat anzulasten. Dadurch würde die Grundrechtsausübung unter den Möglichkeitsvorbehalt des staatlichen Risikomanagements gestellt.<sup>83</sup>

Die in der Lehre vom Grundrecht auf Sicherheit vorausgesetzte Privatisierung der Freiheit bei gleichzeitiger Verstaatlichung des Risiko-

<sup>76</sup> Ablehnend etwa *E. Denninger* Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, 13, 48f.; *H. Garstka* DVBl 1998, 981, 990; *W. Berka* Die Grundrechte, 1999, 63; *G. Ress* VVDStRL 48 (1990), 56, 92; *J. Dietlein* Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, 149ff.; *G. Haverkate* Verfassungslehre, 1992, 216f.; *E. Schmidt-Jortz* in: Theobald (Hrsg.) Von der Europäischen Union zur „Europäischen Sicherheitsunion“, 1997, 130.

<sup>77</sup> S.o. I 1 b) aa). Zur Relativität der Staatsaufgabe Sicherheit *C. Gusy* DÖV 1996, 573, 578 ff.

<sup>78</sup> S.a. *Isensee* Grundrecht auf Sicherheit (Fn. 69), 44: „Das gesetzesmediatisierte Grundrecht auf Sicherheit“.

<sup>79</sup> Dies betont *E. Denninger* KJ 1988, 1, 13. Eine unmittelbare Drittwirkung des „Grundrechts auf Sicherheit“ wird von *Isensee* Grundrecht auf Sicherheit (Fn. 69), 35f., verneint; aufgeschlossener dagegen *Robbers* (Fn. 31), 201 ff.

<sup>80</sup> Dies verneint etwa *Szczekalla* (Fn. 5), 247f., der zwischen den rhetorischen und den rechtlichen Wirkungen („kein dogmatisches Bedürfnis“) einer solchen sprachlichen Neuschöpfung unterscheidet.

<sup>81</sup> Dazu umfassend *G. Hermes* Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, 187 ff.

<sup>82</sup> Die aus unterschiedlichen Grundrechten herzuleitenden Schutzpflichten können nach Inhalt und Wirkungen durchaus differenziert sein; s. dazu *Szczekalla* (Fn. 5), 332 ff.; *Dietlein* (Fn. 76), 86f.

<sup>83</sup> Richtig schon *H. Steiger* Mensch und Umwelt, 1975, 51 ff.

managements folgt auch nicht mittelbar aus anderen Staats- und Verfassungstheorien. Insbesondere begründen sie kein staatliches Monopol. Neo-etatistische Ansätze wollen ein solches aus dem *Gewaltmonopol*<sup>84</sup> herleiten.<sup>85</sup> Doch vermag diese ursprünglich soziologische Idee jene Herleitung nicht zu tragen. Sie nahm einen allein deskriptiven Status ein und sollte die Herausbildung organisierter Staatlichkeit im Verhältnis zu anderen Herrschaftsverbänden beschreiben. Aus jener Perspektive sei „legitime Gewaltsamkeit“ Mittel, nicht hingegen Zweck des Staates. Aus ihr folgte also *keine Staatsaufgabe*<sup>86</sup> – und erst recht kein Monopolanspruch im Verhältnis zu den Bürgern. Etwas anderes folgt auch nicht aus ihrer juristischen Wendung, etwa mittels des *Rechtsstaatsprinzips*.<sup>87</sup> Ihm werden u. a. die Rechtsbindung des Staates sowie seine Verpflichtung zur Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung entnommen.<sup>88</sup> Doch folgt daraus nicht notwendig ein Monopol. Weder ist der Staat aus dem Rechtsstaatsprinzip verpflichtet, jedes von ihm geschaffene oder anerkannte Rechtsgut stets selbst und mit eigenen Mitteln zu schützen, noch darf allein er zu diesem Zweck Gewalt anwenden. Den rechtsstaatlichen Anforderungen ist vielmehr Genüge getan, wenn der Staat berechtigt ist, über Legitimität bzw. Illegitimität von Gewalt zu entscheiden, wenn er in diesem Rahmen den Umfang legitimer Gewalt bestimmen und illegitime Gewalt mit eigenen Mitteln – notfalls mit Gewalt – verhindern kann.<sup>89</sup> Es bleibt demnach dabei: *Ein „Grundrecht auf Sicherheit“ kann über die allgemeinen grundrechtlichen Schutzpflichten hinaus allenfalls appellative Wirkungen haben.*

#### b) *Gestufte Sicherheitsverantwortung*

Hat der Staat demnach kein verfassungsrechtlich anerkanntes Monopol der Rechtsdurchsetzung, so eröffnet dies die Möglichkeit einer Einbeziehung von Privaten und Unternehmen in jene Aufgaben. Dieser

<sup>84</sup> Dazu grundlegend *Max Weber* *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, I, 28 ff. Zu modernen Wandlungen auf dem Wege zu einer Soziologie der Macht *P. de Marinis* in: Hanack/Stangl (Hrsg.) *Innere Sicherheiten*, 2003, 39, 46 ff. Interessante Fallstudie zum Staatsvergehen bei *P. Waldmann* *Der anomische Staat*, 2002.

<sup>85</sup> Dazu näher *V. Götz* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) *HStR* III, 1988, § 79 Rn. 7 ff., 17 ff.; *W. Schmitt Glaeser* *Private Gewalt im politischen Meinungskampf*, 1990, 143 ff., 156 ff., 159; *Mörtl* (Fn. 22), 48; *Bethge* (Fn. 69), 844 f.; *P. Tettinger* (Fn. 5), 290 f.

<sup>86</sup> Eine Definition des Staates durch Angaben seines Zwecks lehnte *M. Weber* vielmehr explizit ab; s. *ders.* *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, 30; s. a. ebd., I, 28 f.

<sup>87</sup> Dazu insbes. *D. Merten* *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, 1975, 29 ff.; *K. Sobota* *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1997, 500 f.

<sup>88</sup> *E. Schmidt-Aßmann* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) *HStR* I, 2. Aufl. 1995, § 24 Rn. 21 ff., 75 ff.; *Sobota* (Fn. 87), 493.

<sup>89</sup> Dazu mit Begründung *Gusy* (Fn. 77), 575 ff.

Befund schafft Freiräume zur Berücksichtigung einer weiteren Determinante, der *Ressourcenfrage*.<sup>90</sup> Kostenlos zur Verfügung gestellte öffentliche Sicherheit ist als öffentliches Gut tendenziell knapp. Umso größerer Bedarf besteht nach optimaler Ressourcenallokation und Ressourcennutzung. Sie ist zugleich Grundlage und Grenze individueller Schutzansprüche gegen die öffentliche Hand: Was der Staat nicht leisten kann, können die Bürger auch nicht beanspruchen.<sup>91</sup> Dem dürfte eine teilhaberechtliche Deutung angemessener sein als die Qualifikation als individueller Schutzanspruch.

Im Verhältnis von *öffentlicher und privater Sicherheitsproduktion sind Rechtsgrundlagen, Rechtsbindung und Legitimation beider Sektoren unterschiedlich*.<sup>92</sup> Doch sind die jeweiligen Wirkungsbereiche verfassungs-

<sup>90</sup> Theoretische und empirische Befunde aus politik- und sozialwissenschaftlicher Sicht bei Lenk/Prätorius (Hrsg.) Eingriffsstaat und öffentliche Sicherheit, 1998; H. Beste in: Gusy (Hrsg.) Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, 180; H.-J. Lange ebd., 215; A. Steegmann ebd., 237; H. Beste Die Morphologie der Macht, 2000.

<sup>91</sup> Zum Anspruch auf polizeilichen Schutz und seinen Grenzen grundlegend BVerwGE 11, 95; 25, 243; 37, 112; BVerwG, DVBl 1968, 154; NJW 2003, 601; VGH Mannheim, NVwZ 1987, 1101; J. Dietlein DVBl 1991, 685; D. Wilke FS Scupin, 1983, 831; R. Breuer FS BVerwG, 1978, 103; H.U. Erichsen VVDStRL 35, 210ff.; F.L. Knemeyer ebd., 249ff.; F. Schoch JuS 1994, 758f.; F. Rachor in: Lischen/Denninger (Fn. 20), F Rn. 139.

<sup>92</sup> Als Ausgangspunkt bleibt festzuhalten: Staatlicher und privater Rechtsgüterschutz weisen rechtlich kaum Gemeinsamkeiten, hingegen zahlreiche Unterschiede auf. Sie sind höchstens sehr eingeschränkt kommensurabel. *Der staatliche Rechtsgüterschutz* nimmt verfassungsrechtlich oder gesetzlich vorgeschriebene Aufgaben wahr. Über das „Ob“ ihrer Wahrnehmung kann die öffentliche Hand nicht, über das „Wie“ nur eingeschränkt disponieren. Schutzgut jenes Auftrages sind einerseits Rechtsgüter Privater, andererseits aber auch rechtlich anerkannte und geschützte Belange des Staates und der Allgemeinheit. Zur Erfüllung jener Aufgabe stehen der öffentlichen Hand rechtlich begründete und begrenzte Befugnisse zur Verfügung. Deren Ausübung ist an die Maßstäbe des gebundenen Ermessens und das Übermaßverbot geknüpft. Die Legitimation der staatlichen Aufgabenwahrnehmung erfolgt demnach aus der Rechtsordnung, namentlich den ihr inhärenten tragenden demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen. *Der private Rechtsgüterschutz* ist rechtlich völlig anders konstituiert. Er ist grundsätzlich nichts anderes als die Summe der rechtlich zugelassenen Selbstverteidigungs- und Selbsthilfe-, Notwehr- und Nothilferechte der Menschen selbst. Sie sind berechtigt, eigene Rechte und bestimmte Rechtsgüter Dritter zu schützen. In diesem Kontext ist die Tätigkeit privater Sicherheitsunternehmen rechtlich nichts anderes als die gewerbliche Ausübung jener Individualrechte ihrer Auftraggeber. Soweit diese Rechte grundrechtlich gesichert sind, leisten die Unternehmen Hilfe zur Grundrechtsausübung Dritter. Daneben kann noch die Gewerbefreiheit der Unternehmen selbst hinzutreten. Rechtsgüterschutz durch Sicherheitsunternehmen ist dann in zweifacher Hinsicht Freiheitsausübung. Sie ist nicht im Einzelfall durch das Recht legitimationsbedürftig, sondern bereits durch die Freiheitsrechte und ihr Schutzgut, die Freiheit, legitimiert. Freiheit unterliegt anderen rechtlichen

rechtlich nur relativ schwach konturiert.<sup>93</sup> Als Prämisse ist festzuhalten: Die öffentliche Hand muss ihre Aufgabe *grundsätzlich* mit eigenen Ressourcen, insbesondere mit eigenem Personal erfüllen. Das Verfassungsrecht mit seinen Vorkehrungen zur Legitimation aller Zweige der Staatsgewalt bezieht sich zuvörderst auf das Handeln der verfassungsgewundenen Organe selbst.<sup>94</sup> Andere Akteure, welche in die Erfüllung staatlicher Aufgaben eingebunden sein sollen, nehmen an dieser Legitimation nicht unmittelbar teil. Es bedarf insoweit also zusätzlicher Mechanismen, um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben gerade durch sie sicherzustellen.

Hierzu kann es unterschiedliche Instrumente geben.<sup>95</sup> Dazu zählt etwa die Aktivierung von Eigensicherung durch die Bürger selbst.<sup>96</sup> Ihre Frei-

---

Regeln als staatliche Kompetenzausübung. Die Berechtigten können sowohl über das „Ob“ als auch über das „Wie“ ihres Handelns selbst disponieren. Schutzgut dieser Freiheitsrechte sind allein private Rechte, nicht solche des Staates oder der Allgemeinheit. Diese sind weder selbsthilfe- noch notwehrfähig. Der Umfang des privaten Schutzes dieser Rechte ist Freiheitsausübung, nicht Ermessensbetätigung; und er ist nur eingeschränkt an das Übermaßverbot gebunden. Demnach bleibt festzuhalten: Die staatlichen Sicherheitsaufgaben und die private Freiheit zum Schutz eigener oder fremder Rechtsgüter stehen rechtlich selbständig nebeneinander. Unterschiedlich sind ihre Legitimation, ihre Aufgaben, ihre Rechtsbindungen und damit die zu ihrer Wahrnehmung zulässigen Handlungen. Angesichts solcher Unterschiede liegt es näher, von verschiedenen als von gleichgerichteten Aufgaben zu sprechen. Dies machen auch zahlreiche gesetzliche Bestimmungen deutlich, wenn sie der öffentlichen Hand nicht „die“ Sicherheit, sondern die „öffentliche“ Sicherheit anvertrauen. Die Tätigkeit Privater auf diesem Gebiet mag das Sicherheitsniveau der von ihnen geschützten Rechtsgüter und möglicherweise selbst das allgemeine Sicherheitsniveau erhöhen; der öffentlichen Sicherheit kommt diese Erhöhung allenfalls mittelbar zugute.

<sup>93</sup> Aus der inzwischen völlig unübersehbar gewordenen Literatur grundlegend *G. Nitz* Private und öffentliche Sicherheit, 2000, 44ff., 312ff. (ebd., 98ff. mit Überblick über den Diskussionsverlauf); s.a. *Möstl* (Fn. 22), 290ff.; *F. Huber* Wahrnehmung von Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr durch das Sicherheits- und Bewachungsgewerbe, 2000, 51ff.; *Pitschas/Stober* (Hrsg.) Quo vadis Sicherheitsgewerberecht, 1998; *R. Weiß/M. Plate* Privatisierung polizeilicher Aufgaben, 1996.

<sup>94</sup> *H. Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 108ff.; *Hesse* in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Fn. 64), Rn. 7.

<sup>95</sup> Zum Formenkanon *M. Burgi* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 71ff., 100ff., 145ff.; *M. Heintzen* VVDStRL 62 (2003) 243ff.; *A. Voßkuhle* ebd., 299ff.

<sup>96</sup> Von daher sind die zahlreichen Regelungen, welche Privaten – auch gewaltsames – Handeln zum Schutz bzw. zur Durchsetzung ihrer Rechte gestatten, zwanglos zu erklären. Sie sind eher Teil des Systems als Ausnahmen vom System. S. etwa §§ 32, 34 StGB; §§ 227, 228, 229, 562 b, 859, 860, 904 BGB; § 127 StPO; Art. 20 Abs. 4 GG. Dazu *Merten* (Fn. 87), 59; *J. Isensee* FS Sendler, 1991, 39, 52 („immanente Schranken des Gewaltmonopols“); jüngst *O. Werner* Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, 1999.

heit zum Selbstschutz oder zum Risiko bedeutet nicht, dass sämtliche Risikofolgen allein dem Staat zur Last fallen müssen. *Wer erhöhte Risiken für sich selbst oder Dritte schafft, darf oder muss am Risikomanagement beteiligt werden.*<sup>97</sup> Für solche privaten Sicherheitsaktivitäten bedarf es dann aber auch eines rechtlichen Rahmens, welcher den Sicherheitsinteressen der Auftraggeber ebenso Rechnung trägt wie den Belangen potentiell Betroffener und der Allgemeinheit. Gänzlich anders sind die Legitimationsbedürfnisse bei der *Übertragung staatlicher Sicherheitsaufgaben auf Private*.<sup>98</sup> Sie stellt einen Sonderfall der Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben dar. Die dabei entstehenden Fragen rechtlich einzufordernder Gemeinwohlverantwortung waren Thema der letztjährigen Tagung.<sup>99</sup> Hier bleibt festzuhalten: Eine adäquate Erfassung des Übergangs vom ursprünglich bipolaren Anspruch auf polizeilichen Schutz zu einem differenzierten multipolaren System aus Schutzrechtsverhältnis, Erfüllungsrechtsverhältnis und Durchsetzungsverhältnis ist noch nicht in allen Teilen gelungen.<sup>100</sup> Doch erscheint es möglich, bei Anerkennung aller rechtlichen Besonderheiten dieser Materie mit Hilfe der bekannten Kategorien der Regulierungs-, Gewährleistungs-, Erfüllungs- und Kontrollverantwortung angemessene Lösungen zu formulieren.<sup>101</sup>

### 3. Freiheit und Sicherheit: Instrumente

Sicherheit erfordert unterschiedliche Eingriffe in die Freiheit. Am Anfang steht die *Risikoauflklärung*: Ein Zentralproblem des Risikomanage-

<sup>97</sup> Grundlegend BVerfGE 49, 89, 143; *H. Hofmann* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HStR V, 2. Aufl. 2000, § 114 Rn. 23f. Zu solchen Eigensicherungspflichten etwa BVerwG, DVBl 1989, 517 (Atomkraftwerke); *M. Ronellenfisch* VerwArch 1995, 307 (Flughäfen); *C.D. Bracher* Gefahrenabwehr durch Private, 1987, 43 ff.; *Möstl* (Fn. 22), 299 ff., 335 ff. Zu Ausgestaltungsmöglichkeiten *W. Frenz* Freiwillige Gefahrenprävention, 2003.

<sup>98</sup> Zu rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen jüngst *S. v. Danwitz* KritVj 2002, 347; *C. Gusy* VerwArch 2001, 344; *B. Kirsch* KJ 2002, 233.

<sup>99</sup> *Heintzen* (Fn. 95), 220; *Vofßkuhle* (Fn. 95), 266.

<sup>100</sup> Nicht ausreichend ist insbesondere die Verweisung der Problematik aus der Rechtswissenschaft hinaus in die Verwaltungswissenschaft, wie sie in der Kategorie der Public-Private-Partnership (oder der Police-Private-Partnership) anklingt; so etwa bei *R. Stober* DÖV 2000, 261; *ders.* ZRP 2001, 260, 263 u. pass.; ebenso wenig genügt hierzu allein der Verweis auf den „kooperativen Rechtsstaat“; so aber *R. Pitschas* DÖV 1997, 393, 398. Ökonomisch hierzu *G. Engelhardt* Innere Sicherheit und Police-Private-Partnership aus ökonomischer Sicht, 1997.

<sup>101</sup> Dazu mit unterschiedlicher Akzentuierung grundlegend *E. Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 43 f.; *H. Bauer* VVDStRL 54 (1994), 277 ff.; *G.F. Schuppert* StWStP (Fn. 44) 1994, 541, 553, 559 ff.; *W. Hoffmann-Riem* DÖV 1997, 433, 438 ff.

ments besteht darin zu erforschen, wo überhaupt welche Risiken sind.<sup>102</sup> Die Erhebung und Verarbeitung derartiger – auch personenbezogener – Informationen bezieht sich längst nicht mehr nur auf (potentielle) Störer. Anfangs-<sup>103</sup> oder Gefahrverdacht haben ihre ermittlungssteuernde und -begrenzende Funktion in vielen Fällen verloren. Neuere Maßnahmen finden nicht selten im „Vorfeld“<sup>104</sup> oder gänzlich anlassunabhängig<sup>105</sup> statt; sie richten sich auch gegen Außenstehende, etwa Kontakt- oder Begleitpersonen,<sup>106</sup> gegen jedermann – wie etwa Kontrollstellen oder offene Videoüberwachung – und damit auch gegen diejenigen, die durch die Eingriffe geschützt werden sollen. Zur Risikoaufklärung hinzu tritt das *Risikomanagement*, klassisch etwa durch Maßnahmen der Gefahrbeseitigung.

a) *Der liberale Rechtsstaat: Neue Herausforderungen*

Das liberal-rechtsstaatliche Denken hat die Grundlagen unseres Polizei- und Ordnungsrechts geprägt.<sup>107</sup> Es geht von der Idee tendenziell unbegrenzter individueller Freiheit bei gleichzeitiger Begrenztheit des Staates, seiner Aufgaben und seiner Mittel aus.<sup>108</sup> Danach bedarf jede Einschränkung der Freiheit ihrer Rechtfertigung durch einen vorrangigen öffentlichen Zweck. Deren Zwischenschritte sind Bestimmtheitsgebote,<sup>109</sup> Skalierbarkeit rechtlich geschützter Belange,<sup>110</sup> das Übermaßverbot als

<sup>102</sup> Beck (Fn. 16), 35 ff., 95 ff.

<sup>103</sup> Dazu jüngst G. Haas Vorermittlungen und Anfangsverdacht, 2003.

<sup>104</sup> Dazu näher E. Weßlau Vorfeldermittlungen – Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozessualer Sicht, 1989; C. Hoppe Vorfelder-mittlungen und Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität, 1999; M.A. Zöller Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, 319 ff.; E. Denninger in: Lisken/Denninger (Fn. 20), E Rn. 194 ff.; M. Kniessel ZRP 1989, 329; H. Hund ZRP 1991, 463; O. Müller StV 1995, 602.

<sup>105</sup> S. hierzu grundsätzlich H. Lisken NVwZ 1998, 24; dagegen J. Schwabe NVwZ 1998, 709; s.a. R. Müller-Terpitz DÖV 1999, 329, 335; K. Waechter DÖV 1999, 138; C. Möllers NVwZ 2000, 382; B. Kastner VerwArch 2001, 216.

<sup>106</sup> S. BVerfG, NVwZ 2001, 1261; LVerfG MV, LKV 2000, 354; Bbg VerfG, LKV 1999, 450; M. Kutscha NJ 2000, 63; Albers (Fn. 21), 135 ff.

<sup>107</sup> Überblicke etwa bei H. J. Wolff VVDStRL 9 (1952), 134; O. Gönnewein ebd., 181; H. U. Erichsen VVDStRL 35 (1977), 171; F. L. Knemeyer ebd., 221.

<sup>108</sup> Zum rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip C. Schmitt Verfassungslehre, 1928, 126.

<sup>109</sup> Hierzu grundsätzlich BVerfGE 49, 168, 181; 53, 104, 114; 64, 261, 280; 69, 1, 43; 71, 354, 362; Schmidt-Aßmann (Fn. 88), § 24 Rn. 60; Stern I (Fn. 64), 829 ff. S.a. D. Kugelmann Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, DÖV 2003 (Heft 19). Eine vergleichbare Diagnose findet sich bei H. Butzer Flucht in die polizeiliche Generalklausel?, VerwArch 2002, 506.

<sup>110</sup> Dazu theoretisch B. Schlink Abwägung im Verfassungsrecht, Diss. 1976.

Abwägungsmaxime<sup>111</sup> und die Möglichkeit gerichtlicher Nachprüfung.<sup>112</sup> So wichtig jene Gebote nach wie vor sind, so sind doch Bedingungen und Grenzen ihrer Erfüllbarkeit in der Diskussion.

aa) *Staatsaufgabenlehre im Wandel*

Die Begrenzung der Staatszwecke kollidiert mit anderen Staatszielbestimmungen. Staatsaufgaben<sup>113</sup> werden nicht mehr allein rechtsstaatlich, sondern auch demokratisch bestimmt. Sicherheitsbedürfnisse und -ansprüche der Menschen können im demokratischen Wettbewerb von Ideen und Parteien kaum ignoriert werden. Das gilt umso mehr, seit Normen und Institutionen sozialer Selbstregulierung sich in Auflösung befinden<sup>114</sup> und die Legitimation für Freiheitsbeschränkungen nahezu ausschließlich durch Recht, Rechtsdurchsetzung und damit den Staat vermittelt werden kann. Das gilt insbesondere, wenn „die Sicherheit“ als *Staatszweck* bestimmt wird. Hier folgt nicht mehr die Sicherheitsgewährleistung den Staatsaufgaben; vielmehr folgen die Staatsaufgaben der tendenziell unbegrenzt expansiven Logik von Risiko- und Sicherheitsdenken.<sup>115</sup> Der rechtsstaatliche Ausgangspunkt ist damit verlassen.

<sup>111</sup> Zu dessen Entwicklung und Bedeutung im Polizei- und Ordnungsrecht grundlegend *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 20), 389 ff., 416 ff.; *B. Remmert* Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots, 1995; *M. Jakobs* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1995; *W. Krebs* Jura 2001, 238. Zu der Notwendigkeit einer Redimensionierung des Übermaßverbots angesichts der neuen Polizeiaufgaben *D. Neumann* Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, 95 ff., 143 ff., 193 ff.

<sup>112</sup> Vgl. dazu im Polizei- und Ordnungsrecht *H. Lissen* in: *Lissen/Denninger* (Fn. 20), K insbes. Rn. 66 ff.; *K. Waechter* (Fn. 21), Rn. 812; *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 20), 571 ff.

<sup>113</sup> Dazu allgemein *H. Krüger* Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, 759 ff.; unter dem Grundgesetz *H.P. Bull* Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1977, 44 f.; *Sommermann* (Fn. 40), 364 f.

<sup>114</sup> Dazu näher *C. Gusy* (Fn. 44), 187 f. Zur Krise der „öffentlichen Ordnung“ näher *E. Denninger* Polizei in der freiheitlichen Demokratie, 1968, 22 ff.; *N. Achterberg* FS Scupin, 1973, 35 ff.; *F.J. Peine* DV 1979, 25, 30 ff. Zur Diskussion um ihre Renaissance *F. Fechner* JuS 2003, 734; *G. Erbel* DVBI 2001, 1714; *R. Störmer* DV 1997, 234; *Möstl* (Fn. 22), 136 ff.; *A. Wieschhörster* Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gem. Art. 64 I EGV, 2001, 40 ff., *M. Nolte* NordÖR 1999, 52; *K. Waechter* NVwZ 1997, 729. Zur partiellen Sonderproblematik des Versammlungsrechts BVerfG, NJW 2001, 2069, 2071; *W. Hoffmann-Riem* NVwZ 2002, 247, 261 ff.; *U. Rühl* NVwZ 2003, 531; *S. Beljin* DVBI 2002, 15, 19 ff.

<sup>115</sup> Dazu o. I 1 b) cc).

*bb) Relativierung des Grundrechtsschutzes: Die unbegrenzte Abwägung?*

Wo – wie in mancher neueren Sicherheitsdiskussion – jede Beeinträchtigung von Rechtsgütern Dritter zugleich als Angriff auf die „Sicherheit“ und damit die Rechtsordnung insgesamt verstanden wird, gerät die individuelle Handlungsfreiheit bei der Abwägung notwendig in das Hintertreffen.<sup>116</sup> Denn die Integrität der Rechtsordnung ist Voraussetzung der Wirksamkeit der Verfassung und damit auch der in ihr enthaltenen Grundrechte. Wer Rechtsgüter Dritter gefährdet, beeinträchtigt in jener Logik zugleich die Grundlage der eigenen Rechtsposition und handelt so geradezu selbstwidersprüchlich.<sup>117</sup> Ein solches Verhalten muss bei jeder Abwägung zurücktreten. Der Grundrechtsschutz wird so vollständig relativierbar.

Dies illustriert im Extrem die jüngere Diskussion über die ausnahmsweise Zulässigkeit der *Folter* und damit die Relativierung der Art. 1 Abs. 1 S. 1, 104 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 3 EMRK.<sup>118</sup> Die überwiegend rechtsphilosophisch angeleitete Konstruktion von Fällen, in welchen Folter zulässig sein soll, wenn eindeutig feststehe, dass nur der Betroffene bestimmte Informationen zum Schutz überragender Verfassungswerte preisgeben könne,<sup>119</sup> hat für die Praxis keinerlei Orientierungswert. Polizeiliche Ermittlungshandlungen sind Handlungen unter relativer Unwissenheit über Tatsachen bei gleichzeitig notwendigem Wissen über die rechtlichen Grenzen der eigenen Befugnisse. Die über 3000 Jahre alte Geschichte der

<sup>116</sup> Dazu jüngst *Lepsius* (Fn. 59), 35f.; grundlegend *T. Darnstaedt* Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, 75ff.

<sup>117</sup> Paradigmatisch die Formulierung in BVerfGE 49, 24, 56: „Die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die letzte und eigentümliche Rechtfertigung herleitet.“

<sup>118</sup> Zu Art. 3 EMRK näher *J.A. Frowein/W. Peukert* EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 3 Rn. 10ff.; *M. Villiger* Handbuch EMRK, 2. Aufl. 1999, Rn. 279ff. Zu den völkerrechtlichen Vorgaben für das deutsche Recht ausführlich *R. Alleweldt* EuGRZ 1998, 245; *J.A. Frowein* FS Matscher, 1990, 59; *M. Nowak* EuGRZ 1985, 109; 1988, 537; *M. Rass* Der Schutz vor Folter im Völkerrecht, 1989; *H. Welsch* BayVBl 2003, 481, 485f.; *K. Ambos* AVR 37 (1999), 318.

<sup>119</sup> Grundlegend *W. Brugger* DSt 1996, 67, 69; *ders.* JZ 2000, 165; *ders.* VBIBW 1995, 414ff., 446ff.; *ders.* FAZ v. 10. 3. 2003, 8. Ähnlich *M. Herdegen* in: Maunz/Dürig (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 1 Rn. 45, 90. Schon früher *E. Albrecht* Der Staat – Recht und Wirklichkeit, 1976, 174. Zur Realität von Polizeigewalt *J.-P. Brodeur* in: Heitmeyer/Hagen (Hrsg.) Internationales Handbuch der Gewaltforschung, 2002, 270ff.; zur Bundesrepublik Deutschland *J. Feest/C. Wölters* Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, 1994; *T. Singelstein* MSchRKRim 2003, 1.



Folter<sup>120</sup> ist nahezu ausschließlich eine Geschichte erfolgreicher Versuche der Vorverlagerung jener Grenzen. Hier gibt es kein Halten – außer am Anfang.<sup>121</sup>

cc) *Identität von Geschütztem und Verantwortlichem?*  
*Probleme des Schutzpflichtkonzepts*

Die Idee grundrechtlicher Schutzpflichten basierte auf der Idee der Horizontalwirkung der Freiheit: Der Staat sollte berechtigt und ggf. sogar verpflichtet sein, durch Eingriffe in die Rechte eines Menschen die *Rechte anderer* zu schützen.<sup>122</sup> Es geht um den Ausgleich der Rechte des potentiellen Täters mit denjenigen des potentiellen Opfers. Jenes Modell wird durch die neuen Jedermanneingriffe verlassen, wenn an Kontrollstellen,<sup>123</sup> bei der offenen Videoüberwachung<sup>124</sup> oder der Rasterfahn-

<sup>120</sup> Dazu näher *W. Sofsky* Traktat über die Gewalt, 1997, 80. S.a. *R. Kiesow* Zeitschrift für Rechtsgeschichte 2003 (erscheint demnächst). Ferner *E. Peters* Folter, 1991, 140ff.; *Burschel/Diestelrath/Lembke* (Hrsg.) Das Quälen des Körpers, 2000; *W. Schild* „Von peinlicher Frag“, 2000; *R. Crelinstein* in: Heitmeyer/Hagen (Fn. 119), 240, 249f. Zur Folterkritik der Neuzeit näher *G. Jerouschek* ZStW 1996, 243; 1998, 658; *M. Schmoeckel* Humanität und Staatsraison, 2000, 112ff.; *M. Soiné* Kriminalistik 1993, 575. Aufschlussreiche Detailbeobachtungen bei *Rolf Meier* Dialog zwischen Jurisprudenz und Literatur: Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsabbildung am Beispiel von *E.T.A. Hoffmanns* „Das Fräulein von Scuderi“, 1993, 74ff.

<sup>121</sup> Gegen die – auch ausnahmsweise – Zulassung der Folter oder der Aussagenerpressung unter dem Grundgesetz etwa *G. Jerouschek/R. Kölbl* JZ 2003, 613; *J. Wilhelm* Polizei 2003, 198; *R. Hamm* NJW 2003, 946; *C. Schaefer* NJW 2003, 94; *B. Kretschmer* RuP 2003, 102; *Welsch* (Fn. 118), 481; *T. Mushoff* Forum Recht 2003, 97; *S. Schnor/V. Wissing* ZRP 2003, 142; eher wohl differenzierend *O. Miehe* NJW 2003, 1219.

<sup>122</sup> Vgl. hierzu grundlegend BVerfGE 39, 1, 42; 46, 120, 164f.; 49, 89, 140ff.; 53, 30, 65f.; 79, 174, 202; 81, 242, 254ff.; 88, 203, 251; BVerfG, NJW 2002, 1638. Aus der Literatur wichtig in unserem Kontext *R. Wahl/J. Masing* JZ 1990, 553; *K. Waechter* (Fn. 23), 854f.

<sup>123</sup> Hierzu näher LVerfG MV, DÖV 2000, 71, 72ff., einerseits; SachsAnh VerfG, NVwZ 2002, 1370, andererseits; *E. Denninger* FS Stein, 2003, 15; *J. Martell* NVwZ 2002, 1372; *F. Schnekenburger* BayVBl 2001, 129ff.; *C. Möllers* NVwZ 2000, 382; *M. Kutscha* (Fn. 106), 65f.; *K. Waechter* (Fn. 105), 138; *R. Müller-Terpitz* DÖV 1999, 329; *H. Lissen* (Fn. 105), 22; *M. Schütte* ZRP 2002, 393; *J. Martinez Soria* NVwZ 1999, 270; *I. Schmid* LKV 1998, 477; *D. Moser v. Filseck* BWVP 1996, 272; dagegen *J. Schwabe* DVBl 2000, 1815; *U. Stephan* DVBl 1998, 81; *R. Harzer* FS Wolf, 1998, 85. Überblick bei *N. Castillon* Dogmatik und Verfassungsmäßigkeit neuer Befugnisse zu verdachts- und anlassunabhängigen Polizeikontrollen, 2003; *F. Roggan* Handbuch zum Recht der inneren Sicherheit, 2003, 139ff.

<sup>124</sup> Dazu eingehend VGH Mannheim, 1 S 377/02; VG Karlsruhe, NVwZ 2002, 117; VG Halle, LKV 2000, 164; *K. Fischer* VBIBW 2001, 90f.; *H. Garstka* DuD 2000, 192; *M. Gödecke* NVwZ 2002, 1232; *L. Hasse* ThürVBl 2000, 169; *R. Hefendehl* StV 2000, 270; *M. Kutscha* LKV 2003, 114; *K. Möller/F. v. Zeeschwitz* Videoüberwachung – Wohltat oder Plage?, 2000; *Rachor* (Fn. 91), F Rn. 117ff.; *R. Röger* in: Zilkens (Hrsg.) Datenschutz in

dung<sup>125</sup> Eingriffe gegenüber Betroffenen stattfinden, um *ihre eigenen Rechte* zu schützen. Die überwältigende Mehrheit der Adressaten solcher Eingriffe sind Geschützte, nicht potentielle Störer. Hier verliert das Abwägungsprogramm der Schutzpflichtendogmatik seine Anwendbarkeit.

*dd) Grenzen des Übermaßverbots bei irrationalem Angreifer*

Die jüngere Terrorismusdiskussion hat eine neue Anwendbarkeitsgrenze des Übermaßverbots gezeigt. Dieses Gebot der Rationalisierung staatlichen Agierens kann seine Wirkung nur entfalten, wenn es prognostizierbare Zusammenhänge zwischen der behördlichen Maßnahme und dem Verhalten der Betroffenen gibt. Solche Zusammenhänge sind um so stabiler, je rationaler beide Seiten handeln. Umgekehrt gilt: Gegen einen völlig irrational handelnden, den eigenen Tod in Kauf nehmenden Terroristen versagen die tradierten Grundsätze des mildesten Mittels und der Angemessenheit.<sup>126</sup>

*ee) Wandel der Gewaltenbalance: Funktionseinbußen der Justiz*

Die zunehmend präventive Orientierung der Sicherheitsproduktion hat das Gefüge der Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Justiz verändert. Die Ahndung von Straftaten ist eine originäre Aufgabe der Justiz, die in jedem Fall beteiligt ist.<sup>127</sup> Hingegen fällt die Prävention in die Zuständigkeit der Exekutive. Die Gerichte können nur noch im Einzelfall auf Antrag Betroffener tätig werden. Deren Möglichkeiten zur Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes sind ohnehin begrenzt. Ein Antrag ist wenig

---

der Kommune, 2003, 103; *F. Roggan* NVwZ 2001, 139; dagegen *R. Maske* NVwZ 2001, 1248; *G. Saeltzer* DuD 2000, 194; *M. Scholand* DuD 2000, 202; *A. Schmitt Glaeser* BayVBl 2002, 584; *D. Schneider/A. Rick* Kriminalistik, 2003, 103; *S. Schnorr* ZRP 2001, 291; *K. Schwarz* ZG 2001, 2346; *J. Vahle* NVwZ 2001, 165; *K. Waechter* NdsVBl 2001, 77; dagegen *J. Schwabe* NdsVBl 2002, 46. Überblick bei *D. Büllfeld* Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge, 2002; Roggan (Fn. 123), 105 ff.

<sup>125</sup> S. hierzu näher VGH Kassel, NVwZ 2003, 755; OLG Frankfurt, NVwZ 2002, 626, 627; OVG Koblenz, DÖV 2002, 743; OLG Düsseldorf, NVwZ 2002, 629; 630; KG Berlin, NVwZ 2002, 1537; OVG Bremen, NordÖR 2002, 372; VG Trier, NJW 2002, 3268; *H.D. Horn* DÖV 2003, 746; *J. Meister* JA 2003, 83; *W. Achelpöhler/H. Niehaus* DÖV 2003, 49; *M. Kniesel* Polizei 2003, 89; *H. Liskan* NVwZ 2002, 513; *L. Seel* Polizei 2002, 192; *W. Bausback* BayVBl 2002, 713; *C. Gusy* KritVj 2002, 474; *M. Wärntjen/D. Kissler* Forum Recht 2002, 49; *B. Nedden* DuD 2001, 710; *R. Gerling/C. Langer/R. Roßmann* DuD 2001, 746.

<sup>126</sup> *Hoffmann-Riem* (Fn. 36), 499.

<sup>127</sup> BVerfGE 22, 49, 79; 125, 130; 27, 18, 28f.; 36, 40; 45, 272, 288f.; zu Einzelheiten auch BVerfGE 54, 358, 372; 86, 288, 318; 89, 120, 129; BVerfG, EuGRZ 1994, 591, 592f.; BVerfGE 103, 44, 66ff.; partiell problematisch BVerfGE 57, 250, 274.

wahrscheinlich, wenn der Eingriff verdeckt stattfand;<sup>128</sup> und er ist wenig effektiv, wenn der Eingriff sich kurzfristig erledigt hat.<sup>129</sup> Im Verfahren ist der Zugang des Gerichts zu relevanten Informationen eingeschränkt.<sup>130</sup> Die Architektur der Gewaltenbalance wird durch diese Entwicklung erheblich modifiziert.<sup>131</sup>

#### ff) Zusammenfassung

Dies alles bedeutet nicht, dass mit dem viel zitierten Übergang vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat<sup>132</sup> alle tradierten Unterprinzipien funktionslos geworden wären. Doch ist die Diskussion um den Rechtsstaat im Sicherheitsrecht voll von Larmoyanz.<sup>133</sup> Wichtig erscheinen zwei Folgerungen: Einerseits die Notwendigkeit, die rechtsstaatlichen Anfor-

<sup>128</sup> Hier fehlt es regelmäßig an der notwendigen Kenntnis Betroffener von stattgefundenen Eingriffen. Zur kompensierenden nachträglichen Bekanntgabepflicht grundlegend BVerfGE 30, 1, 31 f.; zur Realität etwa *O. Backes/C. Gusy* Wer kontrolliert die Telefonüberwachung?, 2003, 71 ff.

<sup>129</sup> Zur Notwendigkeit des Fortsetzungsfeststellungsrechtsschutzes in solchen Fällen zutr. BVerfGE 96, 27, 38 ff.; NJW 1998, 2432; *M. Sachs* JuS 1998, 265; *C. Roxin* StV 1997, 654.

<sup>130</sup> Dafür gibt es eine Vielzahl tatsächlicher und rechtlicher Ursachen. Polizeiliches Handeln ist vielfach eilbedürftig und somit weniger förmlich. Daher finden sich nicht selten weniger Akten oder sonstige schriftliche Aufzeichnungen als in sonstigen Verwaltungsverfahren. Zu Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten wichtig BVerfGE 103, 142. Zu den Grenzen des § 99 VwGO bei der Vorlage von Informationen an die Verwaltungsgerichte näher *T. Mayen* NVwZ 2003, 537; *C. Gusy* in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.) Verfassungsschutz – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 1998, 182 ff. Zur Notwendigkeit kompensierenden Rechtsschutzes, im Notfall durch In-Camera-Verfahren näher BVerfGE 101, 106, 130. Zur fehlenden Kennzeichnung von Polizeibeamten näher *A. Greifeld* ZRP 1982, 318; *R. Rupprecht* ZRP 1989, 93. Zur polizeilichen Zeugenbetreuung s. *D. Krause* Polizei 1981, 119.

<sup>131</sup> Zur Entwicklung im europäischen Raum grundlegend *C.H. Ludwig* Die Rolle des Europäischen Gerichtshofes im Bereich Justiz und Inneres nach dem Amsterdamer Vertrag, 2002.

<sup>132</sup> Zitat nach *E. Denninger* Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, unveröff. Vortragsmanuskript, Frankfurt 2003; früher präferierte er die Formel „Rechtsstaat versus Präventionsstaat“; s. *ders.* KJ 2002, 467, 470.

<sup>133</sup> Explizit kritisch etwa *Hoffmann-Riem* (Fn. 36), 500: „Der Blick auf diese rechtsstaatlichen Zäune und die ihnen im 19. Jh. zugrunde gelegten Fundamente provoziert die Frage, ob sie auch heute Schutz geben.“ Eine Antwort versucht etwa *D. Grimm* (Fn. 17), 54, wonach die „Breschen, die neuartige Staatsaufgaben und Instrumentarien in die verfassungsrechtliche Disziplinierung der Staatsgewalt schlagen, nur indizieren, dass die Verfassung auf eine Problemlage bezogen ist, die der heutigen nicht mehr entspricht.“ Gegen ein „krampfhaftes Festhalten am Rechtsstaatsprinzip in seiner überholten Striktheit“ auch *C. Hohmann-Dennhardt* Sicherheit durch Recht in Zeiten der Globalisierung?, unveröff. Vortragsmanuskript, Frankfurt 2003, 3.

derungen angemessen zu reformulieren und in die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen einzubringen;<sup>134</sup> andererseits die Aufgabe, neue Instrumente und Verfahren zu entwickeln, wo die alten ihre verfassungsrechtlich notwendigen Funktionen nicht mehr erfüllen können.

*b) Der demokratische Rechtsstaat: Neue Aufgaben*

Freiheit setzt stets ein gewisses Maß an Unsicherheit voraus. Diese ist *Chance und Preis der Freiheit* zugleich. Die maßgebliche Frage ist stets neu, welchen Preis die Träger der Freiheit für diese Chance zu zahlen bereit sind.<sup>135</sup>

*aa) Die grundrechtliche Verteilung der Argumentationslast*

Das Schlüsselwort zahlreicher Risikodiskurse ist das Wort „Entscheidung“.<sup>136</sup> Die Verrechtlichung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit<sup>137</sup> macht die Zuordnung beider Ziele von Entscheidungen abhängig. Dabei geht es nicht (allein) um die Wahrheit von Argumenten, sondern um die Legitimation des Rechts. Je intensiver das Recht als Mittel politischer Steuerung und sozialer Gestaltung in Anspruch genommen wird, um so größer ist die Bürde, welche die demokratische Legitimation der Staatsgewalt tragen muss.<sup>138</sup> Darin liegt weniger eine Überwindung als vielmehr eine Ergänzung rechtsstaatlicher Prinzipien: Die Menschen- und Bürgerrechte legitimieren sowohl den Rechtsstaat als auch das auf Aktivierung, Partizipation, Selbstregulierung und Minderheitenschutz angelegte Demokratieprinzip.<sup>139</sup> Die positive Verbindung beider Prinzipien

<sup>134</sup> Dafür z.B. *E. Denninger* Normbestimmtheit und Verhältnismäßigkeit im Sächsischen Polizeigesetz. 1995. Vorbildlich etwa *SächsVfGH*, *JZ* 1996, 957, 962ff. Zu weitgehend m.E. jedenfalls der Titel des Bandes von *W. Schild* (Hrsg.) *Der Rechtsstaat verschwindet*, 2003. Ähnlich überspitzend der Titel der Abhandlung von *F. Roggan* *Auf legalem Weg in einen Polizeistaat*, 2000, die allerdings eine Reihe wichtiger Einzelbeobachtungen enthält.

<sup>135</sup> Diese Frage stellt *Hoffmann-Riem* (Fn. 36), 500f. Ergänzend weist *M. Kiesel* ZRP 1996, 482, 487, darauf hin: „Freiheit und Sicherheit sind nicht gleichzeitig und ohne Abstriche zu haben. Sicherheit gibt es nicht zum Nulltarif.“

<sup>136</sup> S. näher *U. Beck* *Die Erfindung des Politischen*, 1993, 169: „Die Moderne verwandelt alles in Entscheidungen.“ Zur Entscheidungsabhängigkeit des Risikokonzpts s.o. I 1 a).

<sup>137</sup> S. o. II 1. Zum Folgenden grundlegend *Hoffmann-Riem* (Fn. 36), 500f.

<sup>138</sup> *J. Habermas* *Faktizität und Geltung*, 1998, 517; s.a. ebd., 528.

<sup>139</sup> Zu solchen Überschneidungen näher *Sommermann* (Fn. 40), 218f.; *E.-W. Böckenförde* *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, 168f.; *ders.* in: *Isensee/Kirchhoff* (Hrsg.) *HStR* I, § 22 Rn. 82ff.; *E. Schmidt-Aßmann* in: ebd., § 24 Rn. 30ff.; *H. Schulze-Fielitz* in: *Dreier* (Hrsg.) *Grundgesetz* Art. 20 Rn. 15f.; *W. Maihofer* in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Fn. 64), § 12 Rn. 100ff.

zeigt sich etwa in Normen wie Art. 9 Abs. 2; 10 Abs. 2; 11 Abs. 2 EMRK, wonach bestimmte Rechte nur durch solche Gesetze eingeschränkt werden dürfen, die „in einer demokratischen Gesellschaft ... notwendig“ sind.<sup>140</sup>

Die *maßgebliche grundgesetzliche Argumentationsregel* für die Zuordnung von Freiheit und Sicherheit enthalten die Freiheitsrechte.<sup>141</sup> Auch wenn Sicherheit als grundrechtlich geschuldet oder als staatliche Leistung qualifiziert wird, so bewirken doch die meisten Maßnahmen zu ihrer Herstellung Freiheitseingriffe. Daraus folgt zugleich die Verteilung der Argumentationslast: *Begründungsbedürftig ist nicht die Freiheit, sondern der Eingriff*. Soweit staatliche Maßnahmen zur Garantie von Sicherheit in die Freiheitsrechte eingreifen, sind sie legitimationsbedürftig – und nicht der Freiheitsanspruch der Bürger. Die Eingriffsvorbehalte des Grundgesetzes weisen diese Aufgabe ganz wesentlich dem Gesetzgeber und seiner maßgeblichen Legitimationsquelle, dem demokratischen Verfahren, zu. Auch wenn man nicht jeder Einzelheit einer vernunftrechtlich orientierten Diskurstheorie des Rechts<sup>142</sup> oder auch nur des Gesetzgebungsverfahrens zustimmen möchte, so gilt doch: *Offenheit und Transparenz namentlich des parlamentarischen Verfahrens*<sup>143</sup> sind zentrale Quellen von Artikulations-, Partizipations- und Akzeptanzchancen des Rechts. Zu deren Einlösung bedarf es der Formulierung belastbarer (Mindest-)Standards einer Beteiligung des Parlaments und der demokratischen Öffentlichkeit an den Prozessen der Entscheidungsfindung und -kontrolle.<sup>144</sup> Hier ist der Ort, die erforderlichen Begründungsleistungen zu erbringen und die notwendigen Entscheidungen zu treffen.<sup>145</sup> *Es gibt eben keine Demokratie ohne ein ausreichendes Maß an Sicherheit. Und es gibt erst recht keine Demokratie ohne ein ausreichendes Maß an Freiheit.*

Ein wichtiges Fundament der Demokratie ist ein hinreichendes Sicherheitsgefühl der Menschen.<sup>146</sup> Dessen Pflege ist keine eigenständige

<sup>140</sup> Zu dieser Formel näher *Campbell* EuGHMRE 233, Ziffer 44; *K. Hailbronner* FS Mosler, 1983, 359 ff.; *Gashin* EuGHMRE 160, Ziffer 49.

<sup>141</sup> Zum Folgenden grundlegend *B. Schlink* EuGRZ 1984, 457.

<sup>142</sup> Dazu eingehend *Habermas* (Fn. 138), 78 ff., 109 ff., 367 ff.; s.a. *ders.* Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 151 ff.

<sup>143</sup> Grundlegend dazu BVerfGE 40, 237, 249.

<sup>144</sup> Diese Fragestellung war ein anderes Thema der letztjährigen Tagung; vgl. dazu *M. Herdegen* VVDStRL 62 (2003), 7 ff.; *M. Morlok* ebd., 37 ff.

<sup>145</sup> Dem entspricht die Forderung nach einer „Sicherheitskultur“ bei *M. Kniesel* ZRP 1996, 482, 487 ff., die ihrerseits durch eine Freiheitskultur zu ergänzen wäre. Wichtige Elemente hierzu bei *M. Kötter* KJ 2003, 60, 78 ff. S.a. *T. Groß* KJ 2003, 1, 10 ff.

<sup>146</sup> S. dazu o. I 1 b) bb); zum Folgenden *Bull* (Fn. 68), 15 ff.; *Kötter* (Fn. 145), 71 ff. Hierzu und zur notwendigen Aufklärungsaufgabe des Staates näher BVerfGE 44, 125,

Staatsaufgabe, sondern als Folge ansonsten zulässiger und rechtmäßiger Staatstätigkeit zu begreifen.<sup>147</sup> Hierzu zählen auch die allgemeinen Eingriffsbefugnisse. Hingegen ist der Schutz des Sicherheitsgefühls nicht geeignet, eigenständige Befugnisse zu Eingriffen in Rechte Dritter zu begründen.

*bb) Das demokratische Legitimationsverfahren*

Im Gesetzgebungsverfahren müssen Freiheits- und Sicherheitsbedürfnisse stets neu artikuliert und abgewogen werden. Diese Aufgabe verträgt sich schwerlich mit einer Gesetzgebungstechnik, welche eine Vielzahl von Schubladenentwürfen<sup>148</sup> in umfangreichen „Sicherheitspaketen“ zusammenfasst<sup>149</sup> und bei gegebenen Anlässen in das Parlament einbringt, um sie sodann unter größtem Zeitdruck durch Ausschüsse, Sachverständigenanhörungen und Plenum zu „peitschen“. Durch solche Gesetzgebungstechnik wird das Legitimationspotential parlamentarischer Verfahren eher beschädigt als genutzt.<sup>150</sup>

Die erwähnte Begründungsbedürftigkeit von Grundrechtseingriffen bedarf der verfahrensrechtlichen Einlösung. Der Hinweis auf erwartete oder vermutete Zugewinne an Sicherheit reicht dafür allein umso weniger aus, als die Abschätzung zukünftiger Risikolagen ebenso wie der Versuch

---

147; 105, 252, 268 ff., 279, 301 ff. Zur Funktion symbolischer Staatshandlungen am Beispiel symbolischer Gesetze in diesem Kontext *M. Führ* KritVj 2003, 5 ff.

<sup>147</sup> Ein Instrument hierzu kann der periodisch angelegte Sicherheitsbericht sein; s. Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) Erster periodischer Sicherheitsbericht, 2001. Auch *A. Buro* Vorgänge 3/2002, 82, 87; *B. Krause* FS Forndran (Fn. 36), 229, 232 ff.

<sup>148</sup> Darauf weist zu Recht *Hoffmann-Riem* (Fn. 36), 498, hin. Inhaltlich zeigen sich erhebliche Kontinuitäten der Sicherheitsdiskussion angesichts diskontinuierlicher Herausforderungen. Das gilt seit der Zeit der Außerparlamentarischen Opposition, soweit diese auch als behördlich zu bekämpfendes Sicherheitsproblem wahrgenommen wurde, über die Zeiten der RAF, also eines innenpolitisch motivierten, überwiegend innerstaatlich radikalisierten Terrorismus, über die Diskussion zu der sog. „Organisierten Kriminalität“, welche auch grenzüberschreitende Züge aufwies, bis hin zum „Internationalen Terrorismus“. In der Diskussion um die Bekämpfung dieser Herausforderungen wurde regelmäßig ein abgegrenzter Set von Instrumenten vorgeschlagen, diskutiert, ggf. verworfen und dann erneut eingeführt. Eine Geschichte dieser Entwicklung von trial and response ist noch nicht geschrieben. Umgekehrt fehlt es aber auch an einer wirksamen Evaluation von Instrumenten, die, einmal eingeführt, nicht ganz selten als Reserveinstrumente für unabsehbare Notfälle beibehalten werden. Vgl. auch *F. Sack* in: *Lutz/Peach/Scheerer* (Fn. 36), 47, 50 ff.; *N. Nolte* DVBI 2002, 573 ff.

<sup>149</sup> Zur Kritik am Verfahren des sog. „Sicherheitspakets II“ etwa *E. Denninger* StV 2002, 96; *Groß* (Fn. 145), 16f.; *B. Hirsch* SZ v. 2. 11. 2001, 17.

<sup>150</sup> Ein solches Verhalten muss auf Situationen extremen, objektiv nachweisbaren Zeitdrucks begrenzt bleiben.

ihrer Steuerung selbst notwendig risikobehaftet ist. Umso eher bietet sich hier eine angemessene Befristung von Gesetzen<sup>151</sup> und ihre ausreichende Evaluation<sup>152</sup> vor der Entscheidung über eine mögliche Verlängerung an. Doch ist auch festzuhalten: Geeignete Kriterien für eine solche Evaluation stehen im Sicherheitsbereich aber noch ebenso aus wie ein bereichsspezifisches Evaluationsverfahren.

cc) Grundgesetzliche Differenzierungsgebote

Ist der Gesetzgeber aufgefordert, das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im Verfahren auszutarieren, so unterliegt er dabei dem *Gebot inhaltlicher Differenzierung*. Es gibt nicht „die“ Zuordnung von Freiheit und Sicherheit. Vielmehr bedarf es der je konkreten, bereichsspezifischen Zuordnung beider Ziele. Maßgeblich dafür sind die erkennbare Risikobelastung einerseits und die Eingriffstiefe in die betroffene Freiheit andererseits. Hier kann es erhebliche Unterschiede ausmachen, ob etwa legale oder illegale Handlungen kontrolliert<sup>153</sup> oder reguliert werden; ob Privat-,<sup>154</sup> Betriebs- oder Geschäftssphäre<sup>155</sup> oder aber die Öffentlichkeits-sphäre<sup>156</sup> betroffen sind; ob es um vergleichsweise nahe liegende Gefahren oder um ferner liegende Risiken in Vorsorgebereichen geht;<sup>157</sup> ob die zu steuernden Risiken von Handlungen, Anlagen oder Produkten mehr oder weniger prognostizierbar sind;<sup>158</sup> ob eine erkennbare Ge- oder Missbrauchsgefahr für kriminelle Handlungen besteht oder nicht. Hier werden im Gentechnik-, im Arzneimittel- oder im Atomrecht andere

---

<sup>151</sup> S. dazu allgemein H. Kindermann in: Schaeffer/Triffterer (Hrsg.) Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, 133 ff.

<sup>152</sup> Dazu allgemein E. Braun/M. Kilching Die Kriminalprävention 2002, 45.

<sup>153</sup> Hierzu am Beispiel der Unterscheidung von Kontrollzuständigkeiten der Polizei und der Nachrichtendienste C. Gusy DV 1991, 467; ders. KritVj 1994, 242, 245 ff.

<sup>154</sup> Zum Grundrechtsschutz der Privatsphäre BVerfG, NJW 2000, 1021.

<sup>155</sup> Zum Schutz der betrieblichen oder geschäftlichen Sphäre BVerfGE 32, 54, 68 ff.; 76, 83, 88.

<sup>156</sup> Dieser Schutz ist bislang explizit wenig thematisiert. Äußerungen oder Handlungen in der Öffentlichkeit sind nicht völlig schutzlos; sie genießen jedoch einen qualitativ anderen Schutz als denjenigen in privaten oder bestimmten geschäftlichen Sphären. S. dazu etwa C. Gusy VerwArch 2001, 344 ff.

<sup>157</sup> Hier differenzieren zu Recht schon die Länderpolizeigesetze, wenn sie zu bestimmten Vorsorge- oder Vorbeugungszwecken nur einzelne Befugnisse einräumen, wie es etwa § 1 Abs. 5 NRWPolG tut. Vergleichbare Unterschiede gelten auch zwischen dem Polizeii- und dem Verfassungsschutzrecht. Doch ist dies – entgegen der Wahrnehmung Möstls (Fn. 22), 408 Fn. 48, nicht das zentrale Kriterium für die Abgrenzung von Polizei und Nachrichtendiensten. So explizit C. Gusy (Fn. 153), 244 f.

<sup>158</sup> Dazu im Bereich des Atomrechts BVerfGE 49, 89, 131 ff.; s. näher di Fabio (Fn. 31), 76 ff.

Maßstäbe gelten als im „einfachen“ Polizeirechtsfall.<sup>159</sup> Das gesetzliche Risikomanagement hat demnach bereichsspezifisch zu differenzieren und Eingriffsverfahren, -tiefe und mögliche Sanktionen an dem Ergebnis dieser konkreten Abwägung auszurichten.<sup>160</sup>

Sind so unterschiedliche Aufgaben mit unterschiedlichen Mitteln und Befugnissen wahrzunehmen, so rechtfertigt dies auch das *Gebot organisatorischer Differenzierung* und Spezialisierung innerhalb des Staates.<sup>161</sup> Aus guten Gründen enthält das Grundgesetz keine Zuweisung der „inneren Sicherheit“ an einzelne Körperschaften oder gar Behörden. Maßgeblich für solche *Trennungsgebote*-Gedanken sind weniger Vorbehalte der Alliierten bei der Genehmigung des Grundgesetzes<sup>162</sup> als vielmehr grundrechtliche, datenschutzrechtliche und rechtsstaatliche Gesichtspunkte. Wenn Behörden unterschiedliche Aufgaben mit unterschiedlichen Instrumenten und unterschiedlichen Befugnissen erfüllen, so spricht mehr dafür, sie zu trennen, als dafür, sie zusammenzufassen.<sup>163</sup> Die Idee einheitlicher Megabehörden ist ohnehin ein Leitbild, das der Vergangenheit angehört. Grundgesetz und Gesetze gehen zu Recht von den Gedanken funktioneller und befugnismäßiger Differenzierung, organisatorischer Verselbstständigung und bereichsspezifischer Kooperation aus.<sup>164</sup>

#### dd) *Legitimation durch Kontrolle*

Das so verabschiedete Recht muss, um seine Legitimationswirkung zu erhalten, für die Exekutive als Verhaltens- und für die Justiz als Kontroll-

<sup>159</sup> Jüngster Überblick über Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei *P.T. Stoll* Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, 13 ff.

<sup>160</sup> Dies schließt die Notwendigkeit und Möglichkeit wissenschaftlicher Erarbeitung gemeinsamer Grundstrukturen nicht aus, wie sie etwa von *di Fabio* (Fn. 31), 445 ff., und *Stoll* (Fn. 159), 266 ff., unternommen werden.

<sup>161</sup> Zum Desiderat der Gewaltenteilung in der Verwaltung *W. Leisner* FS Maunz, 1971, 267; *ders.* DÖV 1969, 405. Zum Folgenden grundlegend *H.P. Bull* in: *ders.* (Hrsg.) Sicherheit durch Gesetze?, 1987, 15, 25 ff.

<sup>162</sup> Zu der hierdurch gespeisten Diskussion um das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten s. etwa *W.D. Remmele* in: Bundesministerium des Innern (Fn. 130), 312, 327; *F.A. Baumann* FS Posser, 1997, 299; *H. Albert* ZRP 1995, 108; *H. Roewer* DVBl 1988, 666; *M. Kutscha* ZRP 1986, 194 f.; *E. Denninger* ZRP 1981, 231; *M. Brenner* Bundesnachrichtendienst im Rechtsstaat, 1990, 48 ff.

<sup>163</sup> Zur Entwicklung und Begründung dieses Gedankenganges näher *C. Gusy* ZRP 1987, 45; *ders.* CuR 1989, 628; *ders.* DV (Fn. 153), 467; *ders.* KritVj (Fn. 153).

<sup>164</sup> Hierzu und zu dem Gedanken der Einheit der Verwaltung näher *B.O. Bryde* VVDStRL 46 (1988), 181, 196 ff. Zum Ganzen auch *B. Schlink* Die Amtshilfe, 1982. Überlegungen zur Optimierung von Zuständigkeiten von Sicherheitsbehörden aus politikwissenschaftlicher Sicht bei *R. Lhotta* DV 2003, 171; s. a. *E.H. Ritter* Perspektiven der inneren Sicherheit im politischen Mehrebenensystem, 1999.



norm wirken können. Wenn der Gesetzgeber das Wesentliche des Wesentlichen selbst regeln muss, kommt dem *Bestimmtheitsgebot*<sup>165</sup> gerade im Bereich weitreichender Grundrechtseingriffe eine hohe Bedeutung zu. Insbesondere sind defizitäre materiell-rechtliche Regelungen nicht einfach durch Verfahrensregelungen surrogierbar: Auch Behördenleiter<sup>166</sup> oder Richter müssen bei der Ausübung von Behördenleiter- oder Richtervorhalten aus dem Gesetz erkennen können, unter welchen Voraussetzungen sie einen Eingriff vornehmen oder nicht vornehmen dürfen.<sup>167</sup> Im Einzelfall bedürfen Grundrechtseingriffe namentlich dann einer besonderen Kontrolle, wenn der Rechtsschutz seine Wirkungen aus tatsächlichen Gründen nicht ausreichend erfüllen kann.<sup>168</sup> Diesem Anliegen kann allerdings durch die routinemäßige Mitwirkung von – oft außenstehenden, überlasteten und bisweilen nicht hinreichend fachkundigen – Richtern allein nicht ausreichend Rechnung getragen werden.<sup>169</sup>

Zu erwägen ist deren Ergänzung durch objektive Kontrollverfahren, etwa *Beauftragte*,<sup>170</sup> *Ombudspersonen* oder *politische Gremien*.<sup>171</sup> Hinzutreten sollten *Berichtspflichten*, wie sie etwa in Art. 13 Abs. 6 GG<sup>172</sup> ansatz-

<sup>165</sup> Jüngst BVerfGE 105, 135, 152 ff.

<sup>166</sup> Zu den Behördenleitervorhalten näher *H. Liskan/R. Mokros* NVwZ 1991, 609; *G. Aschmann* Die Polizei 2002, 40, schlägt eine Ausweitung von Behördenleitervorhalten vor, um die politische Kontrolle des Behördenhandelns zu optimieren.

<sup>167</sup> Hierzu näher *E. Weßlau* KritVj 1997, 243; *C. Gusy* StV 1992, 484, 486; *P.-A. Albrecht* DRiZ 1998, 333.

<sup>168</sup> BVerfGE 103, 142, 151 ff.; Vorschläge bei *H.H. Trute* (Fn. 21), 403, 419 ff.

<sup>169</sup> Dies belegen die Evaluationsergebnisse von *H.-J. Albrecht/C. Dorsch/C. Krüpe* Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003; *Backes/Gusy* (Fn. 128). Schon früher *D. Helmken* StV 2003, 193; *A. Schieder* KritVj 2000, 218; *G. Asbrock* StV 2001, 322; *ders.* ZRP 1998, 17, 18; *H. Wolter* DÖV 1997, 938.

<sup>170</sup> Zum – inzwischen allerdings wieder abgeschafften – Hamburger Polizeibeauftragten *M. Brusten* NKP 1997, 16; *J. Kersten* NKP 1998, 15. Zur Kontrolle durch Datenschutzbeauftragte Überblick bei *H. Bäuml* in: *Liskan/Denninger* (Fn. 20), J, 98 ff.

<sup>171</sup> BVerfGE 30, 1, 23 f. sieht deren Wirken unter bestimmten Voraussetzungen als der Gerichtskontrolle annähernd gleichwertig an. Dagegen sind die in einigen Bundesländern bestehenden Polizeibeiräte – s. etwa §§ 14 NRWPOG; 13 BbgPOG; 10f. SHPOG – als Kontrollorgane untauglich.

<sup>172</sup> Näher hierzu *H.-J. Papier* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 119) Art. 13 Rn. 117 ff.; *P. Kunig* in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 13 Rn. 51 ff.; *J. Berkemann* in: *AK-GG*, 3. Aufl., Art. 13 Rn. 192 ff.; *G. Gornig* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) Grundgesetz I, 4. Aufl. 1999, Art. 13 Rn. 145. Vergleichbare Berichte über Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis gem. § 88 TKG s. etwa *J. Ehmer* in: *Büchner* (Hrsg.) Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 88 Rn. 84; *G. Löwnau-Iqbal* in: *Scheurle* (Hrsg.) Telekommunikationsgesetz, 2002, § 88 Rn. 15 ff.

weise, wenn auch noch auf zu hoher Ebene und damit zu hohem Allgemeinheitsgrad, vorgesehen sind. Solche Instrumente neuer Art werden namentlich im Sicherheitsrecht erst unzureichend genutzt. Sie könnten die Einsicht wach halten, dass Legitimation und Kontrolle der Sicherheitspolitik untrennbar zusammengehören. Hierzu zählt etwa, dass die Kontrolle nicht nur im individuellen Interesse Betroffener und auf deren Veranlassung hin notwendig ist. Vielmehr liegt sie zugleich im öffentlichen Interesse und hat permanent und von Amts wegen stattzufinden. So kann dann auch sichergestellt werden, dass die demokratisch zu leistende und zu verantwortende Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit nicht bloß auf dem Papier des Gesetzblatts steht, sondern gerade dort Wirksamkeit erlangt, wo das Machtgefälle zwischen Handelnden und Betroffenen am größten ist: bei der Steuerung verdeckter oder imperativer Handlungen von Sicherheitsbehörden.<sup>173</sup>

c) *Ein Sonderfall: Bundeswehr und innere Sicherheit*

Die zunehmend beobachtete Vernetzung innerer und äußerer Sicherheit hat eine Diskussion um mögliche Bundeswehreinsätze auch zur inneren Krisenintervention – über die gegenwärtig engen verfassungsrechtlichen Grenzen hinaus – ausgelöst. Hier gilt ungeachtet aller Wandlungen im Detail nach wie vor der Grundsatz: Zweck und Mittel polizeilichen und militärischen Handelns sind verschieden. *Die Polizei soll sichern, dass die Menschen in Frieden zusammen leben können; das Militär soll hingegen sichern, dass die Menschen in Frieden getrennt voneinander leben können.* Diese Unterschiede prägen Strategien, Handlungsweisen, Ausbildung und Ausrüstung beider Organisationen.

Das *Militär* denkt und handelt grundsätzlich in den Kategorien von „Angriff“ und „Verteidigung“, Ertragsmaximierung und Verlustminimierung, „Sieg“ und „Niederlage“.<sup>174</sup> Prototypen dieses Denkens sind nach wie vor der Krieg, seine Führung bzw. Vermeidung. Darauf ist nicht nur das Denken, sondern auch das Handeln, die Ausbildung und die Ausrüstung der Soldaten ausgerichtet. Die Herausbildung der *Polizei* ist hingegen historisch als Konsequenz der Einsicht zu begreifen, dass militärisches Denken und Handeln zur Aufrechterhaltung des inneren Friedens

<sup>173</sup> Der weit verbreitete Gedanke, dass mehr Recht nicht notwendig zu einer vermehrten Steuerung durch Recht führt, ist näher ausgeführt bei *D. Grimm* (Hrsg.) *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990.

<sup>174</sup> Dazu nach wie vor grundlegend *C. v. Clausewitz* *Vom Kriege*, 1832/2003, 27 ff., 92 ff., 113, 178 ff., 217 ff., 369 ff., 394 ff., 592 ff.; jüngst *Sofsky* (Fn. 30), 182 f.: „Das Militär ist ausgerüstet zum Kampf gegen einen militärischen Gegner.“

nicht mehr adäquat ist.<sup>175</sup> Sie denkt und handelt in den Kategorien punktueller Intervention, der Pazifizierung der Gesellschaft, der Aufwandsminimierung und der Deeskalation. Strategien, Ausbildung und Ausrüstung der Polizei sind zentral auf (Bürger-)Kriegsvermeidung, Aufrechterhaltung eines Mindestmaßes an gesellschaftlicher Ordnung, Deeskalation und (Re-)Integration Andershandelnder in eine relativ heterogene Gesellschaft ausgerichtet.<sup>176</sup>

Gewiss: In jüngerer Zeit haben sich hier neue Herausforderungen und einzelne Annäherungen der Handlungsstrategien ergeben.<sup>177</sup> Doch bleiben in der Alltagspraxis die grundsätzlichen Unterschiede nach wie vor prägend. Daher sind militärische und polizeiliche Sicherheitsproduktion nicht einfach kommensurabel: Die eine kann nicht durch die andere ersetzt werden. Angesichts der Eigenlogik des jeweiligen Handelns reicht es auch nicht aus, dass das Militär bei Einsätzen nach innen der Verantwortung der hier zuständigen Organe unterstellt ist. Diese können Strategie und Instrumentarium des militärischen Handelns nicht einfach durch punktuelle Anweisungen ändern. Daraus folgt: Zur Ausübung von Zwangsgewalt nach innen ist die Bundeswehr grundsätzlich ungeeignet. Ausnahmen können nur in besonders gelagerten Einzelfällen – etwa bei der Luftsicherung<sup>178</sup> – in Betracht kommen. Daneben mag die Heranziehung von technischem und logistischem Know-how der Bundeswehr gerade bei Katastrophen oder „Großlagen“, deren Vermeidung oder Bewältigung nützlich sein. *Für die Übertragung weitergehender Sicherheitsaufgaben und -befugnisse nach innen an das Militär gibt es hingegen keine zureichende sachliche Begründung und erst recht keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung.*<sup>179</sup>

<sup>175</sup> Zur Geschichte H.-J. Lange (Hrsg.) Staat, Demokratie und Innere Sicherheit in Deutschland, 2000. W. Knöbl Polizei und Herrschaft im Modernisierungsprozess, 1998.

<sup>176</sup> Dazu näher W. Schmidbauer Kriminalistik 2002, 524; M. Walter MschrKrim 1997, 44; R. Haselow/G. Kissmann in: Lange (Fn. 16), 123 ff.

<sup>177</sup> Zum Wandel der Militärdoktrin näher: Gemeinsame Sicherheit und Zukunft der Bundeswehr. Bericht der Kommission an die Bundesregierung, Bonn 2000, Nr. 1, 14 ff.; L. Rühl Aus Politik und Zeitgeschichte 2002, H. 24, 5 ff.; H. Meya Aus Politik und Zeitgeschichte 2002, H. 24, 3 ff.; B. Fleckenstein Aus Politik und Zeitgeschichte 2000, H. 43, 3, 4 ff. Wichtig M. v. Crevelde Die Zukunft des Krieges, 2. Aufl. 2001.

<sup>178</sup> Einzelheiten bei P. Wilkesmann NVwZ 2002, 1316. Zum Sonderfall des Abschusses eines entführten Flugzeugs G. Jerouschek FS Schreiber, 2003, 185.

<sup>179</sup> E. Schmidt-Jortzig DÖV 2002, 773, 777 f.; zurückhaltend auch J. Wieland Äußere Sicherheit: Von der Landesverteidigung zur Krisenintervention, unveröff. Ms. 2003.

### III. Schlussbemerkung

Die jüngeren Diskussionen über den internationalen Terrorismus haben die Perspektive einseitig auf die Risiken der Freiheit gelenkt. Dahinter tritt die andere Blickrichtung, nämlich die Chancen einer Politik zur Herstellung von Freiheit, völlig zurück. Es geht darum, der *Sicherheitspolitik* eine *Freiheitspolitik*<sup>180</sup> zur Seite zu stellen. Sie muss mehr zu bieten haben als Überwachungsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe.<sup>181</sup> Eine notwendig mittel- bis langfristige Freiheitspolitik muss bei den Ursachen ansetzen, welche Risiken wie etwa den Terrorismus hervorbringen. Diese Ursachen sind umrisshaft bekannt. Sie näher zu erforschen und zu beseitigen ist ein Projekt, dessen Konturen hier nicht einmal aufgezeigt werden konnten. Doch erscheinen solche Strategien auch in Zeiten leerer Kassen nicht aussichtslos. Langfristig gesprochen könnten sie sogar die günstigere Alternative sein.

---

<sup>180</sup> Dazu in unterschiedlichen Kontexten *W. Hassemer* (Fn. 37), 13; *A. Baratta* KritVJ 2003, 210; *Albrecht* (Fn. 41), 15ff. Ansätze auch bei *Kötter* (Fn. 145), pass.; *W. Heitmeyer* in: Hoffmann/Schoeller (Fn. 2), 221 ff.

<sup>181</sup> *M. Kniesel* ZRP 1996, 482, 487; *W. Hassemer* StV 1995, 483; *ders.* StV 1994, 333; *ders.* StV 1993, 664.

*Leitsätze des 2. Berichterstatters über:*

## **Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse**

*1. Die Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit nimmt in den meisten Verfassungsstaaten einen unterschiedlichen rechtlichen Status ein. Während Sicherheit regelmäßig Verfassungsvoraussetzung bleibt, ist Freiheit jedenfalls in Staaten mit Grundrechtsgarantien Verfassungsinhalt geworden.*

*2. Freiheit und Sicherheit sind unterschiedliche Staatsziele. Sicherheit ist die Abwesenheit von Risiken; Freiheit verursacht bzw. steigert Risiken. Die „Staatsaufgabe Freiheit“ individualisiert Entscheidungszuständigkeiten; die „Staatsaufgabe Sicherheit“ kollektiviert Entscheidungszuständigkeiten.*

*3. Der Sicherheitsdiskurs ist ein moderner Diskurs. Er hat ältere Sicherheitskonzepte in Richtung Dynamisierung und Subjektivierung verändert. Das Ziel „der“ Sicherheit wird so theoretisch unerreichbar und letztlich paradox.*

*4. Die Zuordnung von Freiheit und Sicherheit fragt nach Sicherheit in Freiheit einerseits und Freiheit in Sicherheit andererseits. Unterschiedliche Ansätze haben wichtige Einsichten hervorgebracht, aber die viel beschriebene „Quadratur des Zirkels“ nicht leisten können.*

*5. Sicherheit stabilisiert und garantiert die Verkehrsregeln der Freiheit. Ihre konkrete Zuordnung ist durch das demokratisch legitimierte Recht zu leisten. Dies bringt auch die Formel vom „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zum Ausdruck.*

*6. Die bisweilen postulierte Staatsaufgabe einer „umfassenden Risikosteuerung“ greift zu weit. Sie läuft entweder leer oder sie existiert in dieser Form nicht. Dem Grundgesetz lassen sich nur einzelne normative Vorgaben eines differenzierten staatlichen Risikomanagements entnehmen. Es begründet einige Staatsaufgaben auf dem Gebiet der Sicherheit und lässt einige andere zu. Deren Sammelbezeichnung als „Staatsaufgabe Sicherheit“ kann allein klassifikatorisch verstanden werden: Ihr Ganzes ist also die Summe seiner Teile – und nicht mehr.*

*7. Ein Grundrecht auf Sicherheit würde Freiheit privatisieren und das Risikomanagement verstaatlichen. Eine derart absolute Funktionsdifferenzierung lässt sich aber weder staatsrechtlich noch staatsrechtlich begründen. Insbesondere die Formel vom Gewaltmonopol gibt hierfür nichts her. Zudem geriete Grundrechtsausübung unter den Möglichkeitsvorbehalt staatlicher Ressourcen.*

8. Ein wirksames Sicherheitsrecht erfordert eine differenzierte Verantwortungsordnung. Wer ein erhöhtes Risiko schafft, darf und muss ggf. am Risikomanagement beteiligt werden. Eine grundsätzlich zulässige Arbeitsteilung zwischen öffentlicher und privater Sicherheitsproduktion bedarf angemessener rechtlicher Rahmenbedingungen.

9. Der liberale Rechtsstaat hat wichtige Instrumente zur Ermöglichung, Steuerung und Begrenzung von Risikoauflärung und Risikomanagement hervorgebracht. Doch sehen sie sich gegenwärtig neuen Herausforderungen ausgesetzt. Das gilt namentlich für die vorausgesetzte Staatsaufgabenlehre, den Grundrechtsschutz durch Abwägung und Übermaßverbot, das Schutzpflichtenkonzept und die Kontrollkompetenzen der Justiz.

10. Daher bedürfen die tradierten rechtsstaatlichen Instrumente ihrer Ergänzung durch neue Mechanismen zur angemessenen Legitimation und Kontrolle von Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung.

11. Der Schutz des Sicherheitsgefühls ist keine eigenständige Staatsaufgabe und auch nicht geeignet, Eingriffsbefugnisse gegen Dritte zu begründen. Seine Pflege ist allenfalls als Folge ansonsten zulässiger und rechtmäßiger Sicherheitspolitik zu begreifen.

12. Sicherheitspolitik und Sicherheitsrecht unterliegen dem Gebot angemessener sachlicher und organisatorischer Differenzierung.

13. Ungeachtet neuerer Wandlungen der Sicherheitsdoktrin gilt im Grundsatz nach wie vor: Die Polizei soll sichern, dass die Menschen in Frieden zusammen leben können. Das Militär soll sichern, dass die Menschen in Frieden getrennt leben können. Diese Unterschiede prägen Strategien, Handlungsweisen, Ausbildung und Ausrüstung beider Organisationen. Für eine Übertragung von Aufgaben der inneren Sicherheit mit Zwangsgewalt an die Bundeswehr über den gegenwärtigen Rechtszustand hinaus gibt es keine zureichende sachliche Begründung und erst recht keine verfassungsrechtliche Legitimation.

14. Eine überwiegend von dem Problem der Terrorismusabwehr geprägte Sichtweise hat die Risiken der Freiheit in den Vordergrund gerückt. Aus dieser Perspektive erscheint Sicherheitspolitik überwiegend als Aufgabe behördlicher, polizeilicher oder nachrichtendienstlicher Risikobekämpfung. Dadurch ist die Notwendigkeit einer Freiheitspolitik, welche nach den Risikoursachen fragt und diese zu steuern versucht, in den Hintergrund getreten. Sie könnte auch in Zeiten knapper staatlicher Ressourcen langfristig die günstigere Alternative sein.

### 3. Aussprache und Schlussworte

## Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse

**Vorsitzende (Weber-Dürler):** Verehrte Kollegen und Kolleginnen, wir haben 17 Wortmeldungen, und wir haben versucht, sie in vier Blöcken unterzubringen. Der erste größere Block umfasst ungefähr die Hälfte der Wortmeldungen: Freiheit und Sicherheit in ihrem gegenseitigen Verhältnis. Dann einige Meldungen zur sozialen Sicherheit, dann eine Reihe von Voten zum Sicherheitsgefühl, zur subjektiven Dimension und zu den Straftatbeständen, und am Schluss noch eine Äußerung zum ausländischen Staats- und Verfassungsverständnis. Nun also Freiheit und Sicherheit. Wenn ich Herrn *Bull* als ersten Redner bitten darf.

**Bull:** Sehr verehrte Kolleginnen und Kollegen, wir sind Herrn *Gusy* zu Dank verpflichtet für seine wichtigen Differenzierungen und die Schlussfolgerungen aus dem allgemeinen Gebot der Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit. Ich möchte anknüpfen an seine These 2: Freiheit und Sicherheit sind unterschiedliche (und mündlich hat er gesagt, vielfach gegenläufige) Staatsziele. Wichtig ist hier, dass sie in der Tat als Staatsziele verstanden werden und nicht als Grundrechte. Als Grundrechte sind „Freiheit“ ganz allgemein und „Sicherheit“ ganz allgemein nicht realisierbar – auch das hat Herr *Gusy* schon in Ansätzen dargelegt. Übrigens zeigt sich auch bei der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG mit ihrem unendlich weiten Schrankenvorbehalt, dass die Freiheit als solche nicht wirklich greifbar ist, sondern dass sich an dieser Stelle des Grundgesetzes vor allem ein rechtstechnischer Ansatz für den Individualrechtsschutz findet.

Wir sollten vielleicht lieber von „Freiheitlichkeit“ und „Sicherheitsstaatlichkeit“ als Staatszielen sprechen, weil wir dadurch die Unterscheidung zwischen Grundrechten und Staatszielen besser herausarbeiten und die zu hohe Abstraktion ein wenig vermeiden, die mit den Begriffen „Freiheit“ und „Sicherheit“ verbunden ist. Freiheitlichkeit meint – und das kam ebenfalls in den Referaten zum Ausdruck – ein Klima der Liberalität, der Abwesenheit von Unterdrückung, und Sicherheitsstaatlichkeit meint natürlich nicht absolute, vollständige Abwesenheit von Kriminalität oder Risiken, sondern einen erträglichen, einen angemessenen Grad,

bis zu dem keine Kriminalität begangen wird, und einen relativ hohen Erfolgsgrad der Strafverfolgung. Beide Ziele oder Zielelemente sind anzustreben. Das ist das Wesen eines Staatsziels und einer Staatsaufgabe: Einen Zustand herstellen, in dem sich in dem Staat leben lässt, und nicht eine Rechtsordnung, die dem Einzelnen nun etwa einklagbare Ansprüche auf diese Zustände in seinem persönlichen, individuellen Lebensumfeld und seiner Lebenssituation gewährleistet. Das heißt aber auch, Freiheit und Sicherheit sind im Regelfall nicht unbedingt konfligierende Staatsziele. Betroffen ist normalerweise, im Regelfall, die subjektive Freiheit des einen, damit die Sicherheit der anderen gewährleistet werden kann. Und umgekehrt wäre die Sicherheit der vielen in Gefahr, wenn ausschließlich die Freiheit der anderen garantiert würde. Es gilt, eine Abwägung vorzunehmen und ein Verhältnis herzustellen, in dem sich möglichst viel von beiden Zielen und beiden Zuständen erreichen lässt.

**Murswiek:** Ja, ich kann daran anknüpfen. Ich sehe es auch so. Es gibt ein Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit, wie Herr *Gusy* das dargelegt hat, ich möchte aber betonen, dass es sich nicht um einen antagonistischen Gegensatz handelt, sondern, im Gegenteil: Sicherheit und Freiheit sind sozusagen zwei Seiten derselben Medaille. Aus der Sicht der liberalen Staatstheorie geht es im Grunde genommen um dasselbe, nur mit verschiedenen Richtungen: Freiheit für den Einzelnen ist da, wenn der Staat überhaupt nichts tut. Insofern wird die Freiheit gesichert durch die negatorischen Ansprüche, Unterlassungsansprüche gegen den Staat. Die Freiheit muss aber auch gesichert werden gegen Eingriffe Dritter, und diese Freiheitssicherung (natürlich Freiheit als Oberbegriff auch für die anderen Rechtsgüter Leben, Eigentum), Freiheit gegenüber Dritten zu sichern, das bezeichnen wir als Sicherheit, und das ist die Aufgabe des Staates, hier muss der Staat tätig werden. In beiden Fällen aber geht es um die Freiheit, also es geht nicht um jeweils etwas anderes. Und zu einer Spannung kommt es meines Erachtens nur deshalb, weil die Freiheit gegenüber Eingriffen Dritter ja nicht nur dann durch staatliche Maßnahmen gesichert werden kann und muss, wenn mit Sicherheit feststeht, dass die Freiheitsausübung des einen zu Freiheitsverletzungen beim andern führen würde, sondern weil es in vielen Fällen ungewiss ist, ob das der Fall ist. In dieser Ungewissheitssituation muss gehandelt werden, und weil wir keine vollständige Kenntnis der möglichen Geschehensabläufe haben, wird möglicherweise die Freiheit des einen stärker eingeschränkt, als es unbedingt notwendig wäre, um die Freiheit des anderen zu schützen. Das ist die Risikothematik, und auf dieser Ebene muss ein ausgewogener Kompromiss zwischen Freiheit und Sicherheit gefunden werden. Ich glaube, es ist auch richtig, dass das, wie



Herr *Gusy* dargelegt hat, in verschiedenen Sachbereichen in unterschiedlicher Weise getan werden kann, und dass hier der Gesetzgeber große Einschätzungsspielräume hat.

Ein kurzes Wort und ein Brückenschlag zum Thema unseres heutigen Vormittags in diesem Zusammenhang: Ich glaube, zur Wahrnehmung der Aufgabe Sicherheit bedarf es nach wie vor des öffentlichen Gewaltmonopols einschließlich des Monopols der öffentlichen Gewalt für Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung. Dieses Monopol kann heute nicht mehr allein dem Staat zugeordnet werden – auch die internationale Ebene ist einbezogen – aber im Verhältnis zu Privaten bedarf es dieser Monopolstellung, sonst ließe sich Sicherheit nicht herstellen. Ich sehe nach wie vor kein anderes überzeugendes Modell, und ich kann auch nicht sehen, wie Sicherheit gewährleistet werden könnte durch irgendein Netzwerk, eine Pluralität von Rechtsordnungen, in denen sich keine klaren Verantwortungsverhältnisse ausmachen lassen. Herstellung von Sicherheit in diesem Sinne setzt innere Souveränität voraus, klare Verantwortungsverhältnisse und eindeutige Befugnisse.

Zum Schluss noch eine Frage an Herrn *Gusy*: Wie haben Sie das gemeint mit der Privatisierung der Freiheit? Ist Freiheit nicht vom Ansatz her notwendigerweise privat?

**Kämmerer:** Meine Frage bzw. Anmerkung richtet sich an Herrn *Gusy*. Vielen Dank für die sehr differenzierte Unterscheidung zwischen Freiheit und Sicherheit, die Sie uns präsentiert haben und die ich recht anregend fand. Nicht ganz klar geworden ist mir allerdings, welchen verfassungsrechtlichen Platz Freiheit und Sicherheit dabei am Ende haben sollen. Sie qualifizieren beide, Freiheit wie Sicherheit, als Staatsziel. Ist das nicht, zumindest was die Freiheit betrifft, noch ein wenig zu kurz gegriffen, zumal ja dieses Staatsziel hinter den vielen konkreten Freiheitsverbürgungen der Verfassung doch am Ende verblassen soll? Wie aber soll sie sonst nach Ihrer Argumentation verankert werden, wenn Sie Begründungen wie die aus dem Gewaltmonopol oder dem Grundrecht auf Sicherheit als Begründung zurückweisen? Was die erste Begründung – die aus dem Gewaltmonopol – betrifft, sehe ich das wie Sie und anders als Herr *Murswiek* und heute Morgen Herr *Grimm*. Jedenfalls wenn man der Mehrheitsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts in „Reiten im Walde“ folgt, wonach Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz schlechthin jedes, also auch gewalttätiges Verhalten des Einzelnen schützt, ist für ein Gewaltmonopol – jedenfalls in *Max Webers* Sinne – nach meiner Ansicht kein Raum mehr. Sie, Herr *Gusy*, definieren Sicherheit als Abwesenheit von Risiken in größerer Zahl von Fällen, und Freiheit als etwas, was Risiken verursacht oder Risiken steigert. Daraus folgt, dass Sicherheit die Abwesenheit von

Folgen der Freiheitsausübung ist. Von wem, das ist nun die Frage, soll dieses Risiko fern gehalten werden? Sie wenden sich gegen ein Grundrecht auf Sicherheit, das in gewisser Weise auch neben den Freiheitsgrundrechten stünde, so dass am Ende dann doch wieder die Freiheitsrechte als Verkörperungen der Freiheit im Mittelpunkt stehen, sofern man Sicherungen für die Staatsorgane, die Sicherheit des Staates, ausklammert. Insofern hege ich etwas Zweifel an der Unterschiedlichkeit von Freiheit und Sicherheit als Staatsziel und werfe die Frage auf: Riskieren Sie nicht, indem Sie Sicherheit von Freiheit so weit abstrahieren, dass Eingriffe in Freiheiten, präziser: in Freiheitsrechte, schwieriger zu begründen sein werden als bisher?

**Stoll:** Beide Referenten haben am Rande die Möglichkeit der Übertragung der Aufgaben der Gewährleistung von Sicherheit an Private erwähnt. Ein Beispiel dafür sind private Sicherheitsdienste. Selbst dann, wenn diese privaten Sicherheitsdienste in gleicher Weise wie staatliche Sicherheitsgewährleistung die Rechtsgüter schützen, wird allgemein angenommen, dass irgendwo eine Grenze für den Einsatz Privater liegt. Können Sie das Verhältnis staatlicher und privater Sicherheitsgewährleistung noch weiter ausführen?

**Alexy:** Freiheit und Sicherheit sind höchst abstrakte und unbestimmte Begriffe. Deshalb kommt, wie stets bei solchen Begriffen, alles auf Genauigkeit an. Ich gehe auf These 8 von Herrn *Brugger* ein. Herr *Brugger*, Sie präsentieren ein dreistufiges Modell. Erst das Rechtsstaatsprinzip, dann die grundrechtlichen Schutzpflichten und dann das umstrittene Grundrecht auf Sicherheit. Ich habe mich gefragt: Warum beginnen Sie mit einem objektiven Prinzip, dem Rechtsstaatsprinzip? Warum beginnen Sie nach Ihrem historischen Überblick, was, wie ich meine, näher gelegen hätte, nicht mit dem Recht auf Leben, Freiheit und Eigentum? Ein solches Recht scheint mir der archimedische Punkt des Ganzen zu sein. Man könnte in ihm sogar den archimedischen Punkt des Staatsrechts überhaupt sehen. Das führt auf den Vormittag zurück. Mir scheint, dass die Schutzpflichten nicht um ihrer selbst willen da sind. Sie sind es um grundrechtlicher Güter willen, wie Leben, Freiheit und Eigentum. Es handelt sich bei ihnen also um Metapflichten und damit, soweit ihnen Schutzrechte korrespondieren, um Metarechte. Man könnte auch, entsprechend der Tradition der allgemeinen Rechtslehre, von „sekundären Rechten“ sprechen. Wenn wir aber erst einmal Schutzpflichten und Schutzrechte haben, dann haben wir notwendig den Staat. Wer sonst soll in einem Zustand ohne Bürgerkrieg schützen? Von hier aus – und deshalb habe ich das Bild vom archimedischen Punkt verwendet – können

wir sogar von der ewigen Notwendigkeit des Staates sprechen. Um den Gegenstand unserer Disziplin brauchen wir uns daher überhaupt keine Sorgen zu machen. Alles Weitere ergibt sich hieraus, und zwar bis in die feinsten Verästelungen des Internationalen.

Ich habe noch eine kleine Bemerkung zu Herrn *Gusy*. Herr *Gusy*, Sie sagen mit einem gewissen Recht, ein Grundrecht auf Sicherheit könne es nicht geben. Wenn wir von einem „Grundrecht auf Sicherheit“ sprechen, verwenden wir diesen Ausdruck allerdings oft als Sammelbezeichnung für das, was insgesamt zum Recht auf Schutz gehört. In diesem nichttechnischen Sinne kann man natürlich von einem „Grundrecht auf Sicherheit“ sprechen. Ich stimme Ihnen aber ganz darin zu, dass von einem echten Grundrecht auf Sicherheit deshalb nicht die Rede sein kann, weil Sicherheit ein kollektives Gut ist. Es kann keine individuellen Rechte auf kollektive Güter geben. Was ich aber nicht ganz verstehe, ist, dass Sie in Ihrer These 6 sagen, eine Staatsaufgabe „umfassende Risikosteuerung“ greife zu weit. Natürlich, wenn „umfassende Risikosteuerung“ „perfekte Risikosteuerung“ heißt, dann geht das nicht, weil perfekte Risikosteuerung nicht möglich ist. Aber könnte es nicht eine abwägungsfähige Staatsaufgabe der möglichst weitgehenden Risikosteuerung geben?

**Schachtschneider:** Wenn so grundlegende Fragen erörtert werden wie in den heutigen Referaten, ist es unverzichtbar, die Begriffe, die tragenden Begriffe, zu definieren. Das ist nur zum Teil geschehen. Zunächst zum Begriff des Staates: Wenn wir Staat mit *Kant* als die Vereinigung, *civitas*, einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen definieren, entfallen die meisten Probleme, die Herr *Vesting* mit dem Staat hatte. Wenn man den Begriff *Kants* zugrundelegt, gibt es wenig Zweifel, dass auch die internationalen Organisationen, jedenfalls funktional und weitgehend institutionell, Staat sind, jedenfalls zum Staat gehören. Es stellt sich allerdings die Frage der demokratischen Legitimation, die Frau *Kokott* angesprochen hat. Das andere ist der Begriff der Freiheit, der auch hier fundamental ist. Herr *Alexy* hat einen Ansatz, die Freiheit zu begreifen, vorgeschlagen. Insofern sind wir unterschiedlicher Auffassung, lieber Herr *Alexy*. Ich meine, die Freiheit ist nicht unbestimmt, sondern sie ist formal. Aus dem Begriff der Freiheit lässt sich materialisiertes Recht nicht entwickeln, sondern die Freiheit lässt sich nur verwirklichen, nämlich durch allgemeine Gesetze, die allerdings dem Prinzip eines menschheitlichen Rechts entsprechen müssen. Freiheit ist die Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür, die ohne innere Freiheit, Sittlichkeit, die der Moralität verlangt, nicht denkbar ist. Freiheit ist niemals das Recht, anderen zu schaden. Deswegen erwächst aus Freiheit auch kein Risiko, Herr *Gusy*, sondern das Leben bringt Risiken mit sich. Wir können handeln, weil wir

die Idee der Freiheit haben, und müssen die Risiken des Handelns zu beherrschen versuchen. Es ist alleiniger Zweck des Staates, die Freiheit, die allgemeine Freiheit, zu verwirklichen. Sie verwirklicht sich durch prozedurale und vor allem materiale Rechtlichkeit. Es gilt die Formel: Keine Freiheit ohne Recht, kein Recht ohne Staat. Der Staat ist notwendig, man kann ihn nicht aus der Geschichte verabschieden, indem man ihn nicht begreift. Rechtlichkeit ist der polizeirechtliche Begriff der Sicherheit. Sicherheit heißt: Wirklichkeit des Rechts. Insofern scheint mir das Prinzip Sicherheit im Staatsbegriff selbst zu liegen, ohne dass dieses noch durch eine besondere Formel angesprochen werden müsste. Es gibt denn doch ein subjektives Recht auf „kollektive Güter“, ein Recht auf Recht nämlich, welches *Kant* bestmöglich begründet hat, das Recht auf die bürgerliche Verfassung und damit ein Recht auf den Staat. Jeder hat ein subjektives Recht darauf, ob die Gerichte das anerkennen oder nicht. Es gibt auch ein Recht auf Stabilität, auf wirtschaftliche Stabilität, auch wenn das Bundesverfassungsgericht ein solches subjektives Recht (jedenfalls aus der Eigentumsgewährleistung) nicht anzuerkennen vermochte. So schließt sich der Kreis. Wir haben sehr viel weniger Probleme, wenn wir eines bedenken: Grundlage des Rechts und des Staates kann nur die Freiheit des Menschen sein. Niemand kann den Menschen verpflichten, als er selbst, als die Autonomie des Willens. Die Freiheit lässt einen Unterschied zwischen Völkerrecht und Staatsrecht in der Verbindlichkeit nicht zu. Der Dualismus sollte überwunden werden. Ich spreche vom umgekehrten Monismus. Das Entscheidende ist, dass alles Recht auf Freiheit beruht, wie auch immer wir das gemeinsame Leben in dieser Welt organisieren.

**Isensee:** Heute Morgen haben wir den Staat eingäschert, heute Nachmittag steigt er als Phönix aus der Asche wieder hervor. Jetzt erscheint er als Wohltäter der Freiheit und der Sicherheit, ihr Garant, zugleich aber ihr Widersacher. Krasser kann sich ein Paradigmenwechsel am selben Tag nicht ereignen, als wir ihn gerade erleben. Herr *Alexy* hat soeben gleichsam als Notar dieser Entwicklung fungiert.

Was Freiheit ist, lässt sich, jedenfalls im Blick auf die Grundrechte als Abwehrrechte, einfach definieren: als Abwesenheit von staatlichem Zwang. Das aber bedeutet nicht schlechthin Abwesenheit des Staates. Denn Voraussetzung der Ausübbarkeit grundrechtlicher Freiheit ist der status civilis, der vom Staat gewährleistete Gesamtzustand der Sicherheit. Ohne diese Gewähr wäre Abwesenheit von staatlichem Zwang Anwesenheit virtueller privater Gewalt. Was nützt das Grundrecht der Freizügigkeit, wenn ich mich nicht auf die Straße wagen kann aus Furcht vor Überfällen? Die rhetorische Frage stellte übrigens *Wolfgang Zeidler*, der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts.

Die Grundrechte richten sich gegen Gefahren von zwei Seiten: in ihrer Abwehrfunktion gegen den staatlichen, in ihrer Schutzfunktion gegen den privaten Übergriff. Dort geht es um Freiheit, hier um Sicherheit. Nun kann man freilich Freiheit auch als Sicherheit vor dem staatlichen Übergriff verstehen. So wurde in den Beratungen des Grundgesetzes die Freiheit der Person, also die räumliche Bewegungsfreiheit, im Verhältnis zum Staat als Sicherheit verstanden. In dieser Bedeutung ist das Wort Sicherheit eingegangen in die Europäische Menschenrechtskonvention und in die Europäische Grundrechtscharta, die jeder Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit zuerkennen. Insoweit sind Freiheit und Sicherheit konvertibel. Gegenstand der heutigen Beratung ist jedoch die Sicherheit im Verhältnis zum Nebenmenschen. In der Evolution des Verfassungsstaates liegt die ursprüngliche Aufgabe des Staates darin, diese Sicherheit zu gewährleisten. Auf einer höheren Stufe der Evolution, der Stufe *John Lockes*, wird Sicherheit auch vor dem Hüter der Sicherheit gewährleistet: die Freiheit.

Die relative Klarheit der Begriffe Freiheit und Sicherheit geht verloren, wenn Herr *Gusy* Sicherheit als Abwesenheit von Risiken versteht. Risiko, der Gegenbegriff zu Chance, tritt an die Stelle des Begriffs der Gefahr, also der nicht entfernten Möglichkeit eines Schadens. Dem Begriff des Risikos fehlt die innere Begrenztheit des Gefahrbegriffs. Er taugt nicht zur Definition von Freiheit und Sicherheit. Freiheit entbindet Risiken, und Sicherheit vor Risiken ist utopisch. Eine Utopie, die weder erreichbar noch wünschbar ist.

**Grimm:** Es ist nur ein Zwischenruf. Der Widerspruch, den Herr *Iensee* eben zwischen heute Vormittag und heute Nachmittag entdeckt zu haben glaubt, löst sich mühelos auf, wenn wir zwischen Staat und öffentlicher Gewalt unterscheiden. Wir brauchen natürlich, wenn wir ein System auf Freiheit gründen wollen und die Freiheit sicher sein soll, eine Gewalt, die dies gewährleistet. Aber der Staat ist eine kontingente Form von öffentlicher Gewalt, die aus historischen Gründen entstanden ist und aus historischen Gründen auch wieder entfallen kann. Dann bleibt aber immer noch, wenn nicht Anarchie ausbricht, die öffentliche Gewalt übrig.

**Götz:** Eine Bemerkung zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechtes. Er ist eine Innovation des Vertrages von Amsterdam und bestimmt ein Verfassungsziel der Europäischen Union, welches Projektcharakter hat. Dieses Projekt des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts steht auch für einen ganz spezifischen, europarechtlichen Zusammenhang zwischen der Freiheit und der Sicherheit, auf den ich hin-

weisen möchte. Der Europäische Rat unternahm es, dieses Projekt in einem ersten Schritt 1999 mit Leben zu erfüllen. Auf seiner Ratstagung in Tampere hat er ein ganzes Bündel von Maßnahmen der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität vorgestellt – ich nenne die Stichworte Europol, organisierte Kriminalität, Drogenkriminalität. Das politische Kalkül dabei war es, dass der europäischen Öffentlichkeit diese Maßnahmen der inneren Sicherheit nicht ohne gleichzeitige Vorlage eines großen neuen Freiheitsprojektes präsentiert würden. Also: – ähnlich wie es in den Schlussbemerkungen von Herrn *Gusy* anklang, aber vielleicht hat er's sich anders vorgestellt – der Sicherheitspolitik sollte eine Freiheitspolitik an die Seite treten. So kam es, dass die uns allen bekannte Europäische Grundrechtscharta ursprünglich ein Teil dieses Projektes Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist. Dieser Zusammenhang ist leider später in allen Diskussionen und auch in der Praxis völlig verloren gegangen. Die Freiheitsgewährungen der europäischen Grundrechte bedeuten ursprünglich, dass die Europäer, die grenzüberschreitend durch Aufenthalt und Betätigung ihre Grundfreiheiten wahrnehmen, in den jeweiligen Ländern auch alle grundrechtlichen Freiheiten in Anspruch nehmen können, also dort, wo sie sich aufhalten und arbeiten, die Meinungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Versammlungsfreiheit und andere Freiheiten ausüben können. Tendenziell hätte dies eine Bindung der Staaten an die Grundrechtscharta bedeutet. Davon hat man dann aber im Konvent die Finger gelassen. In der Ausarbeitung der Charta ist der Zusammenhang mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verloren gegangen. In dem neuen Entwurf des Verfassungskonvents ist die Charta als Teil II ganz abgekoppelt von einem auf den Sicherheitszweck reduzierten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Ich vertraue diese Bemerkung vor allem als kleine historische Facette Herrn *Brugger* an, dem ich danken möchte dafür, dass er uns in beeindruckender Weise die Zusammenhänge zwischen Sicherheit und Freiheit dargelegt hat.

**Schefold:** Nur ein kleiner Zwischenruf zu den Thesen 11 und 12 von Herrn *Gusy*; in denen von der angemessenen sachlichen und organisatorischen Differenzierung die Rede ist. Die Vorbereitung von Polizeigesetzgebung bedarf deshalb, meine ich, vor allem eingehender und verantwortlicher parlamentarischer Beratung. Dem ist es nicht zuträglich, wenn die Vorbereitung von Gesetzesprojekten im undurchsichtigen Geflecht der Zusammenarbeit von Ministerialbürokratien erfolgt. Musterentwürfe sind ein geeignetes Instrument, wenn es um technische Materien geht, allenfalls auch um Verwaltungsverfahren, aber nicht, wenn der Kern der persönlichen Freiheit in Frage steht. Da die Polizeihöhe der Länder für

das deutsche öffentliche Recht essenziell ist, ist hier ein klassischer Bereich für die Notwendigkeit einer Entflechtung des Föderalismus und einer eigenverantwortlichen Regelung durch die Länder.

**Häberle:** Verehrte Kolleginnen und Kollegen. Mein Spontanbeitrag knüpft an das Votum von Herrn Götz an. Es muss uns doch gelingen, Erkenntnisse des heutigen Vormittags auf den Nachmittag zu übertragen, Völkerrecht und die Rechtsvergleichung haben mir soeben etwas gefehlt. Das diffizile Verhältnis von Freiheit und Sicherheit hat sich „europäisiert“: vor allem im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach den EU-Verfassungstexten, es hat sich aber auch *internationalisiert*: Sicherheit ist ein völkerrechtliches Gemeinwohlgut, auch im Weltraum, als internationale Sicherheit bzw. Frieden, eine Aufgabe spezifisch der UN, denken wir an den UN-„Sicherheitsrat“ als Treuhänder schon dem Wort und Begriff nach. Vielen Dank.

**Vorsitzende:** Nun wäre der erste größere allgemeine Block abgeschlossen, und wir würden uns dem Thema soziale Sicherheit zuwenden.

**Zacher:** Ich mahne an, dass von der sozialen Sicherheit zu wenig die Rede war. Ich mahne es deshalb an, weil es zur Ganzheit der Sache wirklich gehört. Sie haben von „innerer Sicherheit“ geredet. Zur inneren Sicherheit ist ein sehr wichtiger Beitrag alles, was Sozialpolitik leisten kann, um die Homogenität der Gesellschaft zu gewährleisten, um die drängende Not zu mindern usw. Ohne soziale Maßnahmen wird niemand wirklich innere Sicherheit erreichen. Sie, Herr Gusy, haben erörtert, dass es die Idee eines „Rechts auf Sicherheit“ gibt, eines „Staatsziels Sicherheit“, aber dass das doch nur die Summe der Teile ist. Ich möchte das von der Erfahrung mit „sozialer Sicherheit“ her anders ausdrücken: Dass sich die Schwierigkeit, Sicherheit herzustellen – die Endlosigkeit des Anspruchs auf der einen Seite und die extreme Endlichkeit der Verwirklichung auf der anderen Seite –, gerade am Fall der „sozialen Sicherheit“ beweist, dass Sicherheit eigentlich nur aus offenen Enden besteht. Und dennoch: In der Summe der „Sicherheit“, die mir nicht nur so additiv zu sein scheint, wie Sie das sagen, in dieser Summe spielt die „soziale Sicherheit“ eine wichtige Rolle. Historisch wäre dazu Folgendes zu sagen. Mit den Anfängen des modernen Verfassungs- und Rechtsstaates um 1800 entsteht auch die erste Institution allgemeiner „sozialer Sicherheit“, die Armenfürsorge. Die im Staat Eingeschlossenen sind nicht mehr einfach dem Verrecken preisgegeben. Das ist wenig genug. Aber immerhin: Es ist eine Perspektive der Sicherheit, für die, die im Lande da sein dürfen und da sind. Ungefähr 80 Jahre später

kommt dann die Sozialversicherung hinzu, die neben diese situationelle Sicherung, dass man in der Situation der Armut eine minimale Hilfe bekommt, ein Management der Zukunftssicherung stellt. In den Referaten wurde ja auch angedeutet, dass das kollektive Management der Zukunftssicherung ein wichtiges Element der Sicherheit ist. Und dieses soziale Management der Zukunftssicherung soll von nun an die „soziale Sicherheit“ weitgehend prägen. Von nun an haben wir zwei Dimensionen, in denen wir die Endlosigkeit und die Endlichkeit gerade von „sozialer Sicherheit“ erfahren: Von nun an vollzieht sich eine eminente Ausweitung der Herstellung von „sozialer Sicherheit“ überhaupt – auch der situationellen, auch des kollektiven Managements der Zukunftssicherung; und beides verbindet sich mit der Idee, dass soziale Sicherung nicht nur Not verhindern, sondern auch Freiheit vermitteln soll. Wir haben eine Multiplikation. Wir haben die Ausdehnung von Sicherheit und die Ausdehnung der Vermittlung von Freiheit durch soziale Sicherheit. Das hat in wenigen Jahrzehnten zu der Überforderung geführt, in der wir jetzt stehen.

**Engel:** Ich muss mich der – allerdings unbeabsichtigten – Irreführung des Vorstands schuldig bekennen. Die Frage, zu der ich etwas sagen wollte, lautete: Warum sind Sicherheit und Freiheit ein soziales Problem? Gemeint habe ich damit: Warum gibt es Grund zu staatlichem Handeln? Damit verbunden auch: Besteht eigentlich ein Spannungsverhältnis zwischen beiden Zielen?

Ich will versuchen, mit Hilfe einer ökonomischen Perspektive zu dieser Frage etwas auszusagen. Die ökonomische Perspektive scheint mir deshalb hilfreich, weil sie einen Teil abschichten kann. Da, wo zu erwarten ist, dass das gemeine Wohl gerade durch den Gebrauch individueller Freiheit verwirklicht wird, haben wir kein Spannungsfeld. Das ist *Adam Smiths* unsichtbare Hand.

Diese Erwartung ist aber in zwei Fällen nicht begründet. Das sind zugleich und nicht zufällig Fragen, zu denen sich in ökonomischen Kategorien kaum noch etwas sagen lässt. Im ersten Fall gebraucht jemand physische Gewalt. Mit ökonomischen Kategorien wäre das nur zu erfassen, wenn man es reformulieren könnte als die Zuweisung eines Verfügungsrechts, andere zu schädigen. Das ist an sich eine Formulierung, die wir im Umweltrecht ganz geläufig im Munde führen, um Zertifikate zu begründen. Aber Zertifikate begründen eine tatbestandlich begrenzte Befugnis, während das Gewaltproblem gerade darin besteht, dass das Schädigungspotential kategorial nicht begrenzt werden kann. Der zweite Aspekt von Sicherheit, der in ökonomischen Kategorien nicht zu bewältigen ist, betrifft das generalisierte Vertrauen. Wenn ich erwarten soll, dass die



Summe der individuellen Egoismen zum gemeinen Wohl führt, dann muss gleichzeitig die Erwartung berechtigt sein, dass sich jeder Einzelne auch in gewissem Masse auf dieses Spiel einlässt.

Das tut er aber nur, wenn er damit die Erwartung verbindet, dass er niemals ganz aus diesem Spiel herausfallen kann. Genau dieses generalisierte Vertrauen, dass man sozusagen nach Regeln spielen wird, ist etwas, was innerhalb dieser Regeln selber nicht herzustellen ist.

Das lässt nun spiegeln auf die Freiheit. Wenn Freiheit darin besteht, das zu tun, was sich schließlich addiert zum gemeinen Ganzen, dann ist sie überhaupt nicht rechtfertigungsbedürftig. Der Gebrauch der Freiheit ist dann nichts anderes als ein Dienst am gemeinen Wohl. So ist Freiheit im Grundgesetz aber nicht gedacht. Grundrechtliche Freiheit ist gerade nicht eine Freiheit, die dadurch gebunden ist, dass sie schließlich durch den Mechanismus der unsichtbaren Hand allen nützt. Sie ist voraussetzungslose Freiheit: Ich darf tun, wozu auch immer ich Lust habe. Damit ist dann gleichzeitig die Pflicht aller anderen (nicht nur des Staats) verbunden, meinen Freiheitsgebrauch auszuhalten. Darin steckt also immer gleichzeitig auch die Duldungspflicht. Solch eine Freiheit und solch eine Duldungspflicht lassen sich in den wohlfahrtstheoretischen Kategorien der Ökonomen nicht begründen.

**Vorsitzende:** Nun liegen noch fünf Wortmeldungen vor zum Thema Sicherheitsgefühl, subjektive Dimension und zu den Straftatbeständen, und ganz zum Schluss noch eine Wortmeldung, eine Frage zum ausländischen Staats- und Verfassungsverständnis.

**Frowein:** Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren, die beiden anregenden Referate führen mich zu zwei ganz kurzen Vorbemerkungen und dann zu zwei Fragen in dem angedeuteten Zusammenhang. Die Vorbemerkungen: Erstens, ich finde es irgendwo interessant, dass wir bei diesem Spannungsproblem kein Wort bisher, wenn ich's richtig gehört habe, verloren haben, über das, was wir alle miterlebt haben und einige hier im Hause ganz persönlich. Ich meine die Systeme, in denen Sicherheit in vollem Umfang gegenüber dem Nachbarn bestand, Freiheit aber so gut wie keine, also das System des realen Sozialismus in einem Teil Deutschlands und in anderen europäischen Ländern. In Russland kann man ja besonders gut sehen, wie der Umschlag erfolgt ist, und es gibt wahrscheinlich keine tragischere Form von Freiheit ohne Sicherheit als die, die Sie heute in Russland erleben können. Die zweite Vorbemerkung: Die Folterproblematik hat Herr *Gusy* angesprochen, und ich möchte einfach das, was er gesagt hat, sehr unterstreichen: Wir dürfen die Vorbehaltlosigkeit der Foltergarantien niemals unterlaufen.

Jetzt meine zwei Bemerkungen zu den Thesen 11 von Herrn *Gusy* und 9 von Herrn *Brugger*: Ich glaube, die Bedeutung des Sicherheitsgefühls wird in der These 11 von Herrn *Gusy* ein wenig unterschätzt. Wenn man alles genau liest, und „eigenständig“ groß unterschreibt und „Eingriffsbefugnis“ unterschreibt, dann kann man dem zustimmen. Es ist natürlich keine eigenständige Staatsaufgabe, aber ich meine, die Bedeutung des Sicherheitsgefühls der Bürger darf nicht unterschätzt werden. Polizeipräsenz in diesem Zusammenhang – das kann jeder sehen – spielt eine enorme Rolle. Es soll wohl so sein, dass ein Hamburger Wahlergebnis wesentlich auf dieses Problem zurückzuführen ist, und wir sollten es nicht unterschätzen. Nun zu der These 9 von Herrn *Brugger*: Ich möchte gerne die Provokation aufnehmen, die er, wie ich finde sehr zu Recht, mit §130 StGB verbunden hat, aber ich würde gerne sagen, dass §130 StGB wirklich scharf interpretiert werden sollte, auch wenn das die Strafrechtler vielleicht nicht immer tun. Nur wenn es „geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“, was bedeutet das? Das bedeutet, dass die Minderheitsgruppe – denn die ist es immer – in ihrem Sicherheitsgefühl so zentral gestört werden muss, dass Anlass zum Eingreifen besteht. Die Entscheidung *Brandenburg vs. Ohio*, die wir beide kennen und die viele hier kennen, ist meines Erachtens ein Gipfel der Fehlentscheidung des Supreme Court. Wenn Kreuze verbrannt werden und damit die Unsicherheit einer Minderheitsgruppe darüber, ob es ihr selber so gehen könnte, oder Puppen verbrannt werden – wenn dieses straflos bleibt, dann unterschätzt der Staat seine Sicherheitsaufgabe.

**Pitschas:** Frau Vorsitzende, meine Herren Referenten, die Debatte wird nach meinem Eindruck etwas konkreter als die Vorträge. Ich möchte zu diesem Konkretisierungsvorgang beitragen. Vier Anfragen habe ich an Herrn *Gusy*: Zuerst geht es um eine Frage nach dem Sicherheitsbegriff, der verwendet wird: In den Thesen 1 und 2 argumentieren Sie u.a., die Staatsaufgabe Freiheit werde individualisiert, und es gäbe bei der Staatsaufgabe Sicherheit demgegenüber kollektiviert Entscheidungszuständigkeiten. Vor dem Hintergrund eines umfassenden Sicherheitsbegriffs trifft diese Unterscheidung aus meiner Sicht aber nicht zu. So haben wir bei der Staatsaufgabe Sicherheit in der Alterssicherung individualisierte Entscheidungszuständigkeiten. Umgekehrt lässt sich Freiheit ohne sozialen Schutz auch nicht verwirklichen. Dies ist bereits in anderen Diskussionsbeiträgen angedeutet worden und wird doch vertieft werden müssen.

Ich bin deshalb und mit Blick auf die These 1 auch nicht der Auffassung, lieber Herr *Gusy*, dass Freiheit nur Verfassungsinhalt und Sicherheit nur Verfassungsvoraussetzung sei. Statt dessen möchte ich meinen, dass in dem Maße, in dem Sie Sicherheit durch soziale Freiheit erst

ermöglichen, diese ebenso Inhalt der Verfassung sein muss. Damit aber stellt sich die Frage nach dem Sicherheitsbegriff: Schlagen wir innere Sicherheit, technische Sicherheit, soziale Sicherheit über einen Leisten oder bewegen wir uns ausschließlich auf dem Gebiet der inneren Sicherheit?

Wenn ich zu dieser übergehe und auf einen zweiten Punkt aufmerksam machen darf, dann ist das die Frage nach dem Risikobegriff: Ist eigentlich alles Risiko? So hat Herr *Iensee* schon darauf hingewiesen, dass wir konsequenter Weise unsere gesamte Gefahrenabwehrlehre über Bord werfen müssen, wenn wir im Sicherheitsrecht alles als Risiko und Risikomanagement verstehen. Das scheinen Sie dann doch nicht gemeint zu haben. Vielleicht sind Sie so nett, und könnten dazu etwas sagen? Vielleicht hat die Staatsaufgabensicherheit nichts mit umfassender Risikosteuerung zu tun, aber in der Zuweisung der Befugnis zum Risikomanagement liegt doch die ganze Breite eines veränderten Staatsverständnisses.

Ich will wie Herr *Frowein* einen dritten Punkt noch anschließen, nämlich auf das subjektive Sicherheitsgefühl eingehen, das von Ihnen in der These 11 mit der These 3 verbunden wird. Der moderne Diskurs in der Praxis des Polizei- und Sicherheitsrechts führt darauf hinaus, dass sich die Polizeibehörden der Bedeutung eines beeinträchtigten subjektiven Sicherheitsgefühls der Bevölkerung in bestimmten Regionen oder städtischen Bezirken sehr bewusst sind. Sie sind es deshalb, weil davon zugleich die objektive Aufgabe der Sicherheit abhängt. Deswegen zweifle ich an der These 11, in der Sie lediglich von der Sicherheitspflege sprechen. Dieser Begriff ist mir zu weich. Ich würde eher sagen, es geht bei dem Schutz des subjektiven Sicherheitsgefühls doch um dem Bestandteil einer eigenständigen Staatsaufgabe und abschließend zu Ihrer These Nr. 13: Sie haben Recht, das Trennungsgebot gilt und die Polizei ist nicht die Bundeswehr! Doch haben wir es im Fall des Frankfurter Flughafens nur dem Votum der beteiligten Ministerpräsidenten und des Verteidigungsministers zu verdanken, dass die Probleme auch ohne ein Koordinationsgesetz gelöst werden konnten. Ich würde gerne auf ein entsprechendes Koordinationsrecht zurückgreifen und auch einen Satz dazu in der Verfassung sehen wollen.

**Battis:** Verehrte Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren, eigentlich finde ich es überraschend, dass die beiden Referate trotz ihres doch sehr unterschiedlichen ductus und auch ihres sehr unterschiedlichen Zugriffs, soweit sie konkret geworden sind, zu überraschend ähnlichen – ja, ganz ungeschützt – liberalen Ergebnissen gekommen sind. Das gilt uneingeschränkt für die beiden konkreten Beispiele von Herrn *Brugger*. Bei Herrn *Gusy* – ich bitte, mir das zu verzeihen trotz unseres Näheverhält-

nisses, dass ich das jetzt etwas kritisch sage – da finden sich auf abstraktem Niveau sehr viele glänzende, süffige Formulierungen, die ich immer schon an Ihnen besonders geschätzt habe, Herr *Gusy*, aber manchmal frage ich mich dann doch, und das klang ja zuvor schon ein wenig an: Was bringt das konkret? Ich meine, auch suggestiv sehr einnehmende Formulierungen, also: „Die Polizei soll sichern, dass die Menschen in Frieden zusammen leben können. Das Militär soll sichern, dass die Menschen in Frieden getrennt leben können.“ Bei dieser Formulierung ging durch den Saal gleich ein Raunen, ist ja auch eine wirklich schöne Formulierung. Aber angesichts der Probleme mit dem Luftsicherheitsgesetz – der Gesetzesentwurf liegt ja vor – und der Fragen, die sich da jetzt stellen, bringt eine solche Formulierung meines Erachtens gar nichts.

Was den Punkt Sicherheitspolitik und das Gebot angemessener sachlicher organisatorischer Differenzierung betrifft, hätte ich die Frage: Ist das ein rechtliches Gebot? Dann woraus? Oder ist das ein organisationswissenschaftliches Gebot? Dann würde ich nur sagen: Angesichts der Zusammenfassung von 160000 Beschäftigten in den USA in ein neues Ministerium trägt das nicht als Feststellung. Herr *Schefold* sprach vorher von der gebotenen Entflechtung – also ich sehe die Entflechtung bei uns nicht: Ich sehe einen Wettbewerb der Länderpolizeien um neue Techniken, und was die Bundesebene betrifft, etwa Sicherheitspaket I und II, da hatte man den Eindruck, alle Ideen, die jeder Referent in der zuständigen Abteilung in den letzten acht Jahren ausgebrütet hat, sind aus den Schreibtischen geholt und in ein Gesetzespaket zusammengeschnürt worden. Dann hat man ein ganz klein wenig an den Rändern noch abgeschnippelt, aber es war immer noch entschieden zu viel.

Letzte Bemerkung, und das ist eigentlich für mich das Schwierigste: „Der Schutz des Sicherheitsgefühls ist keine eigenständige Staatsaufgabe.“ Das ist richtig, das sehe ich auch so, aber Sie sehen das Sicherheitsgefühl zugleich als eine Grundlage von Politik, eine Grundlage auch von demokratischer Politik. Wenn das so ist: Woher kommt dann Ihr Vertrauen in demokratische Prozeduren, in Partizipation und in anderes mehr? Wir müssen jetzt nicht Hamburg herausnehmen, aber das ist eigentlich kein gutes Beispiel, um Vertrauen zu gewinnen, zu einem positiven Verständnis von Sicherheitsgefühl als Grundlage für demokratische Verfahren (z.B. Wahlen).

**Gersdorf:** Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren. Ich möchte mich direkt an Sie wenden, Herr *Brugger*. Sie hegen, wenn ich Sie richtig verstanden habe, Zweifel an der Verfassungskonformität des § 130 StGB. Ich möchte den Versuch unternehmen, diese Zweifel auszuräumen. Zunächst einmal: Ich stimme Ihnen sicherlich darin zu,

dass ein Grundrechtseingriff nur zum Schutze eines konkreten Rechtsgutes zulässig ist; und das „politische Klima“, um Ihre Kategorie aufzugreifen, ist ein solches konkretes Rechtsgut zweifelsfrei nicht. Nur, fürchte ich, ich muss Sie verlassen, wenn Sie die „Gefahr einer Gefahr“ als Legitimationstitel für einen Grundrechtseingriff nicht für ausreichend und für zulässig erachten. Konsequenz zu Ende gedacht hieße dies, dass jedes (oder nahezu jedes) abstrakte Gefährdungsdelikt nach dem Strafgesetzbuch oder nach anderen Strafgesetzen das Schicksal der Verfassungswidrigkeit ereilen müsste. Ist das Ihre Meinung?

Welches konkrete Rechtsgut verbirgt sich nun hinter § 130 StGB? Vor allem die persönliche Ehre sowie Leib und Leben bestimmter Bevölkerungsteile sind Schutzgüter des § 130 StGB. Nur sind diese Rechtsgüter – und dies ist das Besondere des § 130 StGB – nicht konkret, sondern nur abstrakt gefährdet. Für die verfassungsrechtliche Würdigung bedeutet dies: § 130 StGB könnte nur dann vor der Verfassung keinen Bestand haben, wenn es keinen Fall gäbe, in denen die Aufstachelung zum Hass gegen Teile der Bevölkerung zu Übergriffen auf diese Bevölkerungsgruppe führte; und davon kann wohl kaum die Rede sein. Nicht die Norm als solche löst verfassungsrechtliche Zweifel aus. Verfassungsrechtliche Probleme können sich allein auf der Ebene der konkreten Normanwendung des § 130 StGB ergeben.

**Kugelmann:** Herr *Brugger*, ich möchte eine Anmerkung zu Ihrem zweiten Beispiel, den Parteiverboten, machen und eine Frage stellen. Die Anmerkung bezieht sich im Dienste der Europäisierung und Internationalisierung auf Urteile des Menschenrechtsgerichtshofs in Straßburg. Es gibt zwei Urteile aus den letzten Jahren, die Parteiverbote in der Türkei, nämlich einmal die Kommunistische Partei und einmal die islamistische Wohlfahrtspartei, betreffen. Der Menschenrechtsgerichtshof hat in den Voraussetzungen, die er anlegt, die Alternativen, die Sie dargestellt haben, sehr verengt. Sie haben zwar die innerstaatliche Rechtslage geschildert. Im Sinne einer Konvergenz europäischen Grundrechtsverständnisses scheint mir als Voraussetzung für ein Parteiverbot aber nur noch die Auslegung einer wirklichen Gefährdung, einer Erhöhung des Risikos für die innerstaatliche Rechtsordnung vertretbar. Alle anderen Theorien halte ich für inzwischen schwer begründbar. Die Frage richtet sich sodann darauf, ob das Beispiel der Parteiverbote überhaupt in den Zusammenhang passt. Denn wenn ich Freiheit als den Schutz individueller Freiheit verstehe und Sicherheit als die Gewährleistung der Voraussetzungen für die Ausübung der Freiheit, dann habe ich bei Parteiverboten doch eine ganz andere Situation. Hier geht es darum, im Verhältnis Staat-Gesellschaft die Grundlagen einer bestimmten, nämlich der konkreten staat-

lichen Herrschaft, der demokratischen Ordnung, zu schützen. Und da sind doch, im Sinne der bereichsspezifischen Differenzierung, die Herr *Gusy* angemahnt hat, völlig andere Rahmenbedingungen in der Abwägung, in dem Verhältnis der beiden Schutzgüter maßgebend, als wir gängigerweise bei den normalen Fällen von Freiheit und Sicherheit haben. Sonst kommen wir irgendwann, im Sinne Ihres Klimaschutzes, zum Verkauf von Gefährdungszertifikaten und das wollen wir ja nicht. Man müsste sich hinsichtlich der Parteiverbote nochmals überlegen, ob dieses Beispiel überhaupt ertragreich ist, um das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit weiter zu klären.

**Vorsitzende:** Nun noch ein Blick – oder eine Frage – zum ausländischen Staats- und Verfassungsverständnis, also der letzte Beitrag von Herrn *Geis*.

**Geis:** Mein Beitrag knüpft an die Äußerungen von Herrn *Götz* und Herrn *Häberle* an. Als ich das Generalthema „Unterschiedliche Staats- und Verfassungsverständnisse“ gelesen habe, da dachte ich spontan, dass man das nicht auf die Staats- und Verfassungsverständnisse in Deutschland beschränken kann. Denn drängt sich der Blick auf die unterschiedlichen Staats- und Verfassungsverständnisse im Ausland nicht geradezu auf? Freiheit und Sicherheit und ihr Verhältnis, wird in Ansehung des Grundgesetzes bei uns seit Jahrzehnten diskutiert, insgesamt wohl seit Jahrhunderten. Herr *Brugger*, Sie haben sehr sinnvoll die Linie *Hobbes – Locke – Kant* noch einmal nachgezeichnet. Damit ist natürlich die Entwicklung nicht zu Ende. Sicher liegt hier eine gemeinsame Wurzel für das Verhältnis Freiheit und Sicherheit in Europa, worunter ich hier – geographisch falsch – auch Amerika rechnen möchte. Aber die Tücke besteht darin, dass sich das Verhältnis Freiheit-Sicherheit in der Feinabstimmung ja in den verschiedenen Staaten unterschiedlich entwickelt hat. Herr *Brugger* und Herr *Gusy*, in Ihren beiden Thesen 1 kommt dies ja noch zum Ausdruck. Die unterschiedliche Entwicklung, die sich hier gerade in den letzten Jahrhunderten ergeben hat, die sollten wir doch vielleicht weiter untersuchen, auch im Grundlagenreferat. Denn wenn wir schon den 11. September 2001 als Aufhänger nehmen – und insofern, Herr *Brugger*, würde ich Ihre These 7 noch ergänzen um das Phänomen „internationale Bedrohungen durch den Terrorismus“ (sicherlich auch ein neues Phänomen, mit dem sich die Sicherheitspolitik befassen muss) –, dann denke ich, hat die Diskussion vor allem dann Sinn, wenn Sie auf der Basis des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit das „Schwarzbrot“ der verwaltungsrechtlichen, grenzübergreifenden Massnahmen gründen und koordinieren können. Denn ich denke, wenn wir uns solchen internationalen

Bedrohungen stellen, dann ist es auch unsere Aufgabe, über einen gemeinsamen Nenner der Vorstellungen des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit in Europa und den angrenzenden Staaten zu überlegen. Und deswegen abschließend die Frage an beide Referenten: Was würden Sie – als Substrat Ihrer Referate – als gemeinsamen Nenner eines solchen gemeinsamen Verständnisses von Freiheit und Sicherheit einbringen wollen?

**Vorsitzende:** Nun erhält als erster Herr *Gusy* die Gelegenheit zum Schlusswort.

**Gusy:** Frau Vorsitzende, meine sehr verehrten Damen und Herren. Zunächst möchte ich mich für die vielfältigen, sehr differenzierten Anregungen bedanken. Sie betrafen zum Teil Ideen, die ich in den Vortrag eingebracht hatte, zum Teil Ideen, die ich gerne eingebracht hätte, aber die Diskussions- und Nachdenkkapazität ist theoretisch unbegrenzt, die Diskussions- und vor allem Vortragszeit nicht. Ich bitte daher um freundliche Nachsicht, wenn einige Themen im Vortrag nicht behandelt wurden, obwohl ich weiß, dass sie sehr wichtig waren.

Ich habe das Thema so verstanden, dass wir auf die gestellten Fragen eingehen sollten aus der Sicht unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse. Das heißt, dass die verfassungstheoretische Ebene jedenfalls nicht völlig ausgeblendet werden sollte. Dies führt natürlich zu dem Problem – Herr *Battis* hat es zutreffend beschrieben –, dass man mit Ausführungen auf dieser Ebene nicht immer jene Konkretisierungsebene erreichen kann, welche dann die Möglichkeit gibt, einzelne Fälle zu lösen. Dies ist mir bewusst. Ich habe wegen der Fassung des Themas hier bei der Konkretheit einige Abstriche gemacht. Und Herr *Battis*, wir kennen uns lange genug, als dass Sie wissen, dass ich nicht nur „süffige Formulierungen“ produziere, sondern manchmal auch sehr konkret bin.

Zum Thema Sozialstaatsprinzip: Herr *Zacher*, Sie haben hier etwas sehr Wichtiges angesprochen. Die soziale Dimension der Sicherheit ist die Voraussetzung der Sicherheit überhaupt. Ich würde sagen: Ohne soziale Sicherheit gibt es überhaupt gar keine Sicherheit. Ich habe allerdings, ich gebe es gerne zu, nur in meiner Schlussbemerkung einen kleinen Ausblick auf diese Fragen gegeben. Doch weiß ich sehr wohl, dass dies eine wichtige Frage ist, die allerdings ein eigenes Vortragsthema hätte abgeben müssen und natürlich, Herr *Pitschas*, alle Fragen des Sozialstaatsprinzips hätte mit einbeziehen müssen. Dies hätte auch positiv-rechtlich möglicherweise zu anderen Fragen geführt.

Zu der Frage: „Warum reden wir eigentlich vom Risiko? Ist das Risiko eine Kategorie, die in so einem Vortrag, in so einer Diskussion eigentlich

vorkommen sollte?": Unterschiedliche wissenschaftliche Disziplinen reden vom Risiko, und diese Diskussionen schlagen natürlich in die Frage um „Was ist eigentlich die Aufgabe des Staates? Was ist eigentlich die Aufgabe der Sicherheitsbehörden?“ Ich meine, wir müssen uns diesen Fragen stellen und Antworten geben. Das geht natürlich nicht, ohne dass man vom Risiko redet. Die Aufgabe (ich darf es einmal so formulieren) des Risikomanagements muss natürlich in eine juristische Dogmatik eingebracht werden, eine juristische Dogmatik, welche das Konzept der Gefahrenabwehr, der Vorsorge und weitere dogmatische Konzepte erfasst. Allerdings ist diese Übersetzungsleistung von der Dogmatik erst zu leisten, und die Voraussetzung dafür ist, dass man sich den Fragen – etwa aus der Risikodiskussion – überhaupt stellt. Die These vom „umfassenden staatlichen Risikomanagement“ ist nicht meine These. Sie ist eine These, die ich aus der Literatur genommen habe und hinsichtlich derer ich allerdings der Auffassung bin, dass sie zu weit greift. Von dieser These wollte ich mich distanzieren im Hinblick auf ein differenziertes staatliches Risikomanagement. Für diese Differenzierungen habe ich einige wenige Anhaltspunkte liefern wollen – selbstverständlich könnte man weitere hinzufügen. Zum Thema „Sicherheitsgefühl“ hatte ich ganz am Anfang auf den wichtigen Konnex zwischen Sicherheitsgefühl und Demokratie hingewiesen. Wichtig in dem Zusammenhang ist tatsächlich, dass das Sicherheitsgefühl möglicherweise nicht nur die Voraussetzung der Demokratie, sondern darüber hinaus auch die Voraussetzung jeder organisierten Staatlichkeit ist. Auf der anderen Seite stellt sich die Frage, wie man dieses Sicherheitsgefühl erhalten, konsolidieren oder möglicherweise erst herbeischaffen kann. Ganz wichtig ist hierbei (das wissen wir ja alle), dass der Staat nicht alle Voraussetzungen, auf denen er basiert, selbst schaffen kann. Aber beim Sicherheitsgefühl stellt sich die Aufgabe meines Erachtens nicht primär als eine Aufgabe gerade der Sicherheitsbehörden – im Gegenteil. Die „Pflege“ des Sicherheitsgefühls ist eine Aufgabe der Politik wie der Behörden im Rahmen ihrer allgemeinen Aufgabenerfüllung. Diese allgemeine Aufgabenerfüllung kann gleichsam als „Annex“ auch auf das Sicherheitsgefühl zurückwirken. Solche Wirkungen sind bei den einzelnen staatlichen Maßnahmen, den einzelnen Handlungen, zu beachten. Wichtig aber ist mir: Spezielle Eingriffsbefugnisse – verstanden in dem Sinne, dass hier öffentliche Gewalt in Grundrechtsgarantien eingreift –, gerade zur Pflege des Sicherheitsgefühls, bestehen für staatliche Behörden nicht. Es gibt eine verbreitete Diskussion namentlich im Umfeld des Bundeskriminalamts, die dies anders sieht – dem möchte ich widersprechen.

Zum Thema private Sicherheitsdienste habe ich tatsächlich einige wenige, ich denke, zu wenige Andeutungen gemacht. Diese Andeutungen



sollten bitte in folgender Weise verstanden werden: Die privaten Sicherheitsdienste verfügen als solche zunächst über eine andere rechtliche Legitimationsgrundlage als der Staat. Sie sind Fortsetzung der Freiheitsausübung der Bürgerinnen und Bürger. Wenn Sicherheit und Sicherheitsherstellung einer besonderen Legitimation bedürfen, so kann diese vom Grundgesetz nur für den Staat selbst geleistet werden. Nur die Staatsorgane selbst sind an die Grundrechte und an das Demokratieprinzip gebunden. Wenn private Sicherheitsunternehmen also tätig werden möchten, so bedürfen sie anderer eigenständiger Handlungsgrundlagen, entweder aus privatem Recht (Notrechte usw.) oder aber besonderer staatlicher Übertragungsakte. Solche Übertragungsakte müssen dann sichern, dass die Sicherheitsdienste sich im Rahmen der staatlichen Aufgaben und der staatlichen Gemeinwohlverantwortung verhalten. Doch ist dies bei der St. Galler Tagung bereits hinreichend diskutiert worden. Ich will darauf und auf die differenzierten Ausführungen der Referenten und der Diskussion damals verweisen.

Ein ganz kleiner, letzter Punkt zum Thema Bundeswehr. Das militärische und das polizeiliche Denken und die daraus folgenden Strategien sind tatsächlich unterschiedlich – ich habe diese verkürzt, aber meines Erachtens noch nicht verfälschend dargestellt. Ich weiß, dass es hier Konvergenzen gibt – ich weiß, dass es hier Änderungen gibt. Diese Änderungen sind allerdings bislang über das Stadium von Randkorrekturen noch nicht hinausgekommen. Wichtig in dem Zusammenhang scheint mir Folgendes zu sein: Die Bundeswehr hat gegenwärtig bestimmte Möglichkeiten, nach innen tätig zu werden. Dazu zählt auch die umstrittene Luftsicherung; und der Frankfurter Fall ist sicherlich ein Fall, der die Grenzen austariert. Ich meine allerdings, dass er auch die Grenzen bezeichnet hat. Es gibt nach dem gegenwärtigen Stand der militärischen Diskussion wie auch der verfassungsrechtlichen Lage keine Möglichkeit, darüber hinaus zu gehen. Und ich sehe vor allen Dingen auch kein Bedürfnis dazu. Es gibt keinen Bereich, in dem gegenüber den Bürgern gerade der Bedarf nach militärischer Sicherheit bestehen würde; im Gegenteil: Die polizeilichen Befugnisse und diejenigen der übrigen Sicherheitsbehörden reichen hierzu aus. Ich gebe zu, man könnte viel mehr sagen, möchte es aber hierbei belassen.

**Brugger:** Ich bedanke mich für die Wortmeldungen, die ich zum Teil im Vortrag berücksichtigt habe, zum Teil in den Fußnoten, zum Teil müssen sie von mir erst noch bedacht werden. Lassen Sie mich in der Reihenfolge der Wortmeldungen vorgehen. Herr *Stoll*, Sie und Herr *Engel* haben gefragt nach der Rolle von privater Aufgabenerledigung im Kontrast zur staatlichen Aufgabenerledigung. Ich kann dazu im Rahmen meines ide-

engeschiedlichen Rückblickes sagen, dass die private Aufgabenerfüllung, so seltsam das klingen mag, schon bei den Souveränitätstheoretikern anklingt. *Bodin* unterscheidet die Ziele von den bestmöglichen Mitteln. Ähnliches findet sich bei *Zachariä*. Die Ziele im Sinne der einschlägigen Rechtsgüter sind klar, aber das bestmögliche Mittel zu deren Schutz besteht nicht automatisch in staatlicher Eigenerledigung. Als Schutzmittel kommt auch privates oder gesellschaftliches Handeln in Betracht, sofern dieses besser, produktiver und mit weniger Nebenkosten verbunden ist. Dieses Argument gewinnt natürlich an Stärke, seit wir die liberalen Theoretiker haben, die den Staat insgesamt zurückdrängen wollen und damit strukturell Markt dem Staat nebenordnen und zum Teil auch vorordnen. Das wird oft übersehen. Wir sollten beachten, dass die Souveränitätstheorie vor allem eine „Zieltheorie“ ist; diese ist nicht automatisch gekoppelt mit staatlicher Eigenregie, gar reduziert auf Polizei und Militär. Herr *Alexy*; Sie fragten: Warum nicht ein subjektives Recht auf sicheres Leben, Freiheit und Eigentum als Ausgangspunkt der Reflexion, warum mit dem Organisationsprinzip Rechtsstaat beginnen? Wenn wir nur mit Lagen konfrontiert wären, in denen der Staat linear eingreift in Leben, Freiheit und Eigentum des Bürgers, würde ich sagen: In der Tat, warum nicht mit dem subjektiven Recht und der grundrechtlichen Abwehrdimension beginnen? Aber schon in der hier vorgestellten Verfassungstheorie zeigt sich, dass Lagen genauso wichtig sind – Herr *Isensee* hat darauf hingewiesen –, in denen Gefahren und Risiken durch Aggressionen Privater gegen Private entstehen. Dann wird die Aufgabe komplexer, dann müssen wir schwierige Abwägungen treffen, dann müssen wir von der Mikrodimension zur Makrodimension wechseln. Dann stellt sich der Anfang mit einem subjektiven Recht gegen den Staat auf ein bestimmtes Handeln, gar vor einem Gericht einklagbar, als zu punktuell, zu isoliert, zu einseitig dar. Das Einsetzen beim „Rechtsstaat“ hat den Vorteil, dass wir in ihm einen Strukturbegriff haben, der durch die ganze Ideengeschichte, und zwar schon vor der Entwicklung des spezifisch deutschen Rechtsstaatsbegriffs, zwei Komponenten aufeinander bezieht: „Recht“ und „Staat“. Das meint Folgendes: Recht steht für Sicherung des Friedens, Staat steht für „notfalls mit dem Schwert“. Erst wenn wir diese beiden Komponenten strukturell eingerichtet haben, können wir über zivilisiertere Formen, über Gerichte und Klagebefugnisse und ähnliches reden und einzelnen Bürgern – jedenfalls in bestimmten Extremsituationen – ein subjektives Recht auf Sicherung in Leben, Freiheit oder Eigentum zusprechen. Herr *Götz*, Sie haben den europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts angesprochen. Ich habe das in meinem Referat nicht behandelt, er kommt kurz in den Fußnoten vor, aber lassen Sie mich dialektisch oder provokativ vielleicht Folgendes dazu sagen: Je weniger National-

staat wir in Europa und der Welt haben, desto mehr Staat brauchen wir. Damit meine ich Folgendes: Je mehr an Rechtsetzungsbefugnissen oder Gerichtsbefugnissen vom Nationalstaat wegwandert hin zu anderen, supranationalen oder gesellschaftlichen Organisationen, desto mehr nimmt die Bedeutung der Durchsetzungs- und Zwangskomponente von Polizei und Militär zu. Das bringt den Staat in eine ganz seltsame Lage: Früher gehörte die „ganze“ Staatlichkeit im Wesentlichen noch zusammen – Gesetzgebung, Exekutive und Judikative, das war ein Kompetenzbündel zur Erledigung umfänglicher öffentlicher Aufgaben, in gestufter Kompetenz, in der Vorteile und Kosten der institutionellen Aufteilung einigermaßen klar ersichtlich waren. Heute rückt aufgrund der erwähnten Abwanderungsbewegung für den Staat zunehmend die Zwangsdimension in den Vordergrund – die für sich genommen „attraktiveren“ Formen von Staatlichkeit, Rechtsetzung und Gerichtsbarkeit, werden zum Teil von anderen Akteuren wahrgenommen. Das ist für den Staat eine schwierige Situation, weil er oft – zu oft? – in der Funktion des Polizisten und Soldaten auftritt, während die stärker konsensualen oder auf Streitentscheidung bezogenen Aufgaben dem ersten Zugriff von anderen Akteuren unterliegen. Herr *Häberle*, das bringt mich zu einem Punkt, den Sie angesprochen haben. Selbst wenn wir an das Völkerrecht denken, an den Sicherheitsrat der UNO, sehen wir genau das als Beispiel. Es gibt dort eben keine Polizei und kein Militär. Exekutivmacht muss bereitgestellt werden von Nationalstaaten, die sagen: Wir treten hier ein, wir lassen unser Militär agieren. Das ist ein positiver Fall, aber der ist natürlich auch gekoppelt mit negativen Fällen des eigentlich gebotenen militärischen Eingreifens, in denen keine ausreichende Unterstützung durch Mitgliedstaaten der UNO vorhanden ist. Empirisch und rechtlich ist es so, wie heute Morgen auch beschrieben, dass vieles vom Staat weggewandert ist. Aber wann immer es Schwierigkeiten gibt mit der Durchsetzung, gar mit Zwang, sind wir nach wie vor und immer mehr auf seine Exekutivgewalt angewiesen.

Herr *Zacher*, soziale Maßnahmen sind bei mir kurz vorgekommen, aber vielleicht nicht ausreichend. Soziale Maßnahmen sichern Frieden, haben Sie gesagt, und das zu Recht. Die ganze geschichtliche Abfolge von Theorien, die ich in Kürze vorgestellt habe, unterstreicht das eigentlich, denn Historiker betonen zum Beispiel schon für das Mittelalter, dass die Könige dafür zu sorgen hatten, dass die Rechte Einzelner nicht willkürlich verletzt werden. Die Schutzlosen, Kirchen und Kleriker, Witwen und Waisen kommen in den Befehlen des Königs besonders häufig vor. Inzwischen ist das ein Kreis, der zu eng gezogen ist. Der Kreis umfasst nunmehr auch Kranke, Arbeitslose, von Unfällen Betroffene. Aber in der Tat: Obwohl der Kreis der Schutzbedürftigen weiter ist, bleibt das

Problem das gleiche – effektive Hilfe für Arme und Schwache. Was sich allerdings ereignet hat zwischen der vormodernen und der modernen Staatstheorie ist etwas, auf das Sie auch hingewiesen haben. Diese Hilfe soll nämlich inzwischen Hilfe zur Selbsthilfe statt nur wohltätige Fremdhilfe sein. Herr *Preuß* hat dazu in einem Aufsatz richtig bemerkt: Es ist Hilfe für Arme, Schwache und Kranke, damit diese als Bürger im Staat effektiv mitwirken können – ein sehr schöner kantischer Gedanke, wenn man das Prinzip „Selbständigkeit“ bei Kant sozialstaatlich auslegt.

Herr *Frowein* und Herr *Gersdorf*, Sie haben mein Beispiel des § 130 Strafgesetzbuch mit der Volksverhetzung angesprochen und darauf hingewiesen, dass das Sicherheitsgefühl gerade für die Minderheiten wichtig ist, damit sie sich frei entfalten und ihre Persönlichkeit einbringen können. Das, was ich als Kritik zu § 130 StGB geäußert habe, gründet nicht auf einer Übernahme der amerikanischen Free-Speech-Theorie – Sie haben Brandenburg vs. Ohio zitiert –, wo der Supreme Court gesagt hat, der Staat dürfe erst dann gegen Rede vorgehen, wenn eine unmittelbare Gefahr des Umschlagens von Rede in Tätlichkeit zu gewärtigen ist. Darum geht es mir nicht. Ich habe darauf hingewiesen, dass nach Teilen der Rechtsprechung, nicht notwendigerweise nach der Norm selbst, schon ein Restrisiko ausreicht, um zu sagen, hier liegt Volksverhetzung vor, weil möglicherweise irgendwann irgendwo irgendetwas passieren könnte. Das führt zu einem Problem der Bestimmung der abstrakten Gefahr. Und zwar im Polizeirecht, bei der Volksverhetzung im Strafgesetzbuch wie auch beim Parteiverbot im Grundgesetz. Die abstrakte Gefahr wird nämlich unterschiedlich bestimmt. Sie wird etwa in dem Polizeirechtslehrbuch von Herrn *Denninger* und seinen Kollegen definiert als „gedachte Möglichkeit einer konkreten Gefahr“, und sie wird bestimmt bei Herrn *Schenke* in seinem Polizeirechtslehrbuch als „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ des Eintritts des Schadens für bestimmte Situationen. Das ist ein folgenreicher Unterschied im Bereich der Volksverhetzung, wenn man starke, heftige Auseinandersetzungen um Inklusion und Exklusion als Beispiel nimmt. Wenn es ausreicht, bei solchen Diskussionen den § 130 StGB zur Anwendung zu bringen, weil die „Möglichkeit“ besteht oder nicht ausgeschlossen werden kann, dass irgendwo irgendjemand aufgrund irgendeiner Äußerung nun in Leben, Freiheit und Eigentum einer Minderheit eingreift, dann ist das im Verhältnis mit der Meinungsfreiheit überzogen. Solche meinungsfreiheitsunfreundlichen Tendenzen gibt es aber zum Teil in der Rechtsprechung. Man mag das wegen der Bedeutung des öffentlichen Friedens für rhetorisch angegriffene Minderheiten für richtig halten, dann sollte man allerdings konsequenterweise das Gegenrecht, nämlich die Meinungsfreiheit, die hinter den entsprechenden politischen Stellungnahmen „volksverhetzender“ Art steht, nicht mehr

als besonders wichtiges Recht anpreisen, wie das seit der Lüth-Entscheidung geschieht. Dann sollte man die einschlägige Rhetorik etwas zurückfahren. Also was ich sage, ist nicht: „Der § 130 Abs. 1 StGB in der Variante, die ich beschrieben habe, ist verfassungswidrig“. Dasjenige, was uns eigentlich vorschwebt als reale abstrakte Gefahr, nämlich Aufrufe zu Gewalttätigkeit oder Menschenwürdeverletzungen, das sind andere Varianten als das Aufstacheln zum Hass gegen Teile der Bevölkerung, gefährlichere Varianten. Die hier beschriebene Variante der Volksverhetzung hat keinen klaren Bezug zu Gewalttätigkeit und Würdeverletzungen, weswegen manche Strafrechtler zu Recht sagen: „Diese Sanktion brauchen wir nicht. Hier wird die Strafbarkeit zu weit vorgezogen.“ Es geht also um ein Problem der Meinungsfreiheit in der Auslegung des § 130 StGB. Die Rechtsprechung, so habe ich das zusammengefasst, ist gespalten: Es gibt meinungsfreiheitsfreundliche und es gibt meinungsfreiheitsunfreundliche Entscheidungen. Allein die Tatsache, dass es meinungsfreiheitsunfreundliche Entscheidungen gibt, zeigt aber, dass eine Abschreckungsstrategie am Werk ist, die politisch durch Teile der Rechtsprechung und viele Rechtswissenschaftler absegnet wird, mit folgender Botschaft: „In diesen Fragen sollte man sich nicht zu laut und zu deutlich äußern.“ Diese Botschaft möchte ich als Bürger unterstreichen: Wir sollten eintreten für zivilisierte, sachliche und fachliche Diskussionen, auch um Inklusion oder Exklusion. Aber wenn denn einer auftritt und drastisch-plastisch die Dinge benennt oder auch schrecklich übertreibt, dann sollten wir noch nicht das Strafrechtsschwert zücken und Volksverhetzungsstrafen anordnen. In dieser Hinsicht bin ich ein klassischer Liberaler.

**Vorsitzende:** Wir sind am Ende angelangt und müssen uns beeilen, weil der Abendanlass früh beginnt. Mein Dank gilt den beiden Referenten für ihre große Arbeit, den Diskutanten für ihre anregenden Anstöße und Ihnen allen, verehrte Kolleginnen und Kollegen, für die große Aufmerksamkeit, mit der Sie dieser Veranstaltung gefolgt sind.

Dritter Beratungsgegenstand:

**Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht:  
Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?**

1. Bericht von Prof. Dr. *Arno Scherzberg*, Erfurt\*

Inhalt

|   | Seite |
|---|-------|
| I. Der Ausgangsbefund: das Phänomen des Risikos . . . . .                               | 216   |
| II. Begriff und Theorie des Risikos . . . . .   | 219   |
| 1. Das Risiko erster Ordnung . . . . .  | 219   |
| 2. Das Risiko zweiter Ordnung . . . . .   | 220   |
| 3. Der Risikobegriff des Risikoverwaltungsrechts . . . . .                              | 223   |
| III. Reflexive Risikosteuerung: Theoretische Grundlagen<br>und Wirkungsbezüge . . . . . | 225   |
| 1. Recht als Instrument der Risikosteuerung . . . . .                                   | 225   |
| 2. Risiko und Innovation als Gegenstand rechtlicher<br>Steuerung . . . . .              | 228   |
| a) Die Konstituierung des Risikos . . . . .   | 228   |
| b) Risikobewertung und Risikovergleich . . . . .  | 230   |
| c) Die Bewertung von Innovationen . . . . .   | 232   |
| d) Risikosteuerung als innovativer Prozess . . . . .                                    | 234   |
| e) Risikosteuerung als Steuerung von Innovationen . . . . .                             | 235   |
| IV. Das Recht der reflexiven Risikosteuerung . . . . .                                  | 238   |
| 1. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen . . . . .   | 238   |
| 2. Verfassungsrechtliche Grundlagen . . . . .   | 240   |
| a) Zielsetzung und Voraussetzungen . . . . .  | 240   |
| b) Modalitäten und Instrumente . . . . .  | 243   |
| 3. Die Risikosteuerung im Risikoverwaltungsrecht . . . . .                              | 245   |
| a) Die Risikoreduktion . . . . .  | 245   |
| (aa) Das Regelungsmodell . . . . .  | 245   |
| (bb) Die Maßstabsbildung im Verfahren . . . . .   | 246   |

---

\* Meinem Mitarbeiter *Matthias Mayer* danke ich für zuverlässige Recherchen und weiterführende Ideen.

|  |     |
|--|-----|
| (cc) Die Verteilung der Beweislast . . . . .   | 247 |
| (dd) Die Zuweisung des Risikos . . . . .   | 249 |
| (ee) Die Dynamisierung der Regulierung . . . . .   | 251 |
| b) Die Risikoprävention . . . . .  | 252 |
| (aa) Das Regelungsmodell . . . . .   | 252 |
| (bb) Die Instrumente . . . . .   | 252 |
| (1) Das ökologische Erforderlichkeitsgebot . . . . .   | 252 |
| (2) Das Stoff- und Energiestrommanagement . . . . .  | 253 |
| (3) Die Risikohaftung . . . . .  | 254 |
| (4) Die Risikokommunikation . . . . .  | 255 |
| V. Ausblick: Rechtliche Ungewissheitsbewältigung und ihre<br>Rückwirkungen auf das Recht . . . . . | 256 |

„Die Notwendigkeit zu entscheiden reicht weiter als die Fähigkeit zu erkennen“  
(*Immanuel Kant*)

„Es kann sich tatsächlich erweisen, daß es die weitaus schwierigste und nicht die unwichtigste Aufgabe für die menschliche Vernunft ist, ihre eigenen Grenzen rational zu erfassen“ (*Friedrich v. Hayek*)

## I. Der Ausgangsbefund: das Phänomen des Risikos

In einer Gesellschaft ohne Glauben an Schicksal oder Fügung erscheint die Zukunft prinzipiell gestaltbar, aber auch in einer beunruhigenden Weise unsicher und offen.<sup>1</sup> Dies gilt trotz oder sogar wegen ihrer wissenschaftlich-technischen Errungenschaften, denn diese erhöhen zwar die Verarbeitungsfähigkeit und Wirkungsmacht zivilisatorischer Systeme, steigern aber auch deren Fehleranfälligkeit<sup>2</sup> und Schadenspotentiale.<sup>3</sup>

Jüngstes Beispiel ist die Nanotechnologie. Nanopartikel sind wegen ihrer geringen Größe und vergleichsweise großen Oberfläche besonders reaktionsfreudig und vielseitig einsetzbar. Produkte der Energie-, Umwelt- und Informationstechnik, sogar neue Verfahren zur Krebsbehandlung gehören zu ihren Anwendungsbereichen. Wegen ihrer Winzigkeit können sie allerdings auch leicht über Haut und Atmung in den menschlichen Organismus gelangen und dort Probleme für das Immunsystem, das Lungengewebe und die Blutgefäße verursachen. Was ihre „Freisetzung“ für die Umwelt bewirkt, ist offenbar noch gänzlich unerforscht. Erste Umweltschutzorganisationen fordern bereits ein Moratorium der Technologie und die britische Regierung beauftragte unlängst die Royal Society mit einer Studie über ihre Folgen.<sup>4</sup> In Deutschland hatte kürzlich der VGH Baden-Württemberg über eine Anlage zur Herstellung von Nanopulver zu entscheiden.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Meyer in: Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (Hrsg.) Risiko – Wieviel Risiko braucht die Gesellschaft, 1998, 148ff.

<sup>2</sup> Dazu Kornwachs in: Banse (Hrsg.) Risikoforschung zwischen Disziplinarität und Interdisziplinarität, 1996, 73, 78.

<sup>3</sup> S. etwa Schulze-Fielitz in: Schulte (Hrsg.) Handbuch des Technikrechts, 2003, 443, 448.

<sup>4</sup> Focus 36/2003, 80f.; ferner [www.nanonet.de.index.phb3](http://www.nanonet.de.index.phb3).

<sup>5</sup> VGH BW VB1W 2002, 436f.



Die moderne Gesellschaft steigert mit ihrem technikbasierten Handlungspotential also offenbar zugleich *Sicherheit und Ungewissheit*.<sup>6</sup> Diese paradoxe Entwicklung findet im Konzept von Chance und Risiko Ausdruck.<sup>7</sup> Es bezeichnet die Relation möglicher Gewinne und Verluste als Folgen einer Entscheidung und betrachtet diese damit vor dem Hintergrund der Ungewissheit ihrer Konsequenzen.<sup>8</sup> Im Risikobegriff sollen diese Konsequenzen berechenbar und zurechenbar gemacht, die Ungewissheit also kalkuliert<sup>9</sup> und in rationale Entscheidungen transformiert werden.<sup>10</sup>

Rationales Handeln ist indes, in der hier gemeinten Form der Zweckrationalität, auf empirisch begründete Annahmen über die Eignung eines Mittels zur Erreichung des Zwecks angewiesen,<sup>11</sup> setzt also eine „Herrschaft kraft Wissens“<sup>12</sup> voraus, von der für die meisten Steuerungsprobleme der „Risikogesellschaft“<sup>13</sup> nicht die Rede sein kann. Rationalität muss unter Ungewissheitsbedingungen deshalb neu definiert werden.<sup>14</sup> Die Notwendigkeit der fortlaufenden Aktualisierung des Risikowissens ist dabei unbestritten.<sup>15</sup> Das Ziel der Risikovorsorge, wie es heute aufgrund völker-<sup>16</sup>,

<sup>6</sup> Dazu *Banse* in: ders. (Fn. 2), 15, 17; *Beck* in: ders./Giddens/Lash (Hrsg.) *Reflexive Modernisierung*, 1996, 19, 55; *G.-P. Calliess* *Prozedurales Recht*, 1999, 58.

<sup>7</sup> Grundlegend *Kloepfer* UTR 5 (1988), 31 ff., *Bechmann* KritV 74 (1991), 212, 214; zur historischen Entwicklung des Risikobegriffs *Banse* in: ders. (Fn. 2), 15, 23 ff.

<sup>8</sup> *Holzheu* in: Bayerische Rück (Hrsg.) *Risiko ist ein Konstrukt*, 1993, 263, 265; ähnlich *Luhmann* *Soziologie des Risikos*, 1991, 235.

<sup>9</sup> *Giddens* *Modernity and Self-Identity*, 1991, 111 f., 114 ff., 133 f.; *Beck* *Weltrisikogesellschaft revisited*, [www.scienceandfiction.de/04/pdf/013Beck.pdf](http://www.scienceandfiction.de/04/pdf/013Beck.pdf).

<sup>10</sup> *Banse* in: ders. (Fn. 2), 28 f.; *Evers* *Kommune* 6/1989, 33, 34.

<sup>11</sup> *Acham* in: Schnädelbach (Hrsg.) *Rationalität*, 1984, 32, 51; *Cohen* „Rationalität“, in: *Speck* (Hrsg.) *Handbuch wissenschaftstheoretischer Begriffe* III, 1980, 531 ff.

<sup>12</sup> *Weber* *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 129.

<sup>13</sup> Zum Begriff *Beck* *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986, 25 ff.; *Steinberg* *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, 23 ff.

<sup>14</sup> *Bonß* *Vom Risiko: Unsicherheit und Ungewissheit in der Moderne*, 1995, 291 ff.; ferner *Gigerenzer* in: Engel/Halfmann/Schulte (Hrsg.) *Wissen-Nichtwissen-Unsicheres Wissen*, 2002, 161, 182; *Priddat* in: *Banse* (Fn. 2), 105 ff.

<sup>15</sup> S. etwa *Di Fabio* FS Ritter, 1997, 807, 820 ff.

<sup>16</sup> Vgl. nur Grundsatz 15 der Rio-Deklaration für Umwelt und Entwicklung (1992) ILM 31 (1992), 874 ff.; Art. 2 des Übereinkommens zum Schutz und zur Nutzung grenzüberschreitender Wasserläufe und internationaler Seen (1992) BGBl. II, 1994, 2334; Art. 3 des Rahmenübereinkommens der UN über Klimaveränderungen (1992), BGBl. II, 1993, 1784; weitere Beispiele bei *Beyrerlin* *Umweltvölkerrecht*, 2000, Rn. 187, 193, 206, 293; *Sand*, *Human and Ecological Risk Assessment* 6 (2000), 445 ff.; ferner die Mitteilung der Kommission „Die Anwendung des Vorsorgeprinzips“, KOM (2000) endg., 1, 10 ff.

europa-<sup>17</sup> und verfassungsrechtlicher<sup>18</sup> Festlegungen die Risikosteuerung bestimmt, fordert aber eine zeitnahe und antizipative und deshalb in Voraussetzungen und Wirkungen ungewisse Risikoregulierung. Unter diesen Umständen kann sich das Recht nicht mit der Forderung nach zusätzlichem Wissenserwerb begnügen,<sup>19</sup> sondern muss das Handeln unter Ungewissheitsbedingungen als solches annehmen und strukturieren.<sup>20</sup>

Dabei gerät in den Blick, dass die Folgen rechtlicher Risikosteuerung nicht weniger ungewiss sind als die Risiken selbst.<sup>21</sup> FCKW, PCB und Asbest<sup>22</sup> sind Beispiele für die Risiken der Strategie, bekannte Gefahrenquellen durch unbekanntere zu ersetzen.<sup>23</sup> „Some cures are worse than the disease“ sagt der amerikanische Verwaltungsrechtler *Cass Sunstein*.<sup>24</sup> Unter Ungewissheitsbedingungen lässt sich das freilich im Vorherein kaum feststellen. Rechtliche Risikosteuerung ist deshalb immer eine „tragic

<sup>17</sup> Vgl. etwa Art. 174 Abs. 2 S. 2 EGV; Art. 4 Abs. 1 RL 2001/18 EG über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der RL 90/220 EWG, ABl. L 106/1; Art. 7 Abs. 1 VO (EG) 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze des Lebensmittelrechts ABl. L 31/1; Art. 3, 4 VO (EWG) 793/93 zur Bewertung und Kontrolle der Umweltrisiken chemischer Altstoffe, ABl. L 84/1; Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 96/61 EG über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl. L 257/26.

<sup>18</sup> Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten und Art. 20a GG als Präventionsgebot *Steinberg* (Fn. 13), 91 ff.; ferner unten IV.2.

<sup>19</sup> Dabei ist auch in Rechnung zu stellen, dass die Erarbeitung abgesicherter Wissensbestände häufig mit der Entdeckung neuer, noch größerer Unbestimmtheiten einher geht, vgl. *Fleck* Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache, 1980, 109 ff. und *Weingart* Die Stunde der Wahrheit, 2001, 20, und dass zusätzliches Wissen deshalb nicht notwendig zu angemesseneren Entscheidungen führt und die Kosten einer Verbesserung der Informationslage mithin weit höher sein können als der Ertrag. Dazu auch *Weingart* ebd., 337; *Wegner* Marktkonforme Umweltpolitik zwischen Dezisionismus und Selbststeuerung, 1994, 15; gerade dies kann man freilich in der Entscheidungssituation regelmäßig nicht erkennen, vgl. *Tietzel* Wirtschaftstheorie und Unwissen, 1985, 19f.

<sup>20</sup> *Damm/Hart* KritV 70 (1987), 183, 185; *Ladeur* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995, 40 ff., 79 ff., 118 ff.; *Spiecker gen. Döhmann* in: *Lege* (Hrsg.) Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und was sollte das Recht regeln?, 2001, 51, 77; gleiches gilt für den außerrechtlichen Umgang mit dem Risiko, *Bonß* (Fn. 14), 303 f.; *Japp* Risiko, 2000, 30f.

<sup>21</sup> *Wiener* in: *Graham/Wiener* (Hrsg.) Risk versus Risk, 1997, 193, 196 ff.; *Wolf* in: *Roßnagel/Neuser* (Hrsg.) Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, 57, 95.

<sup>22</sup> Zu Entwicklungsgeschichte und Problemen der FCKW vgl. *European Environment Agency* (Hrsg.) Late lessons from early warnings, 2001, 76 ff.; *Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen* (Hrsg.) Umweltgutachten 2002, Tz. 417 ff.; Fallstudien zu Asbest und den chlorierten aromatischen Kohlenwasserstoffen (PCB) in *European Environment Agency*, ebd., 52 ff., 64 ff.

<sup>23</sup> S. etwa *Wahl/Appel* in: *Wahl* (Hrsg.) Prävention und Vorsorge, 1995, 1, 7.

<sup>24</sup> *Sunstein* in: *Graham/Wiener* (Fn. 21), VII, VIII.

choice<sup>25</sup> und selbst riskant.<sup>26</sup> Risiko tritt dem Recht mithin in zwei Erscheinungsformen entgegen: als Schadenspotential in der von ihm regulierten Umwelt<sup>27</sup> und als mögliche Irrtumskosten der rechtlichen Regulierung selbst.

## II. Begriff und Theorie des Risikos

Eine Entscheidung ist riskant, wenn sie möglicherweise unerwünschte Folgen zeitigt.<sup>28</sup> Sie verliert dieses Prädikat, wenn man ihre Folgen vollständig kennt.<sup>29</sup> Diese Bedingung ist indes praktisch nie erfüllt. Wenn man von Gewissheit der Folgen und damit gegebenenfalls auch von Sicherheit rechtlich geschützter Güter spricht, und von Chance und Risiko als der anderen Seite der Unterscheidung, handelt es sich deshalb nicht um empirisch-vorfindliche Phänomene, sondern um aus kulturellen oder wissenschaftlichen Wertungen gewonnene Konstrukte.<sup>30</sup> Für die Zwecke rechtlicher Risikoverarbeitung sind zwei solcher Konstrukte erforderlich, die hier „Risiko erster Ordnung“ und „Risiko zweiter Ordnung“ genannt werden sollen.

### 1. Das Risiko erster Ordnung

Das Risiko erster Ordnung bezeichnet den Erwartungswert eines Schadens. Diesen errechnet die Entscheidungstheorie<sup>31</sup> als Produkt von Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit und macht damit die nachteiligen Folgen ökonomischer Entscheidungen mit ihrem erwarteten Nutzen vergleichbar.

<sup>25</sup> Calabresi/Bobbitt *Tragic choices*, 1978, 26; Steinberg (Fn. 13), 92.

<sup>26</sup> Ladeur (Fn. 20), 118; Wolf in: Bora (Hrsg.) *Rechtliches Risikomanagement*, 1999, 65, 84; für das Arzneimittelrecht Krücken in: Hiller/Krücken (Hrsg.) *Risiko und Regulierung*, 1997, 116, 118.

<sup>27</sup> Typologie des Risikos insoweit bei Scherzberg in: Engel/Halfmann/Schulte (Fn. 14), 113, 117.

<sup>28</sup> Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung *Globale Umweltveränderungen/WBGU* (Hrsg.) *Welt im Wandel: Jahresgutachten 1998, 1999*, 35.

<sup>29</sup> S. etwa Peine UTR 43 (1998) 111, 112.

<sup>30</sup> Holzheu (Fn. 8), 264; WBGU (Fn. 28), 38; Heidenescher *Die Beobachtung des Risikos*, 1999, 61 ff.; Luhmann *Soziologische Aufklärung 5*, 1990, 134; Di Fabio in: Banse (Fn. 2), 133; Krohn/Krücken, in: dies. (Hrsg.) *Riskante Technologien 1993*, 9, 10 ff.; zum kulturwissenschaftlichen Aspekt Renn in: Chakraborty/Yadigaroglu (Hrsg.) *Ganzheitliche Risikobetrachtung*, 1991, 06-1, 06-14 ff.; zum Konstrukt der Wahrscheinlichkeit als Element des Risikos vgl. Sinn *Ökonomische Entscheidungen bei Ungewissheit*, 1980, 19.

<sup>31</sup> Grundlegend Knight *Risk, Uncertainty and Profit*, 1921, 22 ff, 197 ff.

*Ulrich Beck* verdanken wir indes den Hinweis, dass ein solcher Risikobegriff mögliche Gewissheitsdefizite bei der Schadensprognose vernachlässigt und so über die Möglichkeit einer Fehleinschätzung hinwegtäuscht.<sup>32</sup> Das ist unproblematisch, solange sich die Risikokalkulation wie bei Versicherungsprämien und Glücksspielchancen, den historischen Anwendungsfeldern des entscheidungstheoretischen Risikos,<sup>33</sup> auf mathematisch errechenbare Wahrscheinlichkeiten und das Gesetz der großen Zahl stützen kann, das unerwartete Entwicklungen in Einzelfällen kompensiert.<sup>34</sup> Gleiches dürfte gelten, soweit das Recht auf das Erfahrungswissen von Vollzugsbeamten und das technische Fachwissen von Ingenieuren zurückgreift, dem immerhin auch eine Vielzahl von Anwendungsfällen zugrunde liegt.<sup>35</sup>

## 2. Das Risiko zweiter Ordnung

Die Folgen des Einsatzes moderner Technik sind allerdings in ihrer Komplexität und Singularität vielfach weder einer statistischen noch einer erfahrungsbasierten Beurteilung zugänglich.<sup>36</sup> Sie sind meist weder kausal sicher zurechenbar noch raum-zeitlich begrenzt. Als „schleichende Katastrophen“ bleiben sie zudem oft unerkannt oder unterschätzt und werden erst im Verlauf ihrer Anwendung – bei den FCKW immerhin erst nach 40 Jahren – in ihren verheerenden Wirkungen deutlich.<sup>37</sup> Angesichts der Höhe der Schadenspotentiale muss das Recht möglichst verhindern, dass auf diese Weise Erfahrung gewonnen wird.

<sup>32</sup> *Beck* Gegengifte, 1988, 103 ff.; s. auch *Priddat* in: Banse (Fn. 2), 105 f.; *Reese-Schäfer* in: Dicke (Hrsg.) Politisches Entscheiden, 2001, 27, 30 ff.; *Rehmann-Sutter* in: Skorupinski/Ott (Hrsg.) Ethik und Technikfolgenabschätzung, 2001, 80 ff.

<sup>33</sup> Zum Versicherungswesen *Banse* in: ders. (Fn. 2), 28 ff.

<sup>34</sup> Jedenfalls dann, wenn sich der Entscheider am Durchschnittserfolg je Realisation orientiert; näher *Laux* Entscheidungstheorie, 5. Aufl. 2003, 147 ff.

<sup>35</sup> Vornehmlich *Karl-Heinz Ladeur* hat darauf hingewiesen, dass der klassische Gefahrebegriff ein Operieren unter Ungewissheit dadurch ermöglicht und begrenzt hat, dass er auf eine hinreichend sichere Prognose der Schadensneigung durch einen durchschnittlich kundigen Beobachter abstellte und die Berechenbarkeit der fraglichen Abläufe aufgrund von Erfahrungswissen voraussetzte; dazu *Ladeur* (Fn. 20), 9 ff.; ebenso *Banse* in: ders. (Fn. 2), 37 f.; *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 115, 166 f.; *C. Calliess* Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, 155 ff.

<sup>36</sup> *Banse* in: ders. (Fn. 2), 33 f.

<sup>37</sup> *Böhret* Folgen: Entwurf für eine Politik gegen schleichende Katastrophen, 1990; Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.) Umweltpolitik, Umweltgutachten 2000 des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen, 2000, 17.

Dazu lassen sich freilich im Rahmen der Gefahrenabwehr, dem Schema der Bewältigung der Risiken erster Ordnung, keine angemessenen Instrumente finden.<sup>38</sup> Weder die Beschränkung auf die Gefahrerforschung, noch eine unbegrenzte Absenkung der Gefahrenschwelle oder der Verzicht auf Schadensbegrenzung wären angemessene Reaktionen auf das Fehlen verlässlicher Prognosen.<sup>39</sup> Soll die Steuerungsleistung des Rechts hier nicht enden, muss es von einer erfahrungsbasierten auf eine ungewissheitsbasierte Strategie normativer Zukunftsbewältigung übergehen.<sup>40</sup> Im Wege der *Vorsorge* trägt es dann dem Risiko Rechnung, Risiken nicht rechtzeitig zu erkennen.<sup>41</sup>

Vorsorge muss dafür auf den jeweiligen Stand der Wissenschaft rekurrieren. Dabei fließen die Ergebnisse von Simulationen, Extrapolationen und Modellrechnungen und damit auch schwach verifizierte Hypothesen in die Risikoprognose ein.<sup>42</sup> So hat das BVerfG im Kalkar-Beschluss die Einbeziehung aller „vertretbaren“ Erkenntnisse gefordert und das BVerwG im Whyll-Urteil auf die Notwendigkeit hingewiesen, auch „bloße theoretische Überlegungen und Berechnungen“ für das Risikokalkül in Betracht zu ziehen.<sup>43</sup> Je weiter sich rechtliches Risikomanagement damit aber in die Ungewissheit hinein ausweitet, desto höher wird, worauf vor

<sup>38</sup> *Ladeur* (Fn. 20), 69 ff.

<sup>39</sup> *Karthus* Risikomanagement und ordnungsrechtliche Steuerung, 2001, 60 ff.; *Köck* Maßstäbe der Risikobewertung im Umweltrecht, n.v. Habilitationsschrift, 2000, 269.

<sup>40</sup> In diesem Sinn die Europäische Umweltagentur nach Auswertung von 14 Fallstudien zum Risikomanagement der letzten 100 Jahre: „Acknowledge and respond to ignorance ... uncertainty and risk in technology appraisal and public policy-making. ... To be alert to – and humble about – the potential gaps in those bodies of knowledge that are included in our decision-making is fundamental.“ Dazu vgl. European Environment Agency (Fn. 22), 168 ff.; vgl. ferner *Gill/Bizer/Roller* Riskante Forschung, 1998, 18 f.; *Herdagen/Dederer* in: Eberbach/Lange/Ronellenfisch, GenTR, § 15 GenTG, Rn. 80 Fn. 169; *Wolf* in: Bora (Fn. 26), 65, 77 ff.

<sup>41</sup> *Gill* ÖZP 27 (1998), 29, 33; *C. Calliess* DVBl 2001, 1725, 1727; *Scherzberg* VerwArch 84 (1993), 484, 498.

<sup>42</sup> *Köck* (Fn. 39), 58, 152 ff.; vgl. auch *WBGU* (Fn. 28), 4; *Priddat* in: Banse (Fn. 2), 105, 108; zum Beispiel der Reaktorsicherheitsstudie WASH 1200 aus dem Jahre 1975 vgl. *Nowitzki* in: Bechmann, Risiko und Gesellschaft, 2. Aufl. 1997, 125, 130; zur Subjektivität der Schlussfolgerung aus Schätzungen, Simulationen und Experimenten vgl. auch *Eisenführ/Weber* Rationales Entscheiden, 2. Aufl. 1994, 149 ff.

<sup>43</sup> BVerfGE 49, 89, 136; BVerwGE 72, 300, 315; aus neuerer Zeit BVerwGE 104, 36, 51; 106, 115, 121. Dabei bleibt noch unberücksichtigt, dass die Theorie – nicht nur – im Bereich moderner Technologie vielfach aus der zu beurteilenden Anwendung erst folgt. Dazu vgl. *Kleindiek* Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft, 1998, 102 ff.

allem US-amerikanische Autoren hinweisen, das Risiko zweiter Ordnung,<sup>44</sup> die Gefahr der Fehleinschätzung und Fehlsteuerung der Gefahr.<sup>45</sup>

Um ihr zu begegnen, muss das Recht seine eigenen Wirkungen antizipieren.<sup>46</sup> Es wird damit reflexiv.<sup>47</sup> Risikosteuerung beschränkt sich dann nicht mehr auf den Umgang mit den nachteiligen Folgen eines äußeren Geschehens, sondern erstreckt sich auch auf die nachteiligen Folgen der rechtlichen Normierung.<sup>48</sup> Das erfordert eine Einschätzung der Zwecke, Beschränkungen, Nebenfolgen, Ungewissheiten und Irrtumskosten eines Regelungsprojekts und eine Entscheidung über seine Verantwortbarkeit vor dem Hintergrund unzureichenden Wissens.<sup>49</sup> Die Grenzen des wis-

<sup>44</sup> Dazu *Wiener/Graham* in: dies. (Fn. 21), 226, 228ff.; *Warren/Marchant Ecology Law Quarterly* 20 (1993), 379ff.; *Adler Texas International Law Journal* 35 (2000), 173, 194ff.; ferner die Beiträge von *Morrow* und *Jaffe* in: Hunziker/Jones (Hrsg.) *Product Liability and Innovation*, 1994, 23, 27 und 120, 126; ferner *Williamson/Hulpke Zeitschrift für Umweltchemie und Ökotoxologie (UWSF)* 12 (2000), 91, 92ff.; *Köck/Hansjürgens GAIA* 11 (2002), 42f.; *Cross Washington and Lee Law Review* 53 (1996), 851, 859ff.; *Sunstein Risk and Reason*, 2002, 133ff.; *Miller/Conko Policy Review* 107 (2001), 25ff.

<sup>45</sup> *Scherzberg* in: Engel/Halfmann/Schulte (Fn. 14), 113, 134; ferner *Rehmann-Sutter* (Fn. 32), 80.

<sup>46</sup> *Trute* in: Riedel (Hrsg.) *Risikomanagement im öffentlichen Recht*, 1997, 55, 56.

<sup>47</sup> *Preuß* in: Grimm (Hrsg.) *Staatsaufgaben*, 1994, 523, 542; zum Spielraum der Verwaltung zur Folgenberücksichtigung vgl. *Scherzberg Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 2000, 132f.; *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann, *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, 8, 24f.; indirekt auch *Sendler FS Simon*, 1987, 113, 136ff.; allgemein zum Begriff der Reflexivität *Giddens Konsequenzen der Moderne*, 1995, 52ff.; *Wagner/Haffner UTR* 49 (1999), 93, 99. Die Antizipation und Integration der Folgen des eigenen Handelns ist auch Ziel des Steuerungsmodells des „reflexiven Rechts“, dazu mit Beispielen *Schmidt-Preuß VVDStRL* 56 (1997), 160, 192ff.; *Teubner/Willke ZfRSoz* 1984, 4, 19ff.

<sup>48</sup> *Schmidt-Preuß* in: Kloepfer (Hrsg.) *Technikumsteuerung als Rechtsproblem*, 2002, 119, 127; *Köck* (Fn. 39), 269; *Di Fabio Jura* 1996, 566, 573; *Krohn/Krücken* (Fn. 30), 23; *Williamson/Hulpke* (Fn. 44), 95; solche können gerade aus der Beseitigung einer Risikoquelle erwachsen; so wird heute ein Sicherheitsverlust gerade wegen des Ausstiegs aus der Kernenergie befürchtet, vgl. dazu *Bohne NVwZ* 1999, 1, 5; insoweit kann zusätzliches Risikomanagement erforderlich sein. Risikosteuerung zweiter Ordnung unterscheidet sich also nicht nur auf der Mittelebene, sondern auch in seinen Zielen von der Gefahrenabwehr; s. bereits *Scherzberg* in: Engel/Halfmann/Schulte (Fn. 14), 113, 135f.; a. A. für die Risikovorsorge *Lübbe-Wolff* in: Bizer/Koch (Hrsg.) *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität*, Symposium für Denninger, 1998, 47, 52.

<sup>49</sup> S. etwa *EuG Rs. T-70/99 v. 11. 9. 2002 (Alpharma/Rat)*, Slg. 2002, II-3495, Rn. 174f.; dazu auch bereits *Scherzberg* (Fn. 41), 497ff.; *Franzius Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2000, 92ff.; *Schmidt-Abmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, 3/73; *Seiler* in: Banse (Fn. 2), 145, 162; *Wahl/Appel* (Fn. 23), 98; *Berg Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt*, 1980, 298; *Di Fabio* (Fn. 15), 824f.; *Williamson/Hulpke* (Fn. 44), 95.

senschaftlichen Erkenntnisvermögens bezeichnen dabei nicht notwendig den Endpunkt, sondern geben u. U. auch Anlass zu rechtlicher Regulierung.<sup>50</sup> Das Wissen um das Nichtwissen kann etwa eine verdachtsunabhängige Prävention<sup>51</sup> oder die Einführung von Risikoindikatoren als Entscheidungsheuristiken nahe legen,<sup>52</sup> die auf der Grundlage geringerer Erkenntnissicherheit Erfolg versprechen.<sup>53</sup> Hohe Irrtumskosten werden regelmäßig die Grenzen der Vorsorge unter Ungewissheit indizieren: *Restrisiko ist dasjenige Risiko, bei dem die Risiken der Risikosteuerung (durch Vorsorge) überwiegen.*

### 3. Der Risikobegriff des Risikoverwaltungsrechts

Soweit das heutige Verwaltungsrecht wie etwa in § 6 Abs. 1 GenTG, § 40 Abs. 1 Nr. 1 AMG, §§ 12 Abs. 2, 17 Abs. 2, 19 Abs. 3 Nr. 2 ChemG, Nr. 1.5 Anl. 2 UVPG und § 36 Abs. 2 S. 1 GefStoffV<sup>54</sup> auf das Risiko rekurriert, greift es auf den Risikobegriff erster Ordnung zurück.<sup>55</sup> Dieser

---

<sup>50</sup> Vgl. WBGU (Fn. 28), 6, 285 ff.; ferner *Heidenescher* (Fn. 30), 230; *Rehbinder* in: Arbeitskreis für Umweltrecht (Hrsg.) Grundzüge des Umweltrechts, 2. Aufl. 1997, 04/50; *Steinberg* (Fn. 13), 149; *Mrasek-Robor* Technisches Risiko und Gewaltenteilung, 2000, 33 f.; *Stoll* Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, 270.

<sup>51</sup> Dazu unten IV.3.b).

<sup>52</sup> Dabei lässt sich anknüpfen an Eigenschaften wie die Langlebigkeit, die Akkumulierbarkeit und die Mobilität eines Stoffes oder Produkts, an den Umfang der Stoffproduktion oder das Ausmaß der Exposition geschützter Güter. Zur Berücksichtigung dieser Faktoren im geltenden Recht *Köck* (Fn. 39), 56 f.; eine weitergehende Einführung von Risikoindikatoren wird von verschiedenen Beratungsgremien empfohlen, vgl. WBGU (Fn. 28), 306 ff.; European Environment Agency (Fn. 22), 170 f.; Risikokommission „Neuordnung der Verfahren und Strukturen zur Risikobewertung und Standardsetzung im gesundheitlichen Umweltschutz der Bundesrepublik Deutschland“ (Hrsg.) Abschlussbericht 2003, 32 ff., [www.bmu.de/de/1024/js/download/b\\_rk/liste.php](http://www.bmu.de/de/1024/js/download/b_rk/liste.php); s. auch *Mathes/Ranke* in: Hansjürgens (Hrsg.) Umweltrisikopolitik, ZAU-Sonderheft 10 (1999), 97, 101 ff.; kritisch allerdings Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen (Hrsg.) Sondergutachten Umwelt und Gesundheit, 1999, Tz. 29\*, 137; allgemein zur Nutzung von Heuristiken als Mittel zur Sicherung von Entscheidungsrationalfität unter Ungewissheit *Gigerenzer* (Fn. 14), 182.

<sup>53</sup> Ein – wohl nicht in vollem Umfange überzeugendes – Beispiel bietet der Vorschlag der EG-Kommission zur neuen Chemikalienregulierung: Weißbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften „Strategie für eine zukünftige Chemikalienpolitik“, KOM (2001), 88 endgültig, 13, 23 mit seiner Anknüpfung an die Produktionsmenge; kritisch dazu *C. Calliess* UTR 68 (2003), 11, 48 ff.; vgl. auch *Scheringer/Mathes/Weidemann/Winter* ZAU 11 (1998), 227 ff.

<sup>54</sup> Umfassende Aufzählung bei *Kahl* DVBl. 2003, 1105, 1107 (in Fn. 21).

<sup>55</sup> Ausführlich zur Verwendung des Risikobegriffs im Verwaltungsrecht *Karthaus* (Fn. 39), 54 ff.; zum Gemeinschaftsrecht aus jüngster Zeit *EuG Rs. T-70/99 v. 11. 9. 2002*

umfasst auch den Sonderfall der polizeirechtlichen Gefahr und lässt sich unabhängig davon verwenden, ob die konkreten Schutzanforderungen in Gefahrenabwehr, Risikovorsorge und Restrisiko abgestuft sind oder das Recht lediglich hinzunehmende und nicht hinzunehmende Risiken unterscheidet.<sup>56</sup> Für den Umgang mit der Ungewissheit bietet der Risikobegriff erster Ordnung indes nur zirkuläre Gründe.<sup>57</sup> Die Verarbeitung der Irrtumskosten wird damit auf die Rechtsfolgenbestimmung verlagert.

So verlangt die Europäische Kommission bei der Anwendung des Vorsorgeprinzips in Anknüpfung an Art. 174 Abs. 3, 3. Spiegelstrich EGV eine Abwägung der positiven und negativen Auswirkungen der in Betracht zu ziehenden Maßnahmen und damit auch einen Vergleich der zu bearbeitenden mit den durch den Eingriff neu erzeugten Risiken.<sup>58</sup> Den rechtlichen Rahmen für diesen Vergleich bieten die Abwägungs-,<sup>59</sup> Ermessens-,<sup>60</sup> und Vertretbarkeitsklauseln des Risikoverwaltungsrechts,<sup>61</sup> die den Entscheidungsträgern einen Spielraum auch für die Frage zuweisen, wie die verbleibende Erkenntnisunsicherheit zu verarbeiten ist.<sup>62</sup>

---

(Alpharma/Rat), Slg. 2002, II-3495 Leitsatz 6 sowie Rn. 160, dort auch zu dem – gegenüber dem deutschen Recht – weiten gemeinschaftsrechtlichen Gefahrenbegriff.

<sup>56</sup> *Karthaus* (Fn. 39), 69f.; *Wahl* ZLR 1998, 275, 282ff.; *Köck* (Fn. 39), 51 ff.

<sup>57</sup> So soll der zur Vorsorge berechtigende „Gefährlichkeitsverdacht“ nach herrschendem Verständnis bei hohen, potentiell irreversiblen Schäden bereits bei schwacher Prognosegrundlage zu bejahen sein, obwohl das Urteil der Irreversibilität gerade auf dieser Prognoseschwäche beruht; dazu *Rehbinder* (Fn. 50), 04/50; *Wahl/Appel* (Fn. 23), 111f.; *Kloepfer* in: Gethmann/Kloepfer, Handeln unter Risiko im Umweltstaat, 1993, 55, 60; *Köck* in: Gawel (Hrsg.) Effizienz im Umweltrecht, 2001, 271, 281; zweifelhaft auch die Argumentation von *Schulze-Fielitz* (Fn. 3), 461 f., der aus der Ungewissheit über das Schadenspotential auf das Fehlen eines Risikos schließt. Indes ist zwischen der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Hypothese und ihrer Plausibilität zu unterscheiden, vgl. nur *Kleihauer* in: Hansjürgens (Fn. 52), 50, 60; auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung von Gefahr und Risiko unter Ungewissheit verweist überdeutlich VGH BW VBIBW 2001, 436ff., der in seiner tragenden Begründung vom Vorliegen einer Gefahr, in seinen Hilfserwägungen vom Vorliegen eines Vorsorgetatbestandes ausgeht.

<sup>58</sup> Kommission (Fn. 16), 22f.; für ihre Regelungsvorhaben hat die Kommission jüngst überdies eine Initiative für eine allgemeine Folgenabschätzung vorgestellt, vgl. Mitteilung der Kommission über Folgenabschätzung, KOM (2002), 0276 endgültig.

<sup>59</sup> Vgl. etwa § 2 Abs. 1, § 19 Abs. 3 BNatSchG, §§ 1, 7 Abs. 3, § 9 Abs. 1 BwaldG; § 12 UVPG; zu den impliziten Abwägungsgeboten in unbestimmten Rechtsbegriffen *Kloepfer* Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 4 Rd. 54; *Steinberg* in: Riedel (Fn. 46), 17, 42f.

<sup>60</sup> S. etwa § 17 Abs. 1 BImSchG, §§ 7f. WHG; § 7 Abs. 2 AtG.

<sup>61</sup> Vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 3e PflSchG, § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG, § 25 Abs. 2 Nr. 5 AMG;

<sup>62</sup> Zum Verständnis der Vertretbarkeitsklauseln auch unten IV.3.a) (dd); ferner BVerwGE 81, 12, 17 zu § 15 a. F. PflSchG; *Tünnesen-Harmes* Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, 123ff.; *Köck* (Fn. 39), 193ff.; *Di Fabio* Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, 153ff., 278f.; *Ladour* (Fn. 20), 239; *Winter* Die Prüfung der Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen, UBA-Berichte 4/98, 18ff., 110ff.



Dazu schreiben etwa die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze für die Bewertung und Zulassung von Pflanzenschutzmitteln ausdrücklich vor, mögliche Unsicherheitsfaktoren bei den im Verlauf der Bewertung erhaltenen Informationen einzukalkulieren, um die Gefahr, schädliche Auswirkungen nicht zu erkennen [...], so gering wie möglich zu halten“.<sup>63</sup>

Auch wenn damit unberücksichtigt bleibt, dass auch die *Überschätzung* schädlicher Auswirkungen eines Pflanzenschutzmittels zu einer ex post nicht erforderlichen Rechtsgutsbeeinträchtigung führt, ist dem Risikoverwaltungsrecht damit doch der Weg von der erfahrungsbezogenen Gefahrenabwehr zu einer ungewissheitsorientierten Risikosteuerung gewiesen, die ihre eigenen Grenzen und Risiken reflektiert.<sup>64</sup>

### III. Reflexive Risikosteuerung: Theoretische Grundlagen und Wirkungsbezüge

#### I. *Recht als Instrument der Risikosteuerung*

Wird das Recht reflexiv, wird die es begleitende Rechtswissenschaft zur Steuerungswissenschaft.<sup>65</sup> Im Steuerungsbegriff ersetzt sie die klassisch rechtsaktsbezogene durch eine wirkungsbezogene Betrachtung des Rechts.<sup>66</sup> Damit wird erkennbar, dass das Recht Wirkungen erzeugt, die der Absicht seiner Setzung zuwiderlaufen, etwa wenn es die gesellschaftliche Dynamik verfehlt mit überholten tatbestandlichen Erwartungen oder wenn es im Anwendungsprozess auf konkurrierende ökonomische oder soziale Imperative stößt.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> B.I.4. Anhang IV RL 91/414/EWG v. 15. 7. 1991 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln, eingefügt durch Änderungsrichtlinie 97/57/EWG v. 22. 9. 1997, ABl. L 265/87.

<sup>64</sup> Hierzu auch *Banse* in: ders. (Fn. 2), 37 f.; *Tittes* in: Compes (Hrsg.) Technische Risiken in der Industriegesellschaft, 1986, 345, 359; *Binswanger* ZfU 2 (1990), 103, 113 f.; *Scheringer/Mathes/Weidemann/Winter* (Fn. 53), 227 ff.

<sup>65</sup> Dazu *Schmidt-Aßmann* (Fn. 49), 1/33; *Schuppert* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-ABmann/Schuppert (Fn. 35), 65 ff.; *Hoffmann-Riem* ebd., 115, 121 ff.; ein Selbstverständnis der Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft wirft freilich sogleich die Frage nach ihrer Kompatibilität mit anderen Steuerungswissenschaften auf, vgl. *Gawel* in: Bizer/Linscheid/Truger, Staats Handeln im Umweltschutz, 2000, 89, 94 ff.; nach einer ausgearbeiteten Theorie rechtlicher Steuerung sucht man in der Rechtswissenschaft bislang vergeblich; Vorarbeiten bei *König/Dose* Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1993; weitere Überlegungen bei *Hoffmann-Riem/Schneider* in: dies., Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, 405 ff.

<sup>66</sup> Er fragt nach der „faktischen Kraft des Normativen“ vgl. v. *Wangenheim* in: Bizer/Führ/Hüttig, Responsive Regulierung, 2002, 81, 85.

<sup>67</sup> *G.-P. Calliess* (Fn. 6), 77; *Kaufmann* in: Grimm (Fn. 47), 15, 30 f.

Die für die staatliche Steuerung in Betracht kommenden Steuerungsmedien sind nicht unbegrenzt verfügbar.<sup>68</sup> Das gilt nicht nur für das Recht, für Geld und für Information,<sup>69</sup> sondern vor allem für den Einsatz staatlicher Macht.<sup>70</sup> Zwangsgewalt ist nicht nur aus rechtsstaatlichen Gründen die ultima ratio politischer Sozialgestaltung.<sup>71</sup> Gerade im Umgang mit dem Risiko sind ihr auch funktionale Grenzen gesetzt. Solange etwa in der Frühphase einer technologischen Entwicklung noch verlässliche Maßstäbe für deren rechtliche Bewertung fehlen<sup>72</sup> oder wenn es beim Umgang mit natürlichen Ressourcen um eine generelle Umsteuerung gesellschaftlicher Interaktionsmuster geht,<sup>73</sup> ist der Staat auf die Wissensressourcen und Kooperationsbereitschaft der gesellschaftlichen Akteure angewiesen.<sup>74</sup>

Deshalb kann rechtliche Risikosteuerung nicht nach dem Modell der „vis absoluta“ als einseitige, womöglich deterministische Fremdbestimmung eines Steuerungsobjekts konzipiert werden, sondern ist auf Kommunikation umzustellen.<sup>75</sup> Sie ist nicht zwangsweise Durchsetzung einer eigenen, sondern kommunikative Einwirkung auf fremde Rationalität,<sup>76</sup> die sich über die wechselseitige Abgabe und Verarbeitung von Informationen über Realbedingungen und Verhaltenserwartungen zwischen den am Steuerungsprozess Beteiligten vollzieht.<sup>77</sup>

<sup>68</sup> Zum Ressourcencharakter der Steuerungsmedien etwa *König/Dose* (Fn. 65), 519, 551 ff., 555.

<sup>69</sup> Zur Information als Steuerungsinstrument *Kirchgässer* in: Grimm (Fn. 47), 453, 457 ff.

<sup>70</sup> Grimm in: ders. (Hrsg.) *Die Zukunft der Verfassung*, 2. Aufl. 1994, 399, 420 ff.

<sup>71</sup> Vgl. *Franzius* (Fn. 49), 70.

<sup>72</sup> Dazu *Steigleder* *Kontrollierte Selbstregulierung in der naturwissenschaftlich-technischen Forschung*, 2002, 94 ff.

<sup>73</sup> In unserem Zusammenhang also etwa um die Öffnung technologischer und ökonomischer Innovationsprozesse für die Anliegen präventiver Politik.

<sup>74</sup> Dazu allgemein *Stolleis* *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 1989, 129 ff.; *Treiber* in: *Dose/Voigt* (Hrsg.) *Kooperatives Recht*, 1995, 65 ff.

<sup>75</sup> Dazu schon *König* *Die Verwaltung* 7 (1974), 137 f.; ferner etwa v. *Beyme* *Der Gesetzgeber*, 1997, 19 ff.; dazu auch *Trute* in: *Hoffmann-Riem/Schneider* (Fn. 65), 208, 243 f.

<sup>76</sup> *Halfmann* in: *Schulte* (Fn. 3), 61, 63; *Schulte* in: *Oebbecke/Bauer/Faber* (Hrsg.) *Umweltrecht und Kommunalrecht*, 1998, 86, 95 f.; am Beispiel der Einwirkung auf die Technikentwicklung *Ekardt/Manger/Neuser/Pottschmidt/Roßnagel/Rust* *Rechtliche Risikosteuerung*, 2000, 15 ff., 68 ff.; Kommunikation und Kooperation spielten schon in der Praxis der Verwaltung des 19. und frühen 20. Jahrhunderts eine stärkere Rolle als dies die Staatsrechtslehre seinerzeit reflektierte; dazu *Ellwein* in: *Dose/Voigt* (Fn. 74), 43 ff.; *Franzius* (Fn. 49), 230 ff.

<sup>77</sup> So im Ansatz etwa *Schmidt-Aßmann* (Fn. 49), 1/36.

Bei der Analyse der Erfolgsbedingungen dieses Prozesses kann sich die Rechtswissenschaft auf die Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaften stützen.<sup>78</sup> Danach orientieren sich Individuen und Organisationen nicht allein an ökonomischen Rationalitäten, sondern auch an Identitäten, Leitbildern und Visionen.<sup>79</sup> Diese verkörpern kulturelle, organisationelle und familiäre Regeln und Heuristiken, die sich aus der Zugehörigkeit zu einer Gruppe und der Identifikation mit ihr erklären.<sup>80</sup> Neben die Nutzenmaximierung tritt damit die *Regelorientierung* als eine auf die Wahrung von Gruppeninteressen bezogene Form menschlicher Entscheidungsrationale.<sup>81</sup> Entgegen der Annahmen des klassischen rational-choice Modells<sup>82</sup> ist diese Präferenzstruktur nicht vorfindlich und konstant, sondern entwickelt sich anhand der Bedingungen der konkreten Entscheidungssituation fort.<sup>83</sup> Sie steht deshalb gerade auch rechtlicher Einwirkung offen.<sup>84</sup>

Allerdings konkurriert das Recht dabei mit anderen gesellschaftlichen Koordinationsformen.<sup>85</sup> Rechtliche Risikosteuerung muss deshalb die regelmäßige Abhängigkeit der Steuerungsadressaten von sozialer Akzeptanz, wirtschaftlichem Erfolg und langfristigen Planungshorizonten und

---

<sup>78</sup> Dazu *Bizer/Führ* in: dies./Hüttig (Fn. 66), 1, 7.

<sup>79</sup> *Nonaka* Harvard Business Review 1991, 96ff.; *Simon* Journal of Economic Perspectives 5 (1991), 25, 29ff.; *March/Olson* Ambiguity and Choice in Organisations, 1976, 26ff., 36f., 71ff.; dies. Rediscovering Institutions, 1989, 159ff.; *Brentel* Soziale Rationalität, 1999, 237ff.; vgl. auch schon *March/Simon* Organisation und Individuum, 1976, 37ff., 81ff., 129ff.; *Mayntz/Scharpf* in: dies. (Hrsg.) Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, 1995, 9ff., 52ff.; *Dierkes* Zeitschrift für Betriebswirtschaft 58 (1988), 554ff.

<sup>80</sup> Dazu bereits *Scherzberg* Wozu und wie eigentlich noch öffentliches Recht? 2003, 28ff.

<sup>81</sup> *March* A Primer on Decision Making, 1994, 57ff.; vgl. auch *Etzioni* The moral dimension, 1988, 185ff.

<sup>82</sup> Dazu etwa *Hargreaves/Hollis/Weale* The Theory of Choice, 1992, 3ff. und passim; *Becker* Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, 1993, 3ff.; *Mueller* Public choice II, 1989, 43ff., 424ff.; ferner *Braun* Theorien rationalen Handelns in der Politikwissenschaft, 1999, 22ff. und die Beiträge in Nida-Rümelin (Hrsg.) Praktische Rationalität, 1994; dazu aus Sicht der Rechtswissenschaft *Bizer/Führ* und *Oeter* in: *Bizer/Führ/Hüttig* (Fn. 66), 1ff., 195ff.; *Kirchner* in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 65), 85, 92f. sowie jüngst v. *Aaken* „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, 64ff. und passim.

<sup>83</sup> *Priddat* in: Banse (Fn. 2), 119ff.; *Mayntz/Scharpf* (Fn. 79), 52ff.; *Messner* Die Netzwerkgesellschaft, 1995, 176ff.; *Scherzberg* (Fn. 80), 29f.; *J. Hofmann* Implizite Theorien in der Politik, 1993, 211ff.

<sup>84</sup> Dazu etwa *Engel* in: Rengeling (Hrsg.) Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund, 2001, 17, 31, 33f.

<sup>85</sup> *Kitschelt* in: Grimm (Fn. 47), 391, 417.

auch die Kontextbedingungen des konkreten Steuerungsprozesses in Rechnung stellen.<sup>86</sup> Erfolgreiche Risikosteuerung ist demnach „responsive Regulierung“.<sup>87</sup>

## 2. Risiko und Innovation als Gegenstand rechtlicher Steuerung

### a) Die Konstituierung des Risikos

Risikosteuerung beginnt mit der Risikokonstitution.<sup>88</sup> Das Recht definiert schutzwürdige Güter, selektiert Entwicklungspfade, die es als unerwünscht bewertet, und rechnet erwartete Folgen einer angenommenen Ausgangsbedingung als verantwortlich zu.<sup>89</sup> Freilich kann es Zurechnungen außerhalb des Bereichs alltagsweltlicher Erfahrung nicht ohne Rückgriff auf die Ergebnisse der Risikoforschung begründen.<sup>90</sup>

Diese macht dazu allerdings Aussagen von höchst unterschiedlicher Validität.<sup>91</sup> Erhebliche Erkenntnisunsicherheiten gibt es vor allem in der Ökotoxikologie und in der Epidemiologie.<sup>92</sup> Ihnen fehlen Kriterien und Methoden zur sicheren Extrapolation von Labor- auf Realbedingungen,

<sup>86</sup> Dazu *Messner* (Fn. 83), XI, 138, 142; *Hoffmann-Riem* (Fn. 47), 34; *Steinberg* (Fn. 13), 396f.; *Braczyk* in: Rammert/Bechmann (Hrsg.) *Technik und Gesellschaft*, Jahrbuch 9 (1997), 251 ff.; mit Auswertung entsprechender Fallstudien *Ekardt/Manger/Neuser/Pottschmidt/Roßnagel/Rust* (Fn. 76), 143 ff.

<sup>87</sup> Dazu *Ayres/Braithwaite* *Responsive Regulation*, 1992; *Bizer/Führ/Hüttig* (Fn. 66); *Tidelski* in: *Bizer/Linscheidt/Truger* (Fn. 65), 111, 126f.; vgl. auch *Bora* in: ders. (Fn. 26), 9, 17 ff.

<sup>88</sup> Zur Risikokonstitution allgemein *Bryde* in: Grabes (Hrsg.) *Wissenschaft und neues Weltbild*, 1992, 71 ff., 80; am Beispiel des GenTG *Winter* in: Umweltbundesamt (Hrsg.) *Die Abwägung von Risiken und Kosten in der europäischen Chemikalienregulierung*, 1999, 111 ff.

<sup>89</sup> Dazu *Köck* in: *Bora* (Fn. 26), 148 ff.

<sup>90</sup> BVerwGE 72, 300, 316.

<sup>91</sup> Ausführlich dazu *Neus* in: Umweltbundesamt (Hrsg.) *Aktionsprogramm Umwelt und Gesundheit*, 1998, 47 ff.; die Abschätzungsunsicherheit setzt sich in einer unterschiedlichen Beurteilung der Zuverlässigkeit von Risikoabschätzungen fort, vgl. einerseits Sachverständigenrat, Sondergutachten (Fn. 52), Tz. 29\*, 137; andererseits *Neus* (Fn. 91), passim. Dabei stoßen nicht selten „Schulwissenschaft“ und „kritische Wissenschaft“ aufeinander, dazu Sachverständigenrat ebd., Tz. 117. Der Sachverständigenrat hält es für eine politische Entscheidung, welcher „Richtung“ zu folgen sei, ebd., Tz. 118.

<sup>92</sup> Zur Epidemiologie vgl. *Neus* (Fn. 91), 74f.; Sachverständigenrat, Sondergutachten (Fn. 52), Tz. 8\* ff., 97 ff.; *Drexler/Diepgen* *Zbl Arbeitsmed* 50 (2000), 374 ff.; *Banse* in: ders. (Fn. 2), 15, 64f.; *Stevens/Foerster* *MED SACH* 99 (2003), 104, 105f.; exemplarisch auch Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften (Hrsg.) *Risikofaktoren für Plattenepithelkarzinome im Kopf-Hals-Bereich*, 1994, 124 ff.; zu vergleichbaren Problemen bei der Beurteilung der ökologischen Folgen einer Freisetzung genetisch modifizierter Organismen v. *Schomberg* *Der rationale Umgang mit Unsicherheit*, 1995, 103 ff.

vom Tierversuch auf den Menschen, zur Wirkungsanalyse von Stoffgemischen und zur Festlegung von Sicherheitszuschlägen für Personen mit besonderer Empfindlichkeit.<sup>93</sup> Bei Kanzerogenen weichen wissenschaftlich vertretbare Schätzwerte *durchschnittlich* um einen Faktor von 100 voneinander ab.<sup>94</sup> Dass die Schätzergebnisse der Experten nicht nur in der „Sach-“ sondern auch in der „Sozialdimension“ des Risikos<sup>95</sup> wurzeln, zeigen Studien an Mitgliedern der kanadischen und der US-amerikanischen Gesellschaft für Toxikologie. Danach wird das Expertenurteil von weltanschaulichen Überzeugungen und selbst vom Geschlecht der Befragten beeinflusst und hängt – ohne jede persönliche Beteiligung – auch davon ab, ob die Experten sich einem Problem aus der Perspektive der Industrie, der Verwaltung oder der Wissenschaft nähern.<sup>96</sup>

Grundlegend für die Konstitution des Risikos werden deshalb die Standardannahmen und Konventionen zur Überbrückung der Abschätzungsunsicherheit.<sup>97</sup> Gerade die hierzu entwickelten Regeln überschreiten aber den Bereich des Empirisch-Kognitiven und sind nicht selten von wissenschaftlich nicht belegten Denkmustern und Werthaltungen geprägt.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> *Neus* (Fn. 91), 68f.; *Cranor* *Regulating Toxic Substances*, 1993, 15ff. Ungewiss ist ferner, ob die niedrigste Dosis, bei der adverse Reaktionen beobachtet werden, die höchste Dosis, bei der diese Wirkungen nicht auftreten, oder eine Benchmark, bei der nachteilige Reaktionen mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit eintreten, als Ausgangspunkt für die Risikodefinition genommen werden sollen, vgl. *Neus* (Fn. 91), 111f.; dazu auch Anhang I der RL 93/67/EWG zur Festlegung von Grundsätzen für die Bewertung der Risiken für Mensch und Umwelt von gemäß der RL 67/548/EWG notifizierte Stoffen, ABl. L 227/9ff.

<sup>94</sup> *Cranor* (Fn. 93), Appendix A; s. auch *Sexton/Reiter/Zenick* *Toxicology* 102 (1995), 3ff.

<sup>95</sup> Dazu *Japp* (Fn. 20), 19f.

<sup>96</sup> *Kraus/Malmfors/Slovic* *Risk Analysis* 12, 1992, 215ff.; soweit bei den Schätzergebnissen von Expertengremien höhere Konvergenzen auftreten, sind diese häufig auf vereinfachende Annahmen zurückzuführen, bei denen Wechselwirkungen und nichtlineare Effekte vernachlässigt werden, vgl. *Neus* (Fn. 91), 79f.; *Teuschler/Hertzberg* *Toxicology* 105 (1995), 137ff.

<sup>97</sup> Sie betreffen neben den oben genannten Extrapolationen und Sicherheitsannahmen auch den Umgang mit divergierenden Befunden und die Abwägung von Kosten und Nutzen weiterer Risikoermittlung; dazu *Neus* (Fn. 91), 83, 89ff., 109ff.; *Ladeur* (Fn. 20), 127ff.

<sup>98</sup> Risikokommission Neuordnung der Verfahren und Strukturen zur Risikobewertung und Standardsetzung im gesundheitlichen Umweltschutz der Bundesrepublik Deutschland – Erster Bericht, 2002, 58; *Neus* (Fn. 91), 66; *Ueberhorst/de Man* in: Schütz (Hrsg.) *Risiko und Wagnis*, 1990 Bd. I, 81ff.; *Weinberg* *Minerva* 10 (1972), 209ff.; dazu auch *Ladeur* (Fn. 20), 87ff.; *Kleihauer* in: Hansjürgens (Fn. 52), 50, 52ff.; *Cansier/Cansier* in: Hansjürgens (Fn. 52), 157, 158f.; instruktiv insoweit der Streit um die Leukämiefälle in der Umgebung des Kernkraftwerkes Krümmel, dazu *Wiedemann/Mertens/Clauberg/*

Angesichts dieses Befundes darf das Recht die Konstitution des Risikos nicht einfach an die Risikoforschung delegieren,<sup>99</sup> sondern muss die naturwissenschaftliche Realanalyse mit ihren Konventionen an rechtlich spezifizierte Schutzziele zurückbinden und den Umgang mit Abschätzungsunsicherheiten im Übrigen standardisieren.<sup>100</sup> Empfehlungen hierzu hat kürzlich die „Risikokommission“ zweier Bundesministerien vorgelegt.<sup>101</sup>

#### b) Risikobewertung und Risikovergleich

Im Rahmen der Risikobewertung entscheidet das Recht über die rechtliche Erheblichkeit und Akzeptabilität des Risikos.<sup>102</sup> Auch hierfür gibt es kein allgemeingültiges Maß.<sup>103</sup> So lassen sich Risiken nur vor dem Hintergrund der den Betroffenen im Schadensfall verbleibenden Ressourcen bewerten<sup>104</sup> und fließen darin auch die von der psychologischen Risikoforschung aufgedeckten individuellen und kollektiven Muster der Risikoverarbeitung ein.<sup>105</sup>

---

*Hennings/Schütz* Umweltstandards, Abschlussbericht BfS-Projekt StSch 4337, 2002, 48 ff., [www.bmu.de/de/1024/js/download/b\\_rk/liste.php](http://www.bmu.de/de/1024/js/download/b_rk/liste.php); Experten verneinten eine Ursächlichkeit von Emissionen des Kraftwerks unter Berufung auf die Einhaltung der geltenden Grenzwerte und der dabei unterstellten linearen Dosis-Wirkungs-Beziehung. Neuste Forschungen deuten aber darauf hin, dass geringe Strahlungsdosen ganz andere Kausalketten in Gang setzen als hohe Dosen, was die Konvention der linearen Verknüpfung von Dosis und Wirkung möglicherweise in Frage stellt; dazu *Focus* 17/2003, 114.

<sup>99</sup> Dazu *Schulze-Fielitz* (Fn. 3), 449 f.; *Kastendieck* Der Begriff der praktischen Vernunft in der juristischen Argumentation, 2000, 88 f.; *Breuer* Gutachten B zum 59. DJT, 1992, B 64 f.

<sup>100</sup> Risikokommission, Abschlussbericht (Fn. 52), 13 f.; ferner *Winter* ZUR 1994, 20, 22 ff.; National Research Council (Hrsg.) Science and Judgement, 1994, 25 ff., 80 ff.; dazu *Neus* (Fn. 91), 9 f.; vgl. auch *Grunwald* in: *Kloepfer* (Fn. 48), 43, 53 ff.

<sup>101</sup> Vgl. Risikokommission, Abschlussbericht (Fn. 52), 71 ff., der Abschlussbericht enthält u. a. den Entwurf eines Gesetzes „für Standardsetzung zum Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt“ und einen Leitfaden zur Risikoabschätzung. Regeln zur Verarbeitung von Abschätzungsungewissheit bietet auch Anhang I RL 93/67/EWG und das dazu ergangene Technical Guidance Document; vgl. auch Kommission (Fn. 16), 15 f.

<sup>102</sup> S. etwa Sachverständigenrat, Sondergutachten (Fn. 52), Tz. 27\*, 130.

<sup>103</sup> *Bechmann* (Fn. 7), 228; *Helten* in: Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (Fn. 1), 193, 204; etwa könnte es angesichts des Katastrophenpotentials moderner Technik und der Ungewissheit bei der Bestimmung des Wahrscheinlichkeitskoeffizienten vernünftig erscheinen, den Schadensaspekt höher und die Wahrscheinlichkeit geringer zu gewichten, vgl. *Wiedemann* in: *Bayerische Rück* (Fn. 8), 43, 60

<sup>104</sup> *Stoll* (Fn. 50), 169.

<sup>105</sup> Dazu *Holzheu* (Fn. 8), 267; *Hapke/Japp* Prävention und Umwelthaftung, 2001, 76 ff.; *Krelle* Präferenz- und Entscheidungstheorie, 1968, 147; zu kulturellen Mustern der Verarbeitung von Risiken vgl. *Dressel* BSE – The New Dimension of Uncertainty, 2002, 33 ff.

Danach bestimmen die Freiwilligkeit, die Vertrautheit, die Zurechenbarkeit, die Kontrollierbarkeit, die Zeitnähe und die Streuung die Wahrnehmung des Risikos<sup>106</sup> und wiegen die Chancen eines Gewinnes geringer als der äquivalente Erwartungswert eines Verlustes.<sup>107</sup> Ein Gesundheitsrisiko kann also unterschiedlich zu bewerten sein, je nachdem ob der Schaden als Folge einer Immission, der Teilnahme am Straßenverkehr oder der Einnahme eines Arzneimittels erwartet wird.<sup>108</sup> Quantitative, gar monetarisierte Kosten-Nutzen-Analysen, wie sie in den USA zur Bewertung von Risiken und zur Festlegung von Umweltstandards vorgesehen sind,<sup>109</sup> verschleiern die insoweit zu treffenden Wertungen und verschieben sie, worauf jüngst *Dietrich Murswiek* hingewiesen hat, auf die dann anschließend doch qualitativ zu beantwortende Frage, ob die erwartete Minderung des Risikos die Kosten der Maßnahme trägt.<sup>110</sup>

Für diese Abwägung bedarf es eines Risikovergleichs.<sup>111</sup> Dieser verkörpert die Rationalität der Risikosteuerung und in seiner Komplexität auch ihre Grenzen.<sup>112</sup> Er zielt auf eine Bewertung der Folgen unterschied-

---

<sup>106</sup> *Jungermann/Slovic* in: Bechmann (Hrsg.) Risiko und Gesellschaft, 2. Aufl. 1997, 167, 173, 193 ff.; *Jungermann/Pfister/Fischer* Die Psychologie der Entscheidung, 1998, 195 ff., 210 ff.; *Bechmann* (Fn. 7), 232; *Gill/Bizer/Roller* (Fn. 40), 298.

<sup>107</sup> *Jungermann/Pfister/Fischer* (Fn. 106), 223 f.

<sup>108</sup> v. *Lersner* in: Gawel/Lübbe-Wolff (Hrsg.) Rationale Umweltpolitik – rationales Umweltrecht, 1999, 227, 228 f.; zur Relativierung des Sicherheitszwecks auch *Hoffmann-Riem* ZRP 2002, 497, 501.

<sup>109</sup> Etwa in § 1412 (b)(3)(c) Safe Drinking Water Act (SDWA), wo eine eingehende Kosten-Nutzen-Analyse Voraussetzung zur Setzung von „maximum containment levels“ ist; § 111 (a)(1) Clean Air Act (CAA), wonach bei der Setzung von „standards of performance“ zur Emissionsbegrenzung die Kosten der Emissionsreduzierung zu berücksichtigen sind; § 312 CAA, welcher die EPA seit 1990 zu einer regelmäßigen Kosten-Nutzen-Analyse in Bezug auf die gesamte Luftreinhaltungspolitik nach dem CAA verpflichtet. Weitere Bsp. in § 6 (a) Toxic Substances Control Act (TSCA), §§ 3 (c)(5), 6(b), 2 (z)(bb) Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA); befürwortend *Sunstein* (Fn. 44), 191 ff.; *ders.* Chicago Journal of Legal Studies 29 (2002), 1059 ff.; kritisch *McGarity* Administrative Law Review 50 (1998), 7 ff.

<sup>110</sup> *Murswiek* in: Jahrbuch Umwelt- und Technikrecht 71, 2003 (im Erscheinen), MS, 31 ff., 36; *Buchholz* Integrative Grenzwerte im Umweltrecht, 2001, 44; zu Kosten und Nutzen von Kosten-Nutzen-Analysen ausführlich *Köck* (Fn. 57), 290 ff.; *Hansjürgens* in: Gawel (Fn. 57), 63 ff.; *Schütz* in: Schütz/Wiedemann, Technik kontrovers, 1993, 108 ff.; ausführlich zur mittelbaren Monetarisierung *Nowitzki* (Fn. 42), 131 ff.; ferner *Vößkuhle* Das Kompensationsprinzip, 1999, 398 ff.

<sup>111</sup> Dazu *Di Fabio* (Fn. 15), 824 ff.; *Köck* (Fn. 57), 293 f.; ausführlich zu den verschiedenen Modellen des Risikovergleichs *Seiler* Recht und technische Risiken, 1997, 223 ff.

<sup>112</sup> Dazu *Stoll* (Fn. 50), 340 f.; *Köck* in: Bora (Fn. 26), 156 f.; *G.-P. Calliess* (Fn. 6), 79 f.

licher Maßnahmen der Risikoreduktion<sup>113</sup> und bezieht darin den meist sicheren Nutzen eines Stoffes, seine regelmäßig ungewissen Nebenfolgen,<sup>114</sup> eine entsprechende Bilanz für Substitute und alternative Entwicklungspfade,<sup>115</sup> die soziale Verteilung der Risiken, die Folgen einer Fehlsteuerung und das Ausmaß der bei der Beurteilung bestehenden Ungewissheit ein.<sup>116</sup> In den Blick zu nehmen sind dabei nicht zuletzt die Auswirkungen der Maßnahmen auf eine das Risiko begründende Innovation.

### c) Die Bewertung von Innovationen

Unter Innovation wird in Anlehnung an die wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbestimmung die Entwicklung und Einführung neuer technischer Verfahren, Anwendungen oder Produkte verstanden, die typischerweise mit dem Ziel verbunden ist, sie wirtschaftlich mit Gewinn zu verwerten.<sup>117</sup> Folgt man *Ikujiro Nonaka* bei seiner Analyse des Erfolgs der japanischen Automobilindustrie, entstehen Innovationen, wenn Metaphern und Leitbilder dazu motivieren, explizites und implizites Wissen bei der Suche nach neuen Potentialen zu kombinieren.<sup>118</sup> Nur auf diese Weise lässt sich, wie die Kybernetik zeigt, die Steigerung der Umweltkomplexität eines Systems angemessen verarbeiten<sup>119</sup> und damit seine Zukunftsfähigkeit sichern.<sup>120</sup>

<sup>113</sup> Köck in: Hansjürgens (Fn. 52), 76, 85 (dort insb. Fn. 66).

<sup>114</sup> Ggf. unter Vergleich mit dem Maß der natürlichen Exposition, s. dazu BVerwGE 61, 256, 265; dieser Vergleich muss die Entscheidung aber schon deshalb nicht prägen, weil sich durch das künstlich geschaffene Risiko die Risikogesamtlast erhöht.

<sup>115</sup> Ggf. unter Einschluss sog. risk-tradeoffs, dazu *Wiener/Graham* in: dies. (Fn. 21), 1 ff., 226 ff. In den USA kommt das Verbot eines Stoffes, der gänzlich neue Wirkungsfelder erschließt, danach praktisch nur bei Existenz eines weniger gefährlichen Ersatzstoffes in Betracht; s. US Court of Appeals, 5th Circuit, 947 F.2d 1201, 1220 ff. (Corrosion Proof Fittings); zu Defiziten der Alternativenprüfung bei der geplanten EG-Chemikalienregulierung *C. Calliess* (Fn. 53), 57 ff.; vgl. dazu die Verordnungsermächtigung des § 17 Abs. 2 ChemG.

<sup>116</sup> Dazu etwa VGHBW VBl 2002, 436, 437 ff., der Ungewissheit durch einen „Sicherheitszuschlag“ zu Grenzwerten eines bekannten Stoffes verarbeitet; allgemein *Seiler* (Fn. 111), 232 ff.; *Mathes/Ranke* in: Hansjürgens (Fn. 52), 97, 103; *Scherzberg* (Fn. 47), 132 f.

<sup>117</sup> *Freeman* in: Eatwell/Milgate/Newman (Hrsg.) *The New Palgrave – A dictionary of economics* II, 1992, 858; *Grupp/Schmoch* in: Halfmann/Bechmann/Rammert (Hrsg.) *Technik und Gesellschaft Jahrbuch* 8 (1995), 227 ff.; s. auch *Hauschildt* in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 65), 29 ff.; *J. Hofmann* (Fn. 83), 36 ff., 52.

<sup>118</sup> *Nonaka* (Fn. 79), 99 ff.

<sup>119</sup> *Ashby* Einführung in die Kybernetik, 1974, 293 ff.

<sup>120</sup> WBGU (Fn. 28), 288.



Sind Innovationen mit Risiken verbunden, bedürfen sie einer Bewertung. Eine Regel hierfür bietet *Hans Jonas*. Aus dem „Prinzip Verantwortung“ folgt für ihn die Verpflichtung, bei neuen Risiken die schlechteste Prognose zugrunde zu legen und deren Realisierung zu vermeiden.<sup>121</sup> Allerdings führt diese Strategie nicht in einen „idyllischen Naturzustand“ zurück,<sup>122</sup> sondern zu einer älteren Technik, zu deren bekannten Risiken sich, man denke an die FCKW, durch Synergismen, Akkumulationen und zeitliche und räumliche Fernwirkungen durchaus noch neue Schadenspotentiale gesellen können.<sup>123</sup>

Im Zweifel zugunsten der Innovation streitet dagegen *Aaron Wildavsky*, der Risikosteuerung primär als Hemmnis des Erwerbs risikorelevanten Wissens betrachtet und darauf verweist, dass eine marktwirtschaftliche Ordnung auf die Chance zum Lernen aus Irrtümern und Fehlern angewiesen sei.<sup>124</sup> Erfahrung ist indes nur für den Überlebenden ein Gewinn.<sup>125</sup> Angesichts der hohen Entwicklungsrisiken moderner Technik kann deren Einführung nur als *kontrolliertes Experiment* zulässig sein.<sup>126</sup> Das Vertrauen auf Lerneffekte ist, wie zuletzt das britische BSE-Mismanagement zeigt,<sup>127</sup> als Methode der Risikobearbeitung unvertretbar, wenn gravierende Folgen drohen.

Die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft kann durch die Verwirklichung von Risiken ebenso beeinträchtigt werden wie durch das Unterlassen der Nutzung von Chancen. Deshalb darf staatliche Risikosteuerung weder Ungewissheit verdrängen noch Erfahrungsgewinn vermeiden,<sup>128</sup> sondern

<sup>121</sup> *Jonas* Das Prinzip Verantwortung, 1979, 70ff., 391ff.; zustimmend *Wolf* KritV 80 (1997), 280, 295f.

<sup>122</sup> v. *d. Daele* in: Krohn/Krücken (Fn. 30), 284, 298.

<sup>123</sup> Irreversibilitäten lassen sich eben nur um den Preis anderer Irreversibilitäten vermeiden; vgl. *Banse* in: ders. (Fn. 2), 33f.; *Kerwer* in: Hiller/Krücken (Fn. 26), 253, 264ff.; v. *d. Daele* in: Krohn/Krücken (Fn. 30), 284, 300f.; *Mrasek-Robor* (Fn. 50), 160; kritisch zur „Heuristik der Furcht“ deshalb etwa auch *Spiecker gen. Döhmman* (Fn. 20), 81.

<sup>124</sup> *Wildavsky* Searching for Safety, 1988, 17ff.; *ders.* in: Krohn/Krücken (Fn. 30), 305ff.; dazu *Kerwer* in: Hiller/Krücken (Fn. 26), 253ff.; *Gollier* Economic Policy 2001, 303, 305; *Holm/Harris* Nature 400 (1999), 398; für eine versuchsweise Zulassung risikoträchtiger Technologien deshalb auch *Wolf* in: Bora, (Fn. 26), 65, 86.

<sup>125</sup> Analysen im Bereich des Arbeitsschutzes deuten etwa darauf hin, dass sich bei neuen Technologien lediglich die Gefährdungsschwerpunkte von der Produktions- auf die Errichtungs-, Montage- und Probelaufphase verschieben, insgesamt die Risiken aber nicht mindern, näher *Bücker* Von der Gefahrenabwehr zu Risikovorvorsorge und Risikomanagement im Arbeitsschutzrecht, 1997, 70ff.; *Finndorff* Der Maschinenschaden, 1991, 49ff.

<sup>126</sup> *Murswiek* VVDStRL 48 (1990), 207, 216f.

<sup>127</sup> Hierzu *Dressel* (Fn. 105), 39ff., 49ff.

<sup>128</sup> *Bryde* (Fn. 88), 81f.; *Wolf* in: Bora (Fn. 26), 65, 85f.; *Gill/Bizer/Roller* (Fn. 40), 27.

muss sich an dem Ziel orientieren, die gesellschaftliche Handlungsfähigkeit insgesamt zu erhöhen.<sup>129</sup> Ob und inwieweit bei Innovationen aber die Steigerung von Handlungsoptionen oder die Begründung von Risiken überwiegt, ist auf der Basis vorhandenen Wissens regelmäßig kaum zu beurteilen.<sup>130</sup> Denn eine Innovation schafft neues Wissen, das vergangene Erfahrungen revidiert.<sup>131</sup> Wenn sich staatliche Risikosteuerung also allein auf die Referenz des bereits Bekannten verleiße, wäre eines mit Sicherheit riskant: die rechtliche Regulierung selbst.

d) *Risikosteuerung als innovativer Prozess*

Risikosteuerung ist deshalb so auszugestalten, dass sie neues Wissen generiert und sich Regulierung und technischer Innovationsprozess damit wechselseitig stärken.<sup>132</sup> Das Recht markiert dabei die grundlegenden Sicherheitserwartungen der Gesellschaft und macht so negative ökologische Konsequenzen erst als solche erkennbar. Es definiert damit *langfristige* Bedingungen und Ziele, unter denen im Innovationsprozess gelernt werden kann.

Deren Umsetzung gelingt freilich ohne retardierende Elemente nur, wenn sich das Recht im *konkreten Regulierungsprozess* des jeweiligen Standes von Wissenschaft und Technik versichert, dessen Weiterentwicklung fördert und seine Ergebnisse integriert.<sup>133</sup> Dazu bedarf es eines funktionierenden informationellen Netzwerks von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, Forschung, Technik und Industrie.<sup>134</sup> Die Konzepte und Steuerungsimpulse der konkreten Risikoreduktion sind aus dieser Interaktion und damit aus einer kooperativen und prozeduralen Grundstruktur heraus zu entwickeln.<sup>135</sup> Die Unsicherheit über das Ausmaß not-

<sup>129</sup> Gemäss *Willke* Ironie des Staates, 1992, 287; *Ladeur* KritV 74 (1991), 241, 252 und v. *Foerster* Sicht und Einsicht, 1985, 41 gilt die Erweiterung von Handlungsoptionen sogar als ethischer Imperativ.

<sup>130</sup> *Groys* in: Rammert/Bechmann (Fn. 86), 15 ff.; *Zimmermann/Pahl* in: Hansjürgens (Fn. 52), 107 ff.

<sup>131</sup> Dazu lesenswert *Priddat* in: Banse (Fn. 2), 108 f.

<sup>132</sup> *Kerwer* in: Hiller/Krücken (Fn. 26), 253, 268 ff.

<sup>133</sup> Zu Langfristorientierung und Flexibilität etwa *Klemmer/Lehr/Löbbe* Umweltinnovationen, 1999, 111; *Grunwald* Technik für die Gesellschaft von morgen, 2000, 24 f.

<sup>134</sup> *Ekardt/Manger/Neuser/Pottschmidt/Roßnagel/Rust* (Fn. 76), 271 ff.; Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 53; *Grunwald* (Fn. 133), 152 f.; *Benz* in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 65), 121, 133 ff.; *Pitschas* in: Kloepfer (Hrsg.) Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung, 2000, 73, 90 ff.; Beispiel bei *Krohn* UTR 43 (1998), 178 ff.; allgemein auch *Trute* (Fn. 46), 103.

<sup>135</sup> *Kuhlmann/Bätig/Cuhls/Peter* Regulation und künftige Technikentwicklung, 1998, 22 ff.; also nicht „learn before you act“ oder „act before you (have to) learn“, sondern

wendiger Prävention und das Risiko der Fehlsteuerung werden damit schrittweise gemindert. Das gelingt insbesondere durch eine Privilegierung von Versuchsanlagen, die Abstufung der Zulassungsanforderungen nach Maßgabe des Risikowissens und die Verknüpfung von Zulassung und Risikobegleitforschung.<sup>136</sup> In dieser Wechselwirkung von Innovation und Intervention wird rechtliche Steuerung selbst innovativ.<sup>137</sup>

Sie kann damit technische Innovationen anregen und in eine gewünschte Richtung lenken, wenn der rechtlich erzeugte Druck in geeigneter Weise auf die Innovationsfähigkeit und die verfügbaren Ressourcen der Akteure abgestimmt ist.<sup>138</sup> Das kann eine Förderung der gesellschaftlichen Innovations- und Informationsinfrastruktur voraussetzen,<sup>139</sup> erfordert aber vor allem geeignete Instrumente der Innovationspolitik.

#### e) *Risikosteuerung als Steuerung von Innovationen*

Die Umwelt- und Innovationsökonomie schlägt hierfür einen Mix aus ökonomischen und ordnungsrechtlichen Elementen vor.<sup>140</sup> Ökonomische Instrumente können vor allem durch Vermeidungsanreize zur flexiblen Risikominimierung motivieren.<sup>141</sup> Hierzu tragen etwa Haftungs- und (faktische) Versicherungspflichten bei, die auch das Risikowissen der Haftpflichtversicherer aktivieren,<sup>142</sup> sowie deliktische Produktbeobach-

„learn by acting.“ Zum Ganzen auch *Gollier* (Fn. 124), 303ff.; *Pitschas* in: *Kloepfer* (Fn. 134), 73, 81 ff.

<sup>136</sup> Vgl. § 2 Abs. 3 der 4. BImSchV; § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 1, §§ 8, 11 Abs. 1, § 16 Abs. 1 GenTG; §§ 28 Abs. 3a, 29 Abs. 1 AMG.

<sup>137</sup> *Benz* in: *Hoffmann-Riem/Schneider* (Fn. 65), 121, 131.

<sup>138</sup> *Wegner* (Fn. 19), 38; dazu etwa *J.-P. Schneider* in: *Eifert/Hoffmann-Riem* (Hrsg.) *Innovation und rechtliche Regulierung*, 2002, 264, 268ff.

<sup>139</sup> Ausführlich zu strukturellen Innovationshemmnissen und staatlichen Handlungsmöglichkeiten Umweltbundesamt (Hrsg.) *Innovationspotentiale von Umwelttechnologien*, 1998, 353ff.; dazu auch die Stellungnahme des Sachverständigenrates (Fn. 22), Tz. 11\*, 42ff.; vgl. dazu auch Art. 8 Abs. 1 der VO (EG) 141/2000 über Arzneimittel für seltene Leiden, ABl. L 18/1 ff. mit einer Garantie der Marktexklusivität für zehn Jahre. Auf diese Weise lässt sich etwa vermeiden, dass hohe Forschungs- und Entwicklungskosten zu unerwünschten Konzentrationen am Markt führen; vgl. auch *Boom Nationale Regulierung bei internationalen Pharma-Unternehmen*, 1993, 78ff., 99f.

<sup>140</sup> S. etwa *Blazejczak/Edler/Hemmelskamp/Jänicke* ZfU 99, 1, 12ff., 28f.; *Klemmer/Lehr/Löbbe* (Fn. 133), 111 f.; *Kuhlmann/Bätig/Cuhls/Peter* (Fn. 135), 43 ff., 121 ff.; *Sachverständigenrat* (Fn. 22), Tz. 51 ff.; *Gawel/Lübbe-Wolff* in: *dies.* (Fn. 108), 3, 5f.; *Gawel* ebd., 237, 296ff.; grundlegend zum Einfluss des Rechts auf Innovationen *Porter Nationale Wettbewerbsvorteile*, 1991, 665ff.; s. auch *Schulze-Fielitz* in: *Hoffmann-Riem/Schneider* (Fn. 65), 312ff.

<sup>141</sup> Dazu *Blazejczak/Edler/Hemmelskamp/Jänicke* (Fn. 140), 12ff.

<sup>142</sup> Dazu *Schulze-Fielitz* in: *Hoffmann-Riem/Schneider* (Fn. 65), 313; *Hapke/Japp* (Fn. 105), 63ff.; *Zimmermann/Pahl* in: *Hansjürgens* (Fn. 52), 15ff., 107; *Schwarze* in: *Ott/*

tungspflichten, die die Anpassung des Produktdesigns an neue Erkenntnisse sichern.<sup>143</sup> Vermeidungsanreize setzt auch die – allerdings nur für einzelne Stoffe praktikable – Ausgabe von handelbaren Emissionszertifikaten<sup>144</sup> und die ordnungs-, haftungs- und vergaberechtlichen Begünstigungen<sup>145</sup> der Teilnahme am EMAS-System,<sup>146</sup> das zur Weiterentwicklung des betrieblichen Umweltmanagements verpflichtet.<sup>147</sup> Auch Abwendungs- und Kompensationsbefugnisse<sup>148</sup> und Selbstverpflichtungen<sup>149</sup> sind zur Risikominimierung einsetzbar.<sup>150</sup>

---

Schäfer (Hrsg.) Die Präventionswirkungen zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, 206 ff.

<sup>143</sup> BGH NJW 1990, 906, 907 f.; dazu *Vieweg* in: Schulte (Fn. 3), 341; *Kötz/Wagner* Deliktsrecht, 9. Aufl. 2001, 172 ff.

<sup>144</sup> Dazu Grünbuch der Kommission „zum Handel mit Treibhausgasemissionen der europäischen Union“, KOM (2000) 87 endg. vom 8. 3. 2000; Vorschlag für eine Richtlinie über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionsberechtigungen in der Gemeinschaft, KOM (2001) 581 endg.; zum Stand der Umsetzung in Deutschland [www.bmu.de/de/1024/js/sachthemen/emission/aktuell\\_emission/](http://www.bmu.de/de/1024/js/sachthemen/emission/aktuell_emission/); grundsätzlich befürwortend Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 467 ff.; *Hansjürgens/Fromm* ZfU 1994, 473 ff.; *Cansier* NVwZ 1994, 642 ff.; *Rengeling* DVBl. 2000, 1473, 1481; *Koch/Wieneke* DVBl. 2001, 1085, 1091 ff.; einschränkend *Zimmermann/Pahl* in: Hansjürgens (Fn. 52), 107, 113 mit dem Hinweis, dass Zertifikate eine bereits bekannte Emission voraussetzen und gerade nicht zur Generierung neuen Risikowissens anregen.

<sup>145</sup> Dazu § 21 h WHG, § 55 a KrW-/AbfG, § 58 e BImSchG; §§ 3 ff. EMASPrivilegV; zum Vergaberecht vgl. Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 274 endg.; kritisch zu einer weitergehenden Begünstigung der Teilnehmer am Umwelt-Audit *Koch* in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 65), 273, 283 f.; Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 232 ff.

<sup>146</sup> Environmental Management and Audit Scheme gem. Art. 1 VO (EG) 761/2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS), ABl. L 114/1; zu dessen umweltrelevanten Effekten vgl. etwa Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 106 ff.

<sup>147</sup> Vgl. Anhang I-A.5. und 6., Anhang II 2.7., 2.8. VO (EG) 761/2001; dazu *Boos* Betriebliches Umweltmanagement als neues Modell der Risikosteuerung?, 2000, 159 ff., 185 f.

<sup>148</sup> Vgl. § 6 Abs. 1, 3 VerpackV; § 7 Abs. 3, § 17 Abs. 3a BImSchG; dazu *Beaucamp* Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2001, 373 ff.; *VofBkuhle* (Fn. 110), 188 ff.

<sup>149</sup> Kritische Evaluation der Selbstverpflichtung der Autoindustrie zu Kfz-Emissionen und zur Altautoentsorgung sowie des BDI zum Klimaschutz in: Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 436 f., 918 ff., 446.

<sup>150</sup> Dazu *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung, 1996, 261, 335.

Langfristorientierung bietet, hinreichendes Risikowissen vorausgesetzt, die ordnungs- und abgabenrechtliche Regulierung.<sup>151</sup> Ihr Steuerungsziel kann, wie im Falle der kalifornischen Abgasgesetzgebung, durchaus über den gegenwärtigen Stand der Technik hinausgehen.<sup>152</sup> Signalwirkung kommt dann vor allem der Risikokommunikation im Vorfeld der Gesetzgebung zu.<sup>153</sup> Das Beispiel der US-Arzneimittelzulassung zeigt, dass gerade anspruchsvolle Zulassungsverfahren die Gewähr für hohe Akzeptanz und spätere Rentabilität bieten<sup>154</sup> und dann zur Bildung eines „führenden Marktes“ beitragen können,<sup>155</sup> dessen Standards sich häufig in weniger streng regulierenden Exportländern durchsetzen.<sup>156</sup> In einer global „entgrenzten Ökonomie“ kann sich ein Standort auf diese Weise wichtige, schwer transferierbare Kernkompetenzen sichern.<sup>157</sup> Andernfalls muss er dem grenzüberschreitenden Risikotransfer durch Mitwirkung an internationaler Standardsetzung entgegenwirken.<sup>158</sup>

---

<sup>151</sup> Wegner (Fn. 19), 37f.; Schmidt in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 47), 67, 69; Blazejczak/Edler/Hemmelskamp/Jänicke (Fn. 140), 1ff.; Driesen *The Economic Dynamics of Environmental Law*, 2003; zur Erwartungssicherheit als Anforderung der Wirtschaft an das Recht Kuhlmann/Böttig/Cuhls/Peter (Fn. 135), 43 ff.; Hoffmann-Riem in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 138), 26ff.; zur ambivalenten Wirkung von Grenzwerten Engel in: Rengeling (Fn. 84), 17, 34f.

<sup>152</sup> Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 196.

<sup>153</sup> Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 52; Umweltbundesamt (Fn. 139), 361 ff.

<sup>154</sup> Meyer-Krahmer in: Grimmer/Kuhlmann/Meyer-Krahmer (Hrsg.) *Innovationspolitik in globalisierten Arenen*, 1999, 43, 68f.; s. auch Kuhlmann/Böttig/Cuhls/Peter (Fn. 135), 17 ff.

<sup>155</sup> Porter (Fn. 140), 666f.; zu den weiteren Kriterien der Innovationspolitik und Standortwahl internationaler Unternehmen Meyer-Krahmer (Fn. 154), 47 ff.

<sup>156</sup> Scharpf/Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?, 1999, 85ff.; Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen (Hrsg.) *Zur Wirtschaftsverträglichkeit der Reform der Europäischen Chemikalienpolitik*, [www.umweltrat.de/03stellung/download03/stellung/Stellung\\_Reach\\_Juli2003.pdf](http://www.umweltrat.de/03stellung/download03/stellung/Stellung_Reach_Juli2003.pdf), 21.

<sup>157</sup> Zu den dafür erforderlichen Bedingungen näher Meyer-Krahmer (Fn. 154), 59 ff.; Martinsen in: Grimmer/Kuhlmann/Meyer-Krahmer (Fn. 154), 135 ff.

<sup>158</sup> Rublick *Der grenzüberschreitende Transfer von Umweltrisiken im Völkerrecht*, 1993, 105ff.; auch der Vereinheitlichung der grundlegenden Sicherheitsanforderungen und technischen Spezifikationen im Binnenmarkt selbst kommt eine innovationsfördernde und bei entsprechendem Schutzniveau auch risikominimierende Rolle zu, dazu Stoll (Fn. 50), 218 ff.

#### IV. Das Recht der reflexiven Risikosteuerung

##### I. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen

Weite Teile des Risikoverwaltungsrechts sind – auch deshalb – heute mittelbar oder unmittelbar gemeinschaftsrechtlich geprägt.<sup>159</sup> Primärrechtliche Grundlage ist vor allem<sup>160</sup> die Verpflichtung der Gemeinschaft zur Vorbeugung und Vorsorge.<sup>161</sup> Dabei betrifft die Vorsorge das Einschreiten bei begründetem Gefährlichkeitsverdacht und steuert damit das Risiko.<sup>162</sup>

Ihr Ziel ist die Herstellung eines hohen Schutzniveaus für Gesundheit, Sicherheit, Umwelt- und Verbraucherschutz gem. Art. 174 Abs. 2 S. 1, Art. 152 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 EGV.<sup>163</sup> Die dabei gebotene Abwägung

<sup>159</sup> Zur gemeinschaftsrechtlichen Regulierung von Umweltrisiken vgl. *Falke* Institutionen zur Risikobewertung und zum Risikomanagement im In- und Ausland, Studie im Auftrag der Ad-hoc-Kommission „Neuordnung der Verfahren und Strukturen zur Risikobewertung und Standardsetzung im gesundheitlichen Umweltschutz der Bundesrepublik Deutschland“, 2002, 60ff., [www.bmu.de/de/1024/js/download/b\\_rk/liste.php](http://www.bmu.de/de/1024/js/download/b_rk/liste.php); allgmein zum gemeinschaftsrechtlichen Umweltrecht auch die Beiträge in *Erbguth* (Hrsg.) Die Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2001; *Epiney* Umweltrecht in der Europäischen Union, 1997, 99ff.; ferner die Beiträge von *Krämer* in: Rengeling (Hrsg.) Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. II, 1998, §§ 14 – 16; speziell zum Technikrecht *Röthel* in: Schulte (Fn. 3), 155ff.

<sup>160</sup> Zu den in der Entfaltung befindlichen grundrechtlichen Schutzpflichten *Szczekalla* in: Rengeling (Fn. 159), § 12 Rn. 20; *Kingreen* in: C. Calliess/Ruffert (Hrsg.) Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rn. 46ff.; *Jaeckel* Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2001, 215 ff; *Köck* in: Rengeling (Hrsg.) Umgestaltung des deutschen Chemikalienrechts durch europäische Chemikalienpolitik (im Erscheinen), MS, 12f.

<sup>161</sup> Diese sind über den Sachbereich des Art. 174 Abs. 2 EGV hinaus mittlerweile als allgemeine Rechtsprinzipien des Gemeinschaftsrechts anerkannt; dazu *C. Calliess* (Fn. 35), 197ff.; *Röthel* in: Schulte (Fn. 3), 155, 167f.; *Wägenbaur* EuZW 2000, 162; vgl. auch EuGH Rs. C-157/96 (National Farmers Union), Slg. 1998, I-2211, 2259; Rs. C-180/96 (Vereinigtes Königreich/Kommission), Slg. 1998, I-2265, 2298; ferner Kommission (Fn. 16), 2; Vorbeugung zielt dabei auf die Abwehr von Gefahren im Sinne der deutschen Dogmatik; dazu *Jans/v. d. Heide* Europäisches Umweltrecht, 2003, 39; *C. Calliess* in: ders./Ruffert (Fn. 160), Art. 174 EGV Rn. 26ff.; *Epiney* (Fn. 159), 99f.

<sup>162</sup> Vgl. EuGH Rs. C-180/96 v. 5. 5. 1998 (Vereinigtes Königreich/Kommission), Slg. I-1998, 2265 Rn. 99: „Wenn das Vorliegen und der Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit ungewiss ist, können die Organe Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargelegt sind.“; EuG Rs. T-125/96 v. 15. 1. 1998 (Simon/Hauptzollamt Frankfurt), Slg. II-1998, 00145; Rs. T-152/96 v. 1. 12. 1999 (Boehringer) Slg. II-1999, 03427 und Rs. T-13/99 v. 11. 9. 2002 (Pfizer/Animal Health), Slg. II-2002, 03305; dazu *Epiney* (Fn. 159), 100; Kommission (Fn. 16), 3f., 15.

<sup>163</sup> S. etwa *C. Calliess* (Fn. 35), 136ff.

mit gegenläufigen, grundrechtlich geschützten Interessen<sup>164</sup> haben die Gemeinschaftsorgane gem. Art. 174 Abs. 3 EGV nach umfassender Erhebung der vorhandenen Daten in einer nicht auf ökonomische Aspekte beschränkten Bewertung von Kosten und Nutzen unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit zu treffen.<sup>165</sup> Die Abwägung bezieht sich gem. Art. 174 Abs. 3, 3. Spiegelstrich EGV auch auf die Chancen und Risiken der Risikosteuerung selbst.<sup>166</sup> Das hiernach angemessene Schutzniveau und die zur Vorsorge erforderlichen Maßnahmen sind nach Auffassung der EG-Kommission, der der EuGH insoweit einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt,<sup>167</sup> unter Abwägung der Folgen mit der größten Wahrscheinlichkeit zu bestimmen.<sup>168</sup>

Kennzeichnend für die sekundärrechtliche Ausgestaltung der Vorsorge sind neben materiellrechtlichen Qualitätsnormen und Beschränkungen<sup>169</sup> vor allem die Prozeduralisierung der Risikosteuerung,<sup>170</sup> die Harmonisierung der technischen Normung,<sup>171</sup> die zunehmende Übertragung von Koordinations- und Durchführungsbefugnissen auf die Kommission<sup>172</sup> und

<sup>164</sup> Zu den grundrechtlichen Grenzen der Vorsorge *C. Calliess* (Fn. 53), 32ff.

<sup>165</sup> Kommission (Fn. 16), 3, 21.

<sup>166</sup> Dazu *Schröder* in: Rengeling (Fn. 159), § 9 Rn. 53; *C. Calliess* in: ders./Ruffert (Fn. 160) Art. 174 Rn. 41.

<sup>167</sup> EuGH C-180/96 (Vereinigtes Königreich/Kommission), Slg. I-1998, 2265 Rn. 62, 102ff.; EuG Rs. T-70/99 (Alpharma/Rat), Slg. 2002, II-3497 Leitsätze 7 und 8 sowie Rn. 163ff., 177ff.; EuGH Rs. C-405/92 (Mondiet) Slg. 1993, I-6133 Rn. 31f.; EuG Rs. T-13/99 (Pfizer/Animal Health), Slg. 2002, II-3305 Rn. 151, 166ff.; dazu *Köck* in: Rengeling (Fn. 160), 18, 23; *C. Calliess* (Fn. 53), 32ff.; v. *Bogdandy* JZ 2001, 157, 163ff.

<sup>168</sup> Kommission (Fn. 16), 21; *Williamson/Hulpke* (Fn. 44), 93.

<sup>169</sup> Dazu im Überblick *Krämer* in: Rengeling (Fn. 159), § 15 Rn. 33ff.

<sup>170</sup> Dazu vor allem Art. 2 Abs. 1 der RL 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. L 175/40.

<sup>171</sup> Vgl. Entschließung des Rates vom 7. 5. 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, ABl. C 136/1; dazu *Schulte* in: Rengeling, (Fn. 159), § 17 Rn. 37ff.; *Jörissen* Produktbezogener Umweltschutz und technische Normen, 1997, 13f.; *Sobczak* Normung und Umweltschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, 19ff., 34ff.; kritisch zum Stand der europäischen Normung *Feldhaus* UTR 54 (2000), 169, 186ff.

<sup>172</sup> Zur Institutionalisierung des Informationsaustauschs zwischen Kommission, Mitgliedstaaten und Industrie vgl. Art. 16 Abs. 2 RL 96/61/EG; zur Abstufung von Risikoeermittlung und Genehmigungsverfahren zwischen Mitgliedstaaten und Kommission vgl. Art. 7 RL 93/67 EWG; Art. 9ff. RL 91/414/EWG über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln, ABl. L 230/1 und Art. 3, 27f. RL 98/8/EG über das Inverkehrbringen von Biozid-Produkten, ABl. L 123/1; Art. 18 RL 2001/18/EG; Art. 5, 6 Abs. 3 und 4 VO (EG) 258/97 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten, ABl. L 43/1; Art. 10ff. VO (EWG) 793/93; zur Übertragung einzelner Durchführungsbefugnisse auf die Kommission, vgl. Art. 50, 53ff. VO (EG) 178/2002; zur vollen Übertragung

die Beteiligung europäischer Behörden<sup>173</sup> an der Risikoabschätzung.<sup>174</sup> In Ablösung der eher statischen deutschen Technikorientierung<sup>175</sup> zielt das Gemeinschaftsrecht damit neben der Rechtsangleichung vor allem auf eine schnelle Aktualisierung des Risikomanagements.<sup>176</sup>

## 2. Verfassungsrechtliche Grundlagen

### a) Zielsetzung und Voraussetzungen

Das Grundgesetz verpflichtet zur Definition und Durchsetzung angemessener Einwirkungsgrenzen auf individuelle und kollektive Güter und zur Sicherung eines größtmöglichen Rahmens wirtschaftlicher Entfaltung.<sup>177</sup> Die Schutzwürdigkeit der Risikoverursacher ist dabei vor allem davon abhängig, ob sich ihnen technisch durchführbare Maßnahmen zur Risikoreduktion oder zumutbare und risikoärmere Alternativen zur Zielerreichung anbieten.<sup>178</sup> Auf Seiten der Risikoträger sind vor allem die

---

der Zulassung an die Gemeinschaft vgl. Art. 10, 73 VO (EWG) 2309/93 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für die Beurteilung von Arzneimitteln, ABl. L 214/1; Art. 8, 36 Vorschlag für eine Verordnung über genetisch veränderte Lebens- und Futtermittel KOM 2001, 425 endgültig.

<sup>173</sup> So die Europäische Umweltagentur (EEA), vgl. VO (EWG) 1210/90 zur Errichtung einer Europäischen Umweltagentur und eines Europäischen Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetzes, ABl. L 120/1; die Europäische Agentur für die Beurteilung von Arzneimitteln, vgl. VO (EWG) 2309/93 und die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit, vgl. VO (EWG) 178/2002.

<sup>174</sup> Dazu kritischer Überblick bei *Breuer* NVwZ 1997, 833 ff.; ferner Kommission (Fn. 16), 18; *Helberg* in: Koch (Hrsg.) Umweltrecht, 2002 § 3 Rn. 39; *Köck* in: Rengeling (Fn. 160), 23 f.

<sup>175</sup> Zu weiteren Unterschieden zwischen dem deutschen und dem gemeinschaftsrechtlichen Vorsorgeprinzip zuletzt *Winter* ZUR 2003, 137, 143.

<sup>176</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 RL 96/61/EG; dazu *Salje* in: Schulte (Fn. 3), 73, 103; ferner Art. 8 Abs. 1 und Anhang II RL 2001/18/EG; Art. 19 Abs. 1 VO (EG) 178/2002; dazu Kommission (Fn. 16), 23; *Jans/v. d. Heide* (Fn. 161), 37; *Lübbe-Wolff* (Fn. 48), 65; zur Statistik des deutschen Technikrechts *Bücker* (Fn. 125), 93 ff.

<sup>177</sup> Zu den grundrechtlichen Vorgaben im Überblick *Schulte* in: Kloepfer (Fn. 135), 59, 64. Im Rahmen der Forschungsfreiheit stellt sich die Frage, inwieweit diese auch die Inanspruchnahme von Rechtsgütern Dritter im Zuge der Forschungstätigkeit umfasst. Die gleichzeitige Gewährleistung des Eigentums und der damit verbundenen Nutzungsbefugnisse deutet darauf hin, dass das Grundgesetz die Träger von Freiheitsrechten nicht von der allgemeinen Güterzuordnung der Rechtsordnung freistellt, die grundrechtliche Ausübungsbefugnis also die Beeinträchtigung von Gütern und Interessen Dritter nicht umfasst; vgl. *Scherzberg* (Fn. 41), 510 f.; ähnlich *Wahl* UTR 14 (1991), 8, 33 ff.

<sup>178</sup> Ausführlich zu den Elementen der Abwägung *Köck* (Fn. 39), 37 ff., 259 ff.; Inhalt, Gegenstand und Ziele der grundrechtsgeschützten Betätigung unterliegen im Übrigen in-



Freiwilligkeit der Risikoübernahme und die Fähigkeit zu selbstverantwortlichem Umgang mit dem Risiko erheblich.<sup>179</sup> Der vom Grundgesetz geforderte Ausgleich individueller und kollektiver Güter zielt mithin darauf, die Handlungsoptionen im Umgang mit dem Risiko insgesamt zu erhöhen.<sup>180</sup>

Die aus den grundrechtlichen Schutzpflichten des Grundgesetzes folgende Vorsorge setzt keine sichere Schadensprognose voraus, sondern umfasst wie im Gemeinschaftsrecht alle Fälle wissenschaftlich begründeter Besorgnis.<sup>181</sup> Risiken, deren Verwirklichung nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen erscheinen, sollen nach überwiegender Auffassung Vorsorge nicht erfordern und als „sozial-adäquate Lasten“ von den Betroffenen zu tragen sein.<sup>182</sup> Unter Ungewissheit führt dieser zweifache Verweis auf die Wissenschaft indes ins Leere. Die Notwendigkeit normativer Risikokonstitution ergibt sich ja gerade daraus, dass es hier auch der Wissenschaft an verlässlichen Beurteilungsmaßstäben fehlt.<sup>183</sup> Grundrechtliche Schutzpflichten verlangen deshalb, mit der Eröffnung eines Risikos zugleich die Generierung neuen Risikowissens<sup>184</sup> und die fortlaufende Evaluation der Risikoentwicklung zu gewährleisten.<sup>185</sup> Sie gestatten die Begründung eines (Rest)Risikos nur, *so weit* und *solange* die Risiken der Risikoreduktion überwiegen.<sup>186</sup>

---

dividueller Maßstabswahl und keiner immanenten Relativierung anhand des „gesellschaftlichen Bedarfs“; dazu v. *d. Daele* in: *Lege* (Fn. 20), 119ff.; *Stoll* (Fn. 50), 340; *Groß* *VerwArch.* 88 (1997), 89, 94ff.; dem Gesetzgeber steht allerdings bei der Definition und Gewichtung kollidierender Interessen ein weiter Einschätzungsspielraum zu, dazu sogleich IV.2.b).

<sup>179</sup> Diese bedarf vor allem verlässlicher informationeller Grundlagen, dazu auch unten IV.3.b)(bb)(4); ferner *Kloepfer* (Fn. 7), 36; *Wolf* in: *Bora* (Fn. 26), 65, 69f.; *Huber* *UTR* 36 (1996), 459, 484ff.; s. auch *Stoll* (Fn. 50), 357ff.

<sup>180</sup> Zum Gesichtspunkt der Sozialverträglichkeit des Risikos dabei *Pitschas* in: *Kloepfer* (Fn. 134), 73, 76ff.

<sup>181</sup> Dazu etwa *Bryde* (Fn. 88), 81; *Di Fabio* *DÖV* 1995, 1, 7f.; *Schröder* in: *Schulte* (Fn. 3), 185, 192; *C. Calliess* (Fn. 35), 319, 207ff.

<sup>182</sup> Grundlegend *BVerfGE* 49, 89, 143. Die Konkretisierung dieser Grenze der grundrechtlichen Verpflichtung zur Risikovorsorge setzt allerdings eine Abwägung voraus, für die der vom Bundesverfassungsgericht nominierte Maßstab der „praktischen Vernunft“ keine geeigneten Kriterien abgibt vgl. *BVerfGE* 49, 89, 133ff.; kritisch zur Rechtsprechung etwa *Schröder* in: *Schulte* (Fn. 3), 185, 194; *Vofßkuhle* (Fn. 110), 382f.

<sup>183</sup> Dazu bereits oben III.2.a); ferner *Bryde* (Fn. 88), 81f.; *Winter* (Fn. 62), 115.

<sup>184</sup> In Betracht kommt hierzu Forschungsförderung, eigene staatliche Risikoforschung oder die Impflinnahme des Betreibers; s. dazu *Hecht* in: *Hansjürgens* (Fn. 52), 123ff.

<sup>185</sup> *Stoll* (Fn. 50), 282f.; vgl. auch *Di Fabio* (Fn. 181), 9; *Wahl/Appel* (Fn. 23), 41ff.

<sup>186</sup> Bei der Entscheidung über die Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten räumt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zwar, wie zuletzt zum Elektromog, einen Einschätzungsspielraum ein; vgl. *BVerfGE* 56, 54, 77f.; 92, 26, 46; *BVerfG*

Auch jenseits grundrechtlicher Schutzpflichten setzt das Grundgesetz dem „industriegesellschaftlichen Prozess“<sup>187</sup> Grenzen. Der Umweltstaat, dem Art. 20a GG die Verantwortung für die natürlichen Lebensgrundlagen überträgt, muss auch jene alltäglichen Beanspruchungen der Umweltgüter problematisieren, deren Summations- und Fernwirkungen die Regenerationsfähigkeit des Naturhaushalts erst in der weiteren Zukunft zu zerstören drohen.<sup>188</sup> Damit aber erscheinen zunehmend die Stoff-, Produkt- und Energieströme des gesellschaftlichen Güterverkehrs insgesamt als Problem.<sup>189</sup> Im Rahmen des Art. 20a GG kommt es insoweit weder auf den Verdacht konkreter Schädlichkeit noch auf das Überschreiten der Vorsorgeschwelle an. Stattdessen ist das rechtliche Reaktionsvermögen unter Ungewissheit als solches zu erweitern und sind unerkannte Risiken durch eine „prinzipale Reduktion der Umwelteinwirkungen“ zu minimieren.<sup>190</sup> Dem Umweltstaat obliegt also auch die „Zukunftsvorsorge“ gegenüber noch unbekanntem Eventualitäten.<sup>191</sup>

---

DÖV 2002, 521, 521f.; BVerwG UPR 1998, 393f.; für den Jugendschutz auch BVerfGE 83, 130, 140ff.; auch der Gesetzgeber darf aber, was unsicher und umstritten ist, nicht einfach ignorieren, sondern muss die Ungewissheit in seine Bewertung einfließen lassen und auf sie reagieren; s. Köck ZUR 2002, 349ff.; tatsächlich geht der Gesetzgeber bei der Regelung der sog. Dennoch-Störfälle in § 3 Abs. 3 StörfallV (und § 7 Abs. 2a AtG a. F.) über das auf der Basis derzeitiger Schutzpflichtdogmatik geltende Maß der Risikominimierung hinaus; s. Breuer WiVerw 1981, 219, 239f.; a. A. Hansmann in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Bd. II (Bearb. Stand März 2002), § 3 12. BImSchV Rn. 24.

<sup>187</sup> Badura UTR 43 (1998), 43, 44.

<sup>188</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 49), 3/72; ferner auch Hofmann in: Bizer/Koch (Fn. 48), 101, 105ff.

<sup>189</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 49), 3/72.

<sup>190</sup> So Wolf in: Bora (Fn. 26), 65, 81; s. auch Köck (Fn. 39), 199; in diesem Sinne wird Art. 20a GG vielfach ein Optimierungsgebot des Inhalts entnommen, dass der Gesetzgeber verpflichtet sei, den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen unter Berücksichtigung anderer Verfassungsziele „bestmöglich“ zu verwirklichen und dazu von mehreren gleichwertigen Handlungsalternativen diejenige zu wählen, die die natürlichen Lebensgrundlagen am wenigsten belastet; vgl. etwa Epiney in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG, 4. Aufl. 2000, Art. 20a Rn. 62; Murswiek in: Sachs (Hrsg.) GG, 2. Aufl. 1999, Art. 20a Rn. 53; Wolf (Fn. 121), 303; Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.) GG, Bd. II, 1998, Art. 20a Rn. 23; Bernsdorff/NuR 1997, 328, 332.

<sup>191</sup> Dazu näher C. Calliess (Fn. 35), 114ff., 122; zur Offenhaltung der Zukunft aus philosophischer Sicht auch Ewald Soziale Welt 49 (1998), 5, 13ff.; zum Begriff der Zukunftsvorsorge vgl. Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Umweltbericht 1990, BTDrucks 11/7168, 26.

b) *Modalitäten und Instrumente*

Die grundrechtlichen Übermaß- und Untermaßverbote<sup>192</sup> sind unter Ungewissheit kaum operabel.<sup>193</sup> Ihre materiellen Unterschiede werden durch den funktionalen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für Prognosen und Wertentscheidungen überlagert.<sup>194</sup> Für die „Wirkungstiefe“ verfassungsrechtlicher Anforderungen ist es deshalb im Ergebnis unerheblich, ob die fragliche Maßnahme das Risiko für ein Grundrechtsgut durch Eingriff erhöht oder durch Schutzgewährung mindert.<sup>195</sup> Freiheit und Sicherheit haben damit im Ergebnis – das knüpft an die gestrigen nachmittäglichen Referate an – denselben Rang, geht es ihnen doch um die „eine“ reale Freiheit.

Bei seiner Mittelwahl ist der Gesetzgeber „weder auf marktferne ordnungsrechtliche noch auf marktkonforme ‚ökonomische‘ Instrumente beschränkt“.<sup>196</sup> Zwar mag sich aus den Freiheitsrechten eine Präferenz für die Aktivierung selbstregulativer Beiträge entnehmen lassen.<sup>197</sup> Diese steht aber unter dem Vorbehalt der effektiven Wahrnehmung grundrechtlicher sowie sozial- und umweltstaatlicher Verantwortung.<sup>198</sup> In beiden setzt sich das Grundgesetz von der ökonomischen Analyse des Rechts

<sup>192</sup> Zum Übermaßverbot bzw. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vgl. etwa BVerfGE 19, 342, 348f.; 61, 126, 134; 76, 1, 50f.; 90, 145, 173; 96, 10, 23f.; zum Untermaßverbot s. BVerfGE 88, 203, 254; BVerfG NJW 1996, 651; *Isensee* in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 1992, § 111 Rn. 165f.; *Scherzberg* Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, 1989, 208ff.; zum Verhältnis von Übermaß- und Untermaßverbot *Dietlein* ZG 1995, 131, 136ff.; *Erichsen* Jura 1997, 85, 88; *Dolderer* Objektive Grundrechtsgelände, 2000, 270ff.; *C. Calliess* (Fn. 35), 457f.; *Ruffert* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 215ff.

<sup>193</sup> Dazu *Rehbinder* FS Sendlar, 2. Aufl. 1997, 269, 279; *Spiecker gen. Döhmann* (Fn. 20), 80f.; *Lübbe-Wolff* (Fn. 48), 62ff.; *Köck* AöR 121 (1996), 1, 17.

<sup>194</sup> BVerfGE 77, 381, 403; 79, 174, 202; 88, 203, 254, 262; kritisch zur Rechtsprechungspraxis *Scherzberg* DVBl. 1999, 356, 362f.; Beispiele für eine Überschreitung des Gestaltungsspielraums bei *Rehbinder* NuR 1997, 313, 326.

<sup>195</sup> Dem Grundgesetz ist deshalb im Ergebnis kein „omission bias“ eigen, die bei menschlichem Entscheidungsverhalten beobachtete Präferenz für riskantes Unterlassen gegenüber riskantem Tun; dazu vgl. *Ritov/Baron* Journal of Behavioral Decision Making 3 (1990), 263ff.; *Sunstein* University of Chicago Law Review 70 (2003), 751, 779ff. Dem Gesetzgeber dürfte eine Bevorzugung riskanten Unterlassens – wie im Arzneimittelrecht – aber auch nicht grundsätzlich verwehrt sein, dazu *Köck* (Fn. 39), 114f.; zur Erweiterung gesellschaftlicher Handlungsmöglichkeiten als Ziel der Risikosteuerung bereits oben III.2.c).

<sup>196</sup> *Steinberg* (Fn. 13), 168, *Köck* in: Gawel/Lübbe-Wolff (Fn. 108), 323, 343ff.

<sup>197</sup> *Schmidt-Preuß* (Fn. 47), 170f.; s. auch *Stoll* (Fn. 50), 346, 362f.

<sup>198</sup> *Mrasek-Robor* (Fn. 50), 205ff.; auf sozialstaatliche Verpflichtungen der Techniksteuerung weist etwa *Pitschas* in: Kloepfer (Fn. 134), 73, 82ff. hin.

ab, die eine Minderung des Rechtsgüterbestandes teilweise schon dann als vorteilhaft bewertet, wenn der Begünstigte die Veränderung trotz Verpflichtung zur Entschädigung des Benachteiligten anstrebt.<sup>199</sup> Rechtsgüterschutz lässt sich nicht auf finanzielle Kompensation reduzieren.<sup>200</sup> Grundrechtliche Schutzaufträge sind deshalb auch durch die Begründung von Haftungs- und Versicherungspflichten allein nicht erfüllbar.<sup>201</sup>

Soweit die mangelnde Regelungsreife der Materie und der Zwang zur Dynamisierung der Vorsorge einer inhaltlichen Maßstabsbildung entgegenstehen,<sup>202</sup> ist die Erreichung verfassungsrechtlicher Schutzziele prozedural zu gewährleisten.<sup>203</sup> Zur Sicherung eines angemessenen Risikomanagements<sup>204</sup> gehört dabei nicht zuletzt die Standardisierung der bisher unregelmäßigen Verfahren und Konventionen der Risikoabschätzung<sup>205</sup> sowie die Gewährleistung einer fortlaufenden Evaluation des Steuerungserfolgs.<sup>206</sup> Diese Pflicht zum „Monitoring“ umfasst nicht nur die Folgenbeobachtung durch den Gesetzgeber, sondern auch die Weitergabe entsprechender Revisionspflichten an Normkonkretisierung und -vollzug.<sup>207</sup>

<sup>199</sup> Schäfer/Ott Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000, 32 ff.

<sup>200</sup> Dazu Wolf/KJ 1989, 55 ff.; Damm in: Bora (Fn. 26), 93, 101 ff.; Vofßkuhle (Fn. 110), 381 ff.; vgl. auch Britz Die Verwaltung 30 (1997), 185, 206 ff.; Lübbe in: Gawel/Lübbe-Wolff (Fn. 108), 13, 25 ff.; für den Eigentumsschutz Scherzberg (Fn. 80), 40; für den Umweltschutz Wolf (Fn. 121), 295; s. auch § 19 Abs. 1 und 2 BNatSchG.

<sup>201</sup> Schmidt-Abmann in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Fn. 150), 7, 22; zur vergleichsweise geringen Wirkungsschärfe des Haftungsrechts Ekardt/Manger/Neuser/Pottschmidt/Roßnagel/Rust (Fn. 76), 169 ff.; Hapke/Japp (Fn. 105), 79 f., 91 ff., 100 ff.; jedenfalls bei Risiken mit hohem und hinreichend sicher erkennbarem Schadenspotential wie im Gentechnik-, Atom-, Immissionsschutz-, Chemikalien- und Lebensmittelrecht ist deshalb die Nutzung regulatorischen Rechts unverzichtbar; dazu Steinberg (Fn. 13), 170. Schulze-Fielitz in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 65), 291, 327 weist zu Recht darauf hin, dass es „sehr konkret vor allem auf die ökonomischen Rahmenbedingungen ankommt, ob und inwieweit das „hard law“ des ordnungsrechtlichen Instrumentariums ergänzt oder gar ersetzt werden kann; ebenso Sachverständigenrat, (Fn. 22), Tz. 34\*, 192 ff.

<sup>202</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 137 ff., 140 ff.; zu den Möglichkeiten materieller Programmierung ausführlich Steinberg (Fn. 13), 205 ff.; Schulze-Fielitz (Fn. 3), 469 ff.

<sup>203</sup> Dazu Lübbe-Wolff (Fn. 48), 65 m.w.N.; Stoll (Fn. 50), 325; Di Fabio (Fn. 62), 465 f.

<sup>204</sup> Zu den insoweit zu stellenden Anforderungen Scherzberg (Fn. 41), 499 ff.; zu den Elementen des Risikomanagements ferner Henschler UTR 43 (1998), 11, 18 ff.; Seiler (Fn. 111), 30 ff.; Gill/Bizer/Roller (Fn. 40), 81 ff.; vgl. dazu auch den Abschlussbericht der Risikokommission (Fn. 52), 23 ff.

<sup>205</sup> Vgl. dazu den Vorschlag der Risikokommission, Abschlussbericht (Fn. 52), 71 ff.; dazu bereits oben III.2.a).

<sup>206</sup> Wolf (Fn. 121), 296 f.; Schulze-Fielitz (Fn. 3), 485 f.; vgl. auch BVerfGE 88, 203, 309 ff.

<sup>207</sup> Steinberg (Fn. 13), 172 f.

### 3. Die Risikosteuerung im Risikoverwaltungsrecht

Die Komplexität europarechtlicher Vorsorgeanforderungen, grundrechtlicher Schutzpflichten und umweltstaatlicher Verantwortung lässt sich auf zwei Aufgabenbereiche des Risikoverwaltungsrechts zusammenführen: Risikoreduktion bei hinreichend bekannten und Risikoprävention bei unbekanntem oder nur vermuteten Risiken.<sup>208</sup>

#### a) Die Risikoreduktion

##### (aa) Das Regelungsmodell

Zur Risikoreduktion wird in den Tatbeständen von Gefahrenabwehr und Vorsorge die Grenze der Belastbarkeit der betroffenen Güter definiert und über die Vermeidbarkeit ihrer Beeinträchtigung entschieden.<sup>209</sup> Grundfragen wie die relevanten Schutzgüter, die Bewertung des Nutzens einer Innovation, das medienübergreifende Ziel der Risikominimierung, deren Begrenzung auf die „beste verfügbare Technik“<sup>210</sup> sowie Art und Umfang des von der Verwaltung anzustellenden Risikovergleichs sind dabei gesetzlich zu regeln.<sup>211</sup> Damit werden die Rechtsfragen reflexiver Risikosteuerung freilich nur in beschränktem Umfang abgeschichtet. Je mehr es um innovative, in Wirkung und Folgen ungewisse Anlagen, Stoffe oder Produkte geht, desto weniger vermögen abstrakte Vorgaben des Sicherheitsniveaus und Verweise auf den Stand der Wissenschaft und Technik die Risikoentscheidung zu determinieren.<sup>212</sup> Für die Beurteilung der Nanotechnologie oder neuer chemischer Stoffe gibt es keinen vorfindlichen „Stand der Wissenschaft“,<sup>213</sup> für Infrastruktureinrichtungen

---

<sup>208</sup> Zur Unterscheidung von bekannten und unbekanntem Risiken auch *Hapke ZfRSoz* 20 (1999), 55, 66; weiter differenzierend *WBGU* (Fn. 28), 6ff., der bekannte Risiken mit geringem Schadenspotential und geringer bis mittlerer Eintrittswahrscheinlichkeit („Risiken im Normalbereich“), Risiken, die über das alltägliche Ausmaß deutlich hinausgehen, weil die Ungewissheit der Schadensentwicklung oder/und das Schadenspotential und die Eintrittswahrscheinlichkeit als hoch zu bewerten sind, („Risiken im Verbots- oder Grenzbereich“) und „unbekannte Risiken“ unterscheidet. Für letztere schlägt er den Übergang auf eine präventive Technikentwicklungssteuerung vor, vgl. *WBGU* (Fn. 28), 6f., 306ff.; das entspricht der nachstehend in litera b) erörterten Risikoprävention.

<sup>209</sup> Zu dieser Charakterisierung von Gefahrenabwehr und Vorsorge *Rehbinder* (Fn. 50), 04/20.

<sup>210</sup> Art. 2 Nr. 11 RL 96/61/EG; dazu instruktiv *Feldhaus NVwZ* 2001, 1ff.

<sup>211</sup> Zur Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes in Ungewissheitssituationen grundlegend *BVerfGE* 49, 89, 139ff.; ferner *Wahl/Appel* (Fn. 23), 126ff.

<sup>212</sup> *Steinberg* (Fn. 13), 430f.

<sup>213</sup> Vgl. *VGH BW VBIBW* 2002, 436ff. zur Nanotechnologie; allgemein zum Verhältnis von Theorie und Anwendung *Kleindiek* (Fn. 43), 102ff.

und andere großtechnische Anlagen keinen abrufbaren „Stand der Technik“,<sup>214</sup> nach dem die maßgeblichen Beurteilungen vorgenommen werden könnten.<sup>215</sup> Die Risikosteuerung wird insoweit auf wissensgenerierende administrative Verfahren delegiert.<sup>216</sup>

*(bb) Die Maßstabsbildung im Verfahren*

In ihnen werden Umweltstandards<sup>217</sup> und Vorsorgekonzepte<sup>218</sup> erstellt und in fallbezogenen Zulassungsentscheidungen realisiert.<sup>219</sup> Privates Risikowissen fließt dabei über die Anhörung der beteiligten Kreise, die kontrollierte Anknüpfung an technische Standards<sup>220</sup> und die Auswertung der vom Vorhabenträger im Zulassungsverfahren beizubringenden Prüfnachweise und Risikobewertungen ein.<sup>221</sup> Die wissenschaftlichen Entscheidungsgrundlagen werden durch die Beteiligung beratender Kommissionen und Ausschüsse und durch die Beauftragung von Sachverständigen bei der „nachvollziehenden“ Amtsermittlung<sup>222</sup> gewon-

<sup>214</sup> *Ekaradt/Manger/Neuser/Pottschmidt/Roßnagel/Rust* (Fn. 76), 119 f., 123 f., 283 ff.

<sup>215</sup> *Ladeur* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 47), 111, 126; vgl. dazu etwa § 4 e Abs. 4 9. BImSchV, wonach bei der Zusammenstellung der Unterlagen bei UVP-pflichtigen Vorhaben auf fehlende Kenntnisse und Prüfmethode hinzuweisen ist. Im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik werden heute teilweise informelle, provisorische technische Standards bereits im Wege „entwicklungsbegleitender Normung“ erstellt und damit dem formellen Normungsprozess faktisch entzogen, dazu *Schulte* in: Kloepfer (Fn. 135), 68 ff.

<sup>216</sup> Zur Delegation der Entscheidungsbefugnis im Risikoverwaltungsrecht bereits *Scherzberg* in: Engel/Halfmann/Schulte (Fn. 14), 113, 128 f., 140.

<sup>217</sup> In den Rechtsformen der Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift, dazu *Steinberg* (Fn. 13), 228 ff., 234 ff., dort auch zum Fehlen ausreichender gesetzlicher Strukturierung des Verfahrens; ferner *Schulze-Fielitz* (Fn. 3), 453 ff., 464 ff., 480 ff.

<sup>218</sup> Dazu *Trute* Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im BImSchG, 1989, 66 f.; *Wahl/Appel* (Fn. 23), 174 ff.

<sup>219</sup> Dazu im Kontext der IVU-Richtlinie *Buchholz* (Fn. 110), 134; *Lübbe-Wolff* NuR 1999, 241 ff.; eine implizite Delegation der Bewertung der Sicherheit und der Auswirkung eines Vorhaben auf die Genehmigungsbehörde findet sich etwa in § 20 Abs. 1 b 9. BImSchV; dazu auch unten IV.3.a)(dd).

<sup>220</sup> Dazu *Feldhaus* (Fn. 171), 179 ff.; *Schmidt-Preuß* (Fn. 47), 203 ff.; zur Widerlegung der Vermutung der Richtlinienkonformität bei Einhaltung technischer Standards im Gemeinschaftsrecht *Schulte* in: Rengeling (Fn. 159), § 17 Rn. 74 ff., *Sobczak* (Fn. 171), 49 ff.; kritisch zum Stand der europäischen Normung *Feldhaus* (Fn. 171), 186 ff.

<sup>221</sup> Vgl. etwa §§ 5 f. UVPG, §§ 6 ff. ChemG, § 10 Abs. 2 und § 15 Abs. 1 und 3 GenTG, § 12 Abs. 3 PflSchG, Art. 6 Abs. 1 VO EG 258/97; dazu auch die Empfehlung 97/618/EG der Kommission, ABl. L 253/1; zum Ganzen auch *Stoll* (Fn. 50), 280 f.; *Tünnesen-Harmes* (Fn. 62), 216 ff.

<sup>222</sup> *J.-P. Schneider* Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991.

nen.<sup>223</sup> Angesichts der Wertungsabhängigkeit wissenschaftlicher Konventionen ist eine institutionelle Trennung von Risikoabschätzung und Risikomanagement angezeigt<sup>224</sup> und unterliegen die Ergebnisse der Risikoabschätzung einer „steuernden Rezeption“.<sup>225</sup> Der sozialen und psychologischen Dimension des Risikos entspricht es, die Bestimmung abstrakter Umweltstandards und die projektbezogene Sicherheitskonzeption zum Gegenstand öffentlicher Erörterung zu machen und deshalb transparent und partizipativ auszugestalten.<sup>226</sup> Dabei kann soziale Risikokompetenz umso eher eingebunden werden, je mehr die Verfahren als Prozess sozialer Verständigung ausgestaltet sind und innerhalb oder außerhalb der formalisierten Abläufe von Anhörung und Erörterung persönliche Interaktionen erlauben.<sup>227</sup> Prozedurale Rationalität zielt insoweit darauf, im Verfahren rechtliche, verwaltungspolitische, betriebliche, professionelle, wissenschaftlich-technische und soziale Perspektiven in optimaler Weise zu entfalten.<sup>228</sup>

(cc) *Die Verteilung der Beweislast*

Soweit sich die komplexen Wirkungsbeziehungen des Risikos im Verfahren nicht hinreichend sicher klären lassen, können stabile Vermu-

---

<sup>223</sup> Allgemein dazu *Steinberg* (Fn. 13), 256 ff., 264 ff.; Überblick bei *Tünnesen-Harmes* (Fn. 62), 243 ff.; zu den Besonderheiten von Ethikkommissionen bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln *G.-P. Calliess* (Fn. 6), 236 ff.; zur ZKBS der §§ 4f. GenTG *Tünnesen-Harmes* (Fn. 62), 228 ff.; vgl. auch *Schröder* Kommissionskontrolle in Reproduktionsmedizin und Gentechnologie, 1992, 79 ff., 233 ff.

<sup>224</sup> Vgl. National Research Council, Risk Assessment in the Federal Government, 1983, 3, 17 ff.; Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1996, BTDrucks. 13/4108, 39 ff., 300 ff.

<sup>225</sup> Dazu *Trute* (Fn. 46), 102 f.; soweit die Abweichung von Kommissionsvoten einer besonderen Begründungspflicht unterliegt, vgl. § 10 Abs. 7 S. 4 GenTG, § 25 Abs. 6 S. 3 AMG, wird damit die Letztverantwortung der Behörde nicht in Frage gestellt; zum Problem der Verselbständigung des wissenschaftlich-technischen Sachverständigen *Schulze-Fielitz* (Fn. 3) 443, 449 f.; zur Notwendigkeit einer rechtlichen Verarbeitung wissenschaftlicher Abschätzungsunsicherheit bereits oben III.2.a).

<sup>226</sup> Ausführlich dazu die Vorschläge im Abschlussbericht der Risikokommission (Fn. 52), 53 ff.; zur Informationsfunktion der Öffentlichkeitsbeteiligung allgemein *Fisahn* Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, 210 f.; zur Informationsfunktion des Informationszugangsrechts vgl. *Scherzberg* (Fn. 47), 186 f.

<sup>227</sup> Dazu bereits *Scherzberg* (Fn. 47), 134 f.; ferner die Beiträge in: Köberle (Hrsg.) Diskursive Verständigung? Mediation und Partizipation in Technikkontroversen, 1997. Gesetzliche Ansätze hierfür in § 71c Abs. 1 S. 1 und 2, § 71e VwVfG sowie § 2 Abs. 2 S. 1 4. BImSchV.

<sup>228</sup> Dazu *Ekarde/Manger/Neuser/Pottschmidt/Roßnagel/Rust* (Fn. 76), 283 ff.; vgl. zum BImSchG auch BVerfGE 98, 83, 89 f.

tungsregeln den Entscheidungsprozess entlasten.<sup>229</sup> So kann eine Beschränkung an den Nachweis der Gefährlichkeit eines Stoffes oder eine Zulassung an den Nachweis seiner Ungefährlichkeit gebunden werden.<sup>230</sup> Das hebt, wie nach dem US-Toxic Substances Control Act,<sup>231</sup> die staatlichen Eingriffsschwellen oder, wie im Falle des deutschen Pflanzenschutzrechts,<sup>232</sup> die Markteintrittsbarrieren für neue Produkte an. Ähnlich soll der Gesetzgeber nach den Vorschlägen der EG-Kommission zur Chemikalienregulierung<sup>233</sup> bestimmte Stoffe einem generellen Gefährlichkeitsverdacht unterstellen und dem Unternehmer dessen Widerlegung für den jeweiligen Verwendungszweck im Rahmen eigener Risikoforschung auferlegen.<sup>234</sup>

Fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Beweislastverteilung, kann abhängig vom Schutzzweck der Norm zu berücksichtigen sein, dass hohe Anforderungen an die Beweisführung vor allem bei unbekanntem Stoffen und Anwendungen als negativer Anreiz für Risikoforschung und Innovation wirken.<sup>235</sup> Den beteiligten grundrechtlichen und umweltstaatlichen Interessen ist deshalb durch eine Abstufung der Informationslasten Rechnung zu tragen.<sup>236</sup> Die beiderseitige Wissensgenerierung wird gefördert, wenn es dem Risikoverursacher obliegt, diejenigen Schädlichkeitshypothesen zu falsifizieren, für die die Behörde begründete Anzeichen vorbringt.<sup>237</sup>

<sup>229</sup> Dazu *C. Calliess* (Fn. 41), 1732; *Spiecker gen. Döhmman* in: Rengeling (Fn. 160), 35.

<sup>230</sup> Zu letzterem vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 3 lit. d PflSchG, dazu *Köck* (Fn. 39), 185 ff.

<sup>231</sup> Vgl. §§ 5, 6 TSCA; dazu *Spiecker gen. Döhmman* in: Rengeling (Fn. 160), 9 ff., ähnlich auch das früher in Großbritannien herrschende „good science“-Konzept, *Steinberg* in: *Riedel* (Fn. 46), 17, 22 ff.

<sup>232</sup> Vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 3 lit. b PflSchG; vgl. auch § 11 Abs. 1 Nr. 4 und § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG; zu § 15 I Nr. 3 lit. b a. F. PflSchG BVerwGE 81, 12, 15; dazu *Di Fabio* (Fn. 62), 159 f.; *Köck* (Fn. 39), 185 ff.; allgemein für eine solche Ausgestaltung der Beweislast *Schachtschneider* in: Thieme (Hrsg.) *Umweltschutz im Recht*, 1988, 81, 120 f.; *Beck* (Fn. 32), 274 f., 291.

<sup>233</sup> Vgl. Weißbuch der EG-Kommission (Fn. 53), 19 f.; s. auch bereits Kommission (Fn. 16), 25 f.

<sup>234</sup> Dazu *C. Calliess* (Fn. 53), 47 ff.; *Appel* UTR 68 (2003) 95, 108 ff.; die Regelung vernachlässigt allerdings die umweltgefährlichen Stoffe, vgl. *Appel* ebd., 114 f.; kritisch auch v. *Holleben/Schmidt* NVwZ 2002, 532, 535 f.

<sup>235</sup> *Ladeur* in: Bora (Fn. 26), 56; *Spiecker gen. Döhmman* in: Rengeling (Fn. 160), 12; dagegen überzeugt die Kritik gegenüber einer Beweislastumkehr bei bereits auf dem Markt befindlichen Stoffen nicht, s. aber *Williamson/Hulpe* (Fn. 44), 92.

<sup>236</sup> *Murswiek* (Fn. 126), 213 ff.; *Wahl/Appel* (Fn. 23), 124; *Köck* in: Rengeling (Fn. 160), 35 f.; *C. Calliess* (Fn. 41), 1732 f.; zur Nivellierung der Bedeutung der präventiven und repressiven Regelungsstruktur für die Beweislastverteilung *Di Fabio* (Fn. 62), 204 ff.

<sup>237</sup> So die Rechtslage im Immissionschutzrecht, vgl. etwa *Jarass* BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 6 Rn. 8, § 3 Rn. 28 f.; zum Ganzen *C. Calliess* (Fn. 41), 1729 ff.



*(dd) Die Zuweisung des Risikos*

Soll gesichert werden, dass rechtliche Risikosteuerung „more good than harm“ bewirkt,<sup>238</sup> kann dies vor dem Hintergrund der Lückenhaftigkeit des Risikowissens nicht quantitativ berechnet, sondern nur qualitativ entschieden werden.<sup>239</sup>

Freilich bedarf es für die „Berücksichtigung“ der insoweit im Verfahren gewonnenen Erkenntnisse eines rationalisierenden Maßstabs.<sup>240</sup> Vorsorgeziel und Gleichheitssatz verpflichten insoweit auf *Kohärenz*.<sup>241</sup> Kohärenz verknüpft langfristige Zielbestimmung mit kurzfristiger Mittelwahl und verlangt dazu eine in Konzepten formalisierte<sup>242</sup> oder in Einzelentscheidungen fortgebildete<sup>243</sup> administrative „Risikopolitik“.<sup>244</sup> Nur auf dieser Grundlage lässt sich eine angemessene, raum-zeitliche Streuung von Risiken gewährleisten und dem Innovationsprozess zugleich Langfristorientierung bieten.<sup>245</sup>

---

<sup>238</sup> *Warren/Marchant* (Fn. 44).

<sup>239</sup> Kommission (Fn. 16), 22f.; EEB, Position on the Precautionary Principle, 1999, [www.eeb.org/publication/eeb](http://www.eeb.org/publication/eeb).; dazu auch *Gollier* (Fn. 124), 303ff.; *Schütz* (Fn. 110), 108ff.; einen Versuch der Quantifizierung unternehmen *Cansier/Cansier* in: *Hansjürgens* (Fn. 52), 157ff., ohne daß die Umwandlung der Komplexität der Bewertung in eine Komplexität der Berechnung einen Rationalisierungsgewinn erkennen ließe; zur Untauglichkeit der Kosten-Nutzen-Analyse bei Ungewissheit auch *Hansjürgens* in: *Gawel* (Fn. 57), 63, 86ff.

<sup>240</sup> *Wahl/Appel* (Fn. 23), 46f.

<sup>241</sup> Kommission (Fn. 16), 22; zur Kohärenz als Rationalitätsmerkmal der Entscheidung unter Ungewissheit *Grünwald* (Fn. 133), 286f.; allgemein dazu auch *Strauch* ThürVBl. 2003, 1, 4ff.; *ders.* KritV 85 (2002), 311ff.; *Bracker* Kohärenz und juristische Interpretation, 2000.

<sup>242</sup> Die Verpflichtung der Verwaltung zu Erstellung eines Konzepts im Umgang mit schwach belegtem Besorgnispotential befürwortet etwa *Stoll* (Fn. 50), 86; zum Erfordernis eines Konzepts zur Vorsorge gegen raum-zeitliche Fernwirkungen s. *BVerwGE* 69, 37, 45; *Trute* (Fn. 218), 66f.; Qualitätsanforderungen an die Risikocharakterisierung stellt auch die US Environmental Protection Agency (EPA) auf, dazu *Wiedemann/Mertens/Clauberg/Hennings/Schütz* (Fn. 98), 68ff.

<sup>243</sup> Zu Recht gegen eine Pflicht zur Formalisierung des Konzepts im Kontext des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG *Roßnagel* in: *Koch/Scheuing* (Hrsg.) Gemeinschaftskommentar zum BImSchG, Stand April 2003, § 5 Rn. 524ff.

<sup>244</sup> Dazu auch *Murswiek* (Fn. 126), 218f., 222f.; *Di Fabio* (Fn. 62), 454; *Scherzberg* (Fn. 47), 128; *Trute* (Fn. 46), 96; ein solches Konzept entwickelten die Behörden im Umgang mit der Nanotechnologie im Falle des VGH BW VBIBW 2001, 436ff. durch Erhebung eines Sicherheitszuschlages auf die für Dieselruß geltenden Grenzwerte.

<sup>245</sup> *Koch* in: *Hoffmann-Riem/Schneider* (Fn. 65), 273, 274; *Schulze-Fielitz* ebd., 291, 303f.

Maßstabsbildend wirken ferner Über- und Untermaßverbot. Als Abwägungsregeln unter Ungewissheit<sup>246</sup> sind sie auf die Erweiterung von Handlungsoptionen zur Realisierung verfassungsrechtlicher Schutzziele gerichtet<sup>247</sup> und teilweise als Vertretbarkeitsklauseln kodifiziert.<sup>248</sup> Insoweit ist in die Abwägung einzustellen, mit welcher Effektivität und zu welchem Preis eine Risikominimierung, ein Risikoausschluss oder kontrollierte Lerneffekte erreichbar erscheinen.<sup>249</sup> Dabei ist die auch soziale Verteilung des Risikos zu bewerten und die Existenz von Substitutionsprodukten zu berücksichtigen. Bei hoher Abschätzungsunsicherheit wird sich die Abwägung nach dem Muster der einstweiligen Anordnung im Verfassungsprozess<sup>250</sup> durch Vergleich der Irrtumskosten der in Betracht kommenden Entscheidungsalternativen vollziehen.<sup>251</sup> Ein Einschreiten kann danach angezeigt sein, wenn das Zuwarten mit einem hohen Risiko des Fehlschlags späterer Abwehrbemühungen verbunden ist.<sup>252</sup> Die insoweit zu treffenden Wertungen haben politisch-gestaltenden Charakter und sind rechtlich vornehmlich prozedural vorgeprägt. Das stellt ihre gerichtliche Überprüfung – auch im Rahmen einer gebundenen Entscheidung<sup>253</sup> –

<sup>246</sup> Dazu Köck (Fn. 39), 260; ferner Kastendieck (Fn. 99), 112 ff., der bei seinen weiteren Überlegungen aber übersieht, dass in Fällen der Ungewissheit gerade auch ungewiss sein kann, mit welchen Schadensmöglichkeiten zu rechnen ist.

<sup>247</sup> Ladeur (Fn. 129), 252; vgl. auch bereits oben III.2.c).

<sup>248</sup> Vgl. bereits oben II.3.

<sup>249</sup> Ladeur (Fn. 129), 249; zu dieser „Kosten-Wirksamkeitsanalyse“ auch C. Callies (Fn. 53), 54; sie muss freilich immer auch die jeweiligen Abschätzungsunsicherheiten berücksichtigen. Diese können geringer zu gewichten sein, wenn sich der Risikoverursacher zu projektbegleitender Risikoforschung verpflichtet.

<sup>250</sup> Dazu etwa Grafhofin: Maunz u.a. (Hrsg.) BVerfGG, § 32 Rn. 87 ff.

<sup>251</sup> Ladeur (Fn. 129), 247; Köck (Fn. 39), 270; Berg (Fn. 49), 298; die Abwägung der Irrtumskosten ist vor allem dann geeignet, wenn die Art der fraglichen Schadenspotentiale feststeht, die Eintrittswahrscheinlichkeit aber nicht bestimmt werden kann; dabei stehen sich regelmäßig verschiedene Risiken und Chancen mit unterschiedlichen Abschätzungsungewissheiten gegenüber, weshalb ein schlichtes Risikominimierungsgebot nicht behilflich wäre; zu diesem Murswiek, Möglichkeiten und Probleme bei der Verfolgung und Sicherung nationaler und EG-weiter Umweltschutzziele im Rahmen der europäischen Normung: Einflussmöglichkeiten der nationalen Politik auf die Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen von Normungsprozessen auf der Ebene der Europäischen Union – Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Bundestages, 1995, [www.jura.uni-freiburg.de/ioeffr3/papers/papers.htm](http://www.jura.uni-freiburg.de/ioeffr3/papers/papers.htm), 81.

<sup>252</sup> Richter Gentechnologie als Regelungsgegenstand des technischen Sicherheitsrechts, 1989, 52; Klopper in: Korff/Beck/Mikat, Lexikon der Bioethik, Bd. III, 2000, 210, 211.

<sup>253</sup> S. etwa Trute (Fn. 46), 66; auf die Einräumung eines Beurteilungsspielraums verweisen etwa §§ 13, 20b Abs. 1 9. BImSchV, dazu Ohms UPR 2001, 87, 89 f.

unter „Funktionsvorbehalt“.<sup>254</sup> So geht auch der VGH Baden-Württemberg bei seiner Entscheidung zur Nanotechnologie von einem ungeschriebenen Beurteilungsspielraum im Rahmen der Vorsorge aus.<sup>255</sup>

*(ee) Die Dynamisierung der Regulierung*

Noch stärker als bei der Entscheidungsfindung kommt es bei der Umsetzung konkreter Vorsorgeziele zu einer „Verantwortungsteilung“ zwischen öffentlicher Steuerung und privatwirtschaftlicher Selbstregulierung.<sup>256</sup> Auf geeignete Mittel einer innovationsfördernden Risikosteuerung ist oben bereits hingewiesen worden.<sup>257</sup> Heute kommen die direkten Steuerungsmittel des Ordnungsrechts<sup>258</sup> meist neben den indirekten Steuerungsinstrumenten des Organisations-, Informations-, Abgaben- und Haftungsrechts zum Einsatz.<sup>259</sup> Belange des Vertrauensschutzes und der Investitionssicherheit werden dabei durch den sozialen Bezug der Betätigung in verhältnismäßiger Weise relativiert, so dass Genehmigungen im Bereich der Risikoverwaltung vielfach befristet erteilt werden,<sup>260</sup> unter Änderungsvorbehalt stehen<sup>261</sup> oder dem Betreiber die selbständige Aktualisierung seiner Sicherheitstechnik auferlegen.<sup>262</sup>

<sup>254</sup> Dazu BVerwGE 106, 115, 122; 104, 36, 51; 85, 368, 379; 78, 177, 180; VGH BW VBIBW 2002, 436, 440; OVG Berlin, NVwZ 1995, 1023, 1024f.; OVG Berlin, NVwZ 1999, 96, 99; *Kahl* (Fn. 54), 1118; ferner *Ladeur* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 47), 111, 126ff.; *Hoffmann-Riem* ebd., 9, 24ff.; *Preuß* in: Grimm (Fn. 47), 542; *Breuer* NuR 1994, 157, 162; a. A. zum Pflanzenschutzrecht BVerwGE 81, 12, 17; zum gestaltenden Charakter der Risikoentscheidung und den sich daraus ergebenden Grenzen der gerichtlichen Kontrolle allgemein *Di Fabio* (Fn. 62), 270ff.; *Lange/Karthus* in: Lange (Hrsg.) Gesamtverantwortung statt Verantwortungspartitionierung im Umweltrecht, 1997, 15ff.; *Scherzberg* (Fn. 47), 171ff.

<sup>255</sup> VGH BW VBIBW 2001, 436, 439f.

<sup>256</sup> Dazu *Schulze-Fielitz* (Fn. 3), 482ff.; *Di Fabio* VVDStRL 56 (1997), 235, 242ff.

<sup>257</sup> Dazu oben III.2.e); vgl. auch *Kahl* (Fn. 54), 1113.

<sup>258</sup> Zu dessen vermehrtem Einsatz im Rahmen europarechtlicher Risikosteuerung jüngst *Köck* in: Rengeling (Fn. 160), 33f.

<sup>259</sup> Dazu aus Sicht des Zivilrechts *Damm* in Bora (Fn. 26), 93, 121; aus Sicht des öffentlichen Rechts *Schmidt-Aßmann* (Fn. 49), 1/37.

<sup>260</sup> Vgl. § 7 Abs. 1 WHG, § 16 Abs. 1 S. 1 PflSchG, § 31 Abs. 1 Nr. 3 AMG, § 17 Abs. 1 S. 3 AtG.

<sup>261</sup> § 17 Abs. 3 AtG, § 26 Abs. 1 Nr. 1 – 3 GenTG, § 30 AMG, § 16a Abs. 2 PflSchG, § 5 Abs. 1 WHG, Art. 13 Abs. 1 RL 96/61; *Schmehl* Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt zwischen Stabilität und Flexibilisierung, 1998, 149ff.

<sup>262</sup> § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 6 Abs. 2 GenTG; § 15 a Abs. 1 PflSchG; daran fehlt es aber etwa im Bereich der Novel-Food Verordnung, kritisch dazu *Meier*, Risikosteuerung im Lebensmittel- und Gentechnikrecht, 2000, 144; *Wahl/Groß* DVBl. 1998, 2, 10; zum Ganzen auch *Wahl/Hermes/Sach* in: Wahl (Fn. 23), 217, 233ff.; *Trute* (Fn. 46), 74f.; *Sach* Genehmigung als Schutzschild?, 1994, 112ff., 148f.; eine Pflicht zur Fortentwicklung des

b) *Die Risikoprävention*

(aa) *Das Regelungsmodell*

Präventive Risikosteuerung, der zweite Aufgabenkreis der Risikoverwaltung, ist Zukunftsvorsorge mit „offenem Suchhorizont“<sup>263</sup> und zielt auf die Minimierung des (noch) unspezifischen Risikopotentials umwelt- und gesundheitsrelevanter Aktivitäten.<sup>264</sup> Mit ihr reagiert das Recht auf den zuletzt am Stromnetz bekannter Industriestaaten dokumentierbaren Befund, dass in eng gekoppelten technischen Systemen prinzipiell mit unvorhersehbaren negativen Synergismen gerechnet werden muss,<sup>265</sup> und auf die allgemeine umweltpolitische Erfahrung, dass nachteilige Folgen dauerhafter zivilisatorischer Umwelteinwirkungen heute nach „praktischer Vernunft“ kaum jemals ausgeschlossen werden können.<sup>266</sup>

(bb) *Die Instrumente*

(1) *Das ökologische Erforderlichkeitsgebot*

Geeignetes Instrument zur Risikoprävention ist die generelle Verpflichtung der Umweltnutzer auf eine Minimierung von Umwelteinwirkungen und Ressourcenverbrauch, ein „ökologisches Erforderlichkeitsgebot“, das jede nicht nachweislich unschädliche Einwirkung auf Mensch und Umwelt als rechtfertigungsbedürftig hinterfragt.<sup>267</sup> Es belässt die Aus-

---

jeweiligen Standes der Wissenschaft durch Risikoforschung kennt das derzeitige Risikoverwaltungsrecht dagegen kaum; vgl. aber § 28 Abs. 3a AMG, dazu *Köck* in: Schnapp (Hrsg.) *Wie sicher sind unsere Arzneimittel?* (im Erscheinen), MS, 14f.; das wird zu Recht kritisiert, ist es doch die wissensgenerierende Funktion der Risikosteuerung, die sie „über die Zeit“ an Übermaß- und Untermaßverbot zurückbindet; kritisch etwa *Murswiek* (Fn. 126), 218.

<sup>263</sup> *Gill* (Fn. 41), 30f.

<sup>264</sup> Zur Notwendigkeit präventiver Entwicklungssteuerung *Grimm* (Fn. 70), 418; *Dierkes/Canzler* in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 65), 63, 76ff.; *Hoffmann-Riem/Schneider* (Fn. 65), 407ff.; *Minsch/Elberle/Meier/Schneidewind* *Mut zum ökologischen Umbau*, 1996, 121ff.; *Wolf* in: Roßnagel/Neuser (Fn. 21), 57, 66ff.

<sup>265</sup> *Perrow* *Normale Katastrophen*, 1989, 16ff., 129ff.; *ders.* *Journal für Sozialforschung* 32 (1992), 61, 62 ff, 66ff.; deshalb bietet auch die probabilistische Risikoanalyse mit ihrer Anknüpfung an die Versagenswahrscheinlichkeit einzelner Systemkomponenten keine „sichere“ Berechnungsgrundlage, vgl. etwa *Banse* in: *ders.* (Fn. 2), 64; *Seiler* (Fn. 111), 213ff.; zu optimistisch daher *Breuer* (Fn. 254), 162ff.; s. auch *Bergmann* in: *Banse* (Fn. 2), 83, 88ff. mit einem Bericht über Untersuchungen zur systematischen Überforderung des Menschen bei der Überwachung und Regelung dynamischer Systeme.

<sup>266</sup> *Rehbinder* (Fn. 50), 04/50.

<sup>267</sup> Zur Diskussion darüber im Kontext der Vorsorge instruktiv *Roßnagel* in: *Koch/Scheuing* (Fn. 243) § 5 BImSchG Rn. 527ff. mwN.

wahl von Unternehmenszielen, Herstellungsverfahren und Produktgestaltung beim Betreiber, sichert aber, durch die Verpflichtung auf eine zumutbare, ökologisch verträgliche Alternative,<sup>268</sup> die generelle Minimierung des Risikos.<sup>269</sup> Das ökologische Erforderlichkeitsgebot schützt die künftigen Lebensgrundlagen dadurch, dass es die Risiken der Unterschätzung heutiger Umwelteinwirkungen reduziert und gründet mithin in der „Auftragsdimension“ des Art. 20a GG.<sup>270</sup>

Ansätze für eine Reduzierung der Exposition oder Ressourcennutzung unabhängig von vermuteten Wirkungsgrenzen finden sich in § 1a Abs. 1 S. 2 WHG, wonach Gewässer so zu bewirtschaften sind, dass jede vermeidbare Beeinträchtigung ihrer ökologischen Funktion unterbleibt,<sup>271</sup> in §§ 18f. BNatSchG, wonach vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen sind, im Gebot sparsamer Energieverwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG<sup>272</sup> sowie im Strahlenschutzrecht, Bodenrecht und Energiewirtschaftsrecht.<sup>273</sup>

## (2) Das Stoff- und Energiestrommanagement

Seine Fortsetzung findet die präventive Risikosteuerung in der Einwirkung auf ressourcen- und risikorelevante Verhaltensmuster im Umgang mit Energie, Stoffen, Produkten, Raum und Verkehr.<sup>274</sup> Beispiele sind die Verteuerung des Ressourcenverbrauchs durch Umweltabgaben,<sup>275</sup> die Einführung einer verbindlichen Umweltbelastungsanalyse für neue Pro-

<sup>268</sup> So zum Pflanzenschutzrecht BVerwGE 81, 12, 17; Köck (Fn. 39), 195ff.; vgl. auch § 16 Abs. 2 S. 1 und § 36 Abs. 2 S. 1 GefStoffV.

<sup>269</sup> Präziser am Beispiel des Gebots effizienter Energieverwendung Koch/Wieneke (Fn. 144), 1090.

<sup>270</sup> Zu dieser Lübke-Wolff (Fn. 48), 66f.

<sup>271</sup> Dazu Reh binder (Fn. 50), 04/37.

<sup>272</sup> Dazu Britz in: Lange (Hrsg.) Nachhaltigkeit im Recht, 2003, 145, 165ff.; Koch/Wieneke (Fn. 144), 1089ff.

<sup>273</sup> Vgl. § 6 Abs. 1, 2 StrSchV, dazu Bender/Sparwasser/Engel Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 9 Rn. 243; § 7 S. 3 BBodSchG; § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 EnEG; s. auch Ziff. 5. 2. 7. TA Luft 2002 für schwer abbaubare und leicht anreicherbare organische Stoffe und §§ 1, 4 Abs. 1 Nr. 1 KrW-/AbfG; zum künftigen EG-Chemikalienrecht mit seinem Ziel der Substitution gefährlicher durch weniger gefährlicher Stoffe Köck in: Rengeling (Fn. 160), 21f.; C. Calliess (Fn. 53), 57ff.

<sup>274</sup> Dazu allgemein Beaucamp (Fn. 148), 327ff.; Lübke-Wolff Modernisierung des Umweltordnungsrechts, 1996, 115ff.; Jörissen (Fn. 171), 7ff.; Wolf in: Roßnagel/Neuser (Fn. 21), 57, 72ff.

<sup>275</sup> Dazu Steinberg (Fn. 13), 157ff.; Kirchgässer in: Grimm (Fn. 47), 453, 448ff.; Lübke-Wolff (Fn. 274), 105ff.; zur Weiterentwicklung der derzeitigen Öko-Steuer vgl. Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 461ff.

dukte,<sup>276</sup> die Verpflichtung zur abfallarmen Produktgestaltung<sup>277</sup> und die Zusammenfassung dieser und anderer Instrumente zu einer integrierten Produktpolitik.<sup>278</sup> Diese zielt auf eine Stoffstromsteuerung, die zur Reduktion von Stoffverlusten, zur Verlangsamung von Stoffströmen und dadurch zur generellen Minderung der Risikofaktoren zivilisatorischer Umweltnutzung beiträgt.<sup>279</sup>

### (3) Die Risikohaftung

Auch das Haftungsrecht wirkt präventiv auf das Produktdesign ein.<sup>280</sup> Vor allem Beispiele aus den USA zeigen allerdings, dass hohe Haftungsrisiken auch zu erheblichen Wettbewerbsbelastungen beitragen und innovationshemmend wirken.<sup>281</sup> Risikominimierende Funktion kann das Haftungsrecht ohnehin nur übernehmen, soweit der Eintritt eines Haftungstatbestandes bei der unternehmerischen Entscheidung antizipiert und vermieden werden kann.<sup>282</sup> Deshalb liegt die Begrenzung der Haftung auf solche Risikoquellen nahe, die bei zumutbarer Risikoforschung

<sup>276</sup> Dazu *Rehbinder/Schmihing* Ökobilanzen als Instrumente des Umweltschutzes, 2000, 98 ff.; ferner Umweltbundesamt (Hrsg.) UGB-AT, 1992, UGB-BT, 1994, §§ 10 Abs. 1, 464 ProfE-UGB; Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.) Umweltgesetzbuch – Entwurf der unabhängigen Sachverständigenkommission, § 191 UGB-KomE.

<sup>277</sup> Dazu § 22 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG und die Grundsätze der Abfallvermeidung und der abfallarmen Produktgestaltung gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 KrW-/AbfG, die auch auf den Verbrauch von Materialien für die Produktgestaltung zurückwirken; dazu *Beaucamp* (Fn. 148), 364 ff.

<sup>278</sup> Grünbuch der Europäischen Kommission zur Integrierten Produktpolitik, KOM (2001), 68 endgültig; Mitteilung der Kommission an den Rat und das europäische Parlament, Integrierte Produktpolitik KOM (2003) 302 endgültig; dazu Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 64\* ff., 379 ff.; *Jörissen* (Fn. 171), 7 f.

<sup>279</sup> Dazu *Beaucamp* (Fn. 148), 327 ff., 330; ferner die Beiträge in: Führ (Hrsg.) Stoffstromsteuerung durch Produktregulierung, 2000; zu den damit verbundenen Erhebungs- und Abwägungsproblemen etwa *Lübbe-Wolff* (Fn. 274), 119 f.; *Brandt/Rückreisen* Konzeption für ein Stoffstromrecht, 2000; *Zundel/Bunke/Schramm/Steinfeldt* ZfU 1998, 317 ff.; Zwischenbericht Enquete-Kommission „Schutz des Menschen und der Umwelt“, BT-Drs. 12/5812, 18 ff., 133 ff. sowie die Beiträge in *Brickwedde* (Hrsg.) Stoffstrommanagement – Herausforderungen für eine nachhaltige Entwicklung, 1999.

<sup>280</sup> Dazu *Damm* in *Bora* (Fn. 26), 93, 117; *Salje* in: Schulte (Fn. 3), 73, 86 f.; *Endres* in: *ders./Rehbinder/Schwarze*, Haftung und Versicherung für Umweltschäden aus ökonomischer und juristischer Sicht, 1992, 1, 4 ff.; *Rehbinder* ebd., 34, 54 ff.; skeptisch etwa *Marburger* AcP 192 (1992), 1 ff.; *Hapke* (Fn. 208), 55 ff., dazu auch bereits oben IV.2.b).

<sup>281</sup> *Viscuse/Moore* Journal of Political Economy 101 (1993), 161 ff.; *Morrow* (Fn. 44), 26 f.; der Mittelweg dürfte in einer angemessenen Bemessung von Haftungshöchstgrenzen liegen vgl. *Hapke/Japp* (Fn. 105), 157 f.

<sup>282</sup> *Hapke* (Fn. 208), 56 ff.

des Betreibers hätten erkannt und ausgeschaltet werden können.<sup>283</sup> In diesem Sinne machen das ProdHaftG<sup>284</sup> und der Richtlinienentwurf zur Umwelthaftung<sup>285</sup> den vorgesehenen Ausgleich für Schäden aus Entwicklungsrisiken vom Verschulden des Herstellers abhängig.<sup>286</sup> Mehr noch als dessen Verurteilung wirkt präventiv allerdings die mit dem Haftungsprozess verbundene negative Publizität.

#### (4) Die Risikokommunikation

Das verweist auf ein letztes Mittel präventiver Risikosteuerung: die Information. Risikobewusste Entscheidungen bedürfen einer verlässlichen informationellen Grundlage, die sich marktförmig nicht sicher herstellen lässt.<sup>287</sup> Zur Gewährleistung einer „ökologischen Markttransparenz“<sup>288</sup> eignen sich neben punktuellen behördlichen Eigenhandeln in Warnungen und Empfehlungen<sup>289</sup> deshalb vor allem Anreize und Pflichten zur unternehmerischen Verbraucheraufklärung, etwa durch das Angebot der Nutzung zertifizierter Umweltzeichen oder durch produktbezogene Informations- und Kennzeichnungspflichten.<sup>290</sup>

Das Wissen um Ressourcenverbrauch und Abfallmengen wirkt freilich motivatorisch nur, wenn sich daran für die Verbraucher ein erkennbarer

<sup>283</sup> Näher *Kötz/Wagner* (Fn. 143), Rn. 131 ff.; *Endres* (Fn. 280), 8, 29; *Ekardt/Manger/Neuser/Pottschmidt/Rofnagel/Rust* (Fn. 76), 170 ff.

<sup>284</sup> Vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG; dazu *Vieweg* in: Schulte (Fn. 3), 329, 365 ff.

<sup>285</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 1 c, d, Abs. 2 Entwurf der Richtlinie zur Umwelthaftung, KOM (2002) 17 endgültig.

<sup>286</sup> Zum Streit um die Angemessenheit der Gefährdungshaftung für Entwicklungsrisiken *Niklisch* in: Jayne/Laufs/Misera/Reichart/Serick (Hrsg.) FS Niederländer, 1991, 341, 342 ff.; *Hapke* (Fn. 208), 75 ff.; offenbar werden Entwicklungsrisiken heute von der Industrie für so unwahrscheinlich gehalten, dass Vorkehrungen dagegen als unvertretbar kostenintensiv gelten, vgl. *Hapke/Japp* (Fn. 105), 74 f.

<sup>287</sup> *Krücken* in: Hiller/Krücken (Fn. 26), 116, 140 f.; *Kahl* (Fn. 54), 1114 ff.

<sup>288</sup> Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 17\* ff., 75 ff.

<sup>289</sup> Dazu BVerfGE 105, 252 ff. (Glykol) und 279 ff. (Osho); dazu zu Recht kritisch *Huber* JZ 2003, 290 ff.; *Murswiek* NVwZ 2003, 1 ff.; s. ferner *Stoll* (Fn. 50), 287 ff.; *Erichsen* Zur Umsetzung der Richtlinie des Rates über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, 1992, 124 ff.

<sup>290</sup> Allgemein Sachverständigenrat (Fn. 22), Tz. 17\* ff., 75 ff., 381; zu den zivilrechtlichen Informationspflichten *Möllers* Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, 291 ff., 370 ff., 385 f.; zu Warnhinweisen auf Zigarettenpackungen BVerfG NJW 1997, 2871, 2872; zum EU-Umweltzeichen *Sobczak* (Fn. 171), 126 ff.; zur EG-Energieetikettierung RL 92/75/EWG v. 22. 9. 1992 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch Haushaltsgeräte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen, ABl. L 297/16.

Nutzen knüpft.<sup>291</sup> Diesen darzustellen ist eine der Aufgaben der Risikokommunikation.<sup>292</sup> Sie vollzieht sich nicht zuletzt durch die politisch-administrative Entwicklung und Verbreitung von Leitbildern.<sup>293</sup>

Dabei handelt es sich um langfristige Ziele und Visionen der Risikopolitik wie die „Nachhaltigkeit der Ressourcennutzung“,<sup>294</sup> die „grüne Landwirtschaft“ oder das „3-Liter-Auto“, die weitgehend konsentrierte kollektive Interessen in einer öffentlich wahrnehmbaren Weise verkörpern und im Rahmen der Regelorientierung menschlichen Verhaltens maßstabbildend auf die individuelle und organisationelle Selbststeuerung wirken.<sup>295</sup> Sie verkörpern Ideen, aus denen die Inspiration zu gemeinschaftsverträglichen Innovationen erwächst<sup>296</sup> und die Bereitschaft, die Risiken dieser Innovationen zu akzeptieren.

## V. Ausblick: Rechtliche Ungewissheitsbewältigung und ihre Rückwirkungen auf das Recht

Der Umgang mit dem Risiko ist auch für das Recht selbst riskant. Die Ungewissheit seines Regelungsgegenstandes wirkt in funktionaler, methodischer, theoretischer, dogmatischer und vollzugspraktischer Hinsicht auf das Recht zurück.

Funktional muss sich das Recht, statt Erwartungssicherheit zu vermitteln,<sup>297</sup> um das Offenhalten von Handlungsoptionen und um Lernfähigkeit bemühen. Es kann der gesellschaftlichen Regelorientierung vielfach

---

<sup>291</sup> Vgl. *Minsch/Eberle/Meier/Schneidewind* (Fn. 264), 161 ff., nach deren Analyse vor allem die unvollkommene Wahrnehmung des Nutzens risikominimierender Innovationen deren Durchsetzung behindert.

<sup>292</sup> Dazu die Vorschläge der Risikokommission, Abschlussbericht (Fn. 52), 53 ff., 57; ferner *Kloepfer/Wimmer* UPR 1993, 409, 414; Sachverständigenrat, Sondergutachten (Fn. 52), Tz. 20\* ff., 112 ff.

<sup>293</sup> Dazu *Dierkes/Canzler* in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 65), 66 ff.; *Dierkes/Hoffmann/Marz* Leitbild und Technik, 1992, 15 ff., 153 ff.; *Karstens* in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 138), 50 ff.; *Baer* in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft (im Erscheinen), MS, 13 ff.

<sup>294</sup> Dazu *Kahl* in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.) Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, 111, 148.

<sup>295</sup> Sie setzen dazu eine langfristig angelegte und richtungsstabil umgesetzte Risikopolitik voraus, dazu Umweltbundesamt (Fn. 139), 356 ff.

<sup>296</sup> Dazu bereits oben III.2.c).

<sup>297</sup> Zu dieser Aufgabe des Rechts etwa *Luhmann* Das Recht der Gesellschaft, 1993, 131 f.; *Hiller* Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft, 1993, 60 f.; *Nocke* JSRpol 1990, 123, 133 f.



keine konkreten Prämissen mehr bieten, sondern muss sich auf *mehrfach* anschlussfähige Vorgaben beschränken. Insoweit überträgt es Mitverantwortung an seine Adressaten und übernimmt eine influenzierende und edukatorische Funktion.<sup>298</sup>

Methodisch wird das Recht unter Ungewissheit reflexiv. Soweit die Folgen einer (Fehl-)Entscheidung vom Gesetzgeber nicht bereits abschliessend verarbeitet sind, bedarf es einer Entscheidungsfolgenabschätzung durch die Verwaltung. Wenn diese dabei über temporäre Maßnahmen anhand langfristiger Sicherheitskonzepte entscheidet, kommt der *Kohärenz* des Entscheidungszusammenhangs maßgebende Bedeutung zu.<sup>299</sup>

(Steuerungs-)Theoretisch muss das Recht das Risikowissen, das Handlungspotential und die Kontextbindungen der marktförmigen, professionellen, normungstechnischen, wissenschaftlichen und personalen Selbststeuerung integrieren. Es wird damit responsiv und eröffnet den Raum für die Entfaltung von Innovationen.

Dogmatisch müssen die auf stabile Zurechnungen angewiesenen Institute des Übermaß- und Untermaßverbots in eine Abwägungsregel unter Ungewissheit transformiert werden. Zugleich wandelt sich der Gesetzesvorbehalt von einem Prinzip begrenzter Eingriffsermächtigung zu einem Gebot normativer Qualitätssicherung durch inhaltliche, prozedurale und organisationelle Steuerung.<sup>300</sup> Damit gibt das Recht die Forderung nach „fest begrenzten Befugnissen der Verwaltung“<sup>301</sup> auf.<sup>302</sup> Zugleich wird die gerichtliche Kontrolle der Risikoentscheidung auch als „gebundene Entscheidung“ funktionellrechtlich relativiert.

Dadurch vermindert sich bei Ungewissheit die Entlastungsfunktion des Rechts und steigert sich der politische Bewertungs- und Gestaltungsbedarf. Das erhöht die Anforderungen an die Beurteilungskompetenz und die Verantwortungsfähigkeit der öffentlichen und privaten Entscheidungsträger.<sup>303</sup>

Im Recht wird die Risikogesellschaft damit trotz aller Reduktion, Prävention und Reflexion „auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit“<sup>304</sup>

---

<sup>298</sup> Zur edukativen Funktion des Rechts auch *Scherzberg* (Fn. 80), 43 f.

<sup>299</sup> Zur Methodendiskussion insoweit *Röhl* Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, 605 ff.; *Hoffmann-Riem* ZfRSoz 2001, 3, 13; für Risikoentscheidungen etwa *Di Fabio* (Fn. 48), 573.

<sup>300</sup> Dazu *Di Fabio* (Fn. 62), 465 f.; zurückhaltend *Wahl/Appel* (Fn. 23), 115 f.

<sup>301</sup> *Anschütz* in: Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl. 1905, 27.

<sup>302</sup> *Scherzberg* (Fn. 47), 157.

<sup>303</sup> Dazu bereits *Scherzberg* in: Engel/Halfmann/Schulte (Fn. 14), 113, 143 f.

<sup>304</sup> Fischer (Hrsg.) Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 1991.

nicht fündig.<sup>305</sup> Das Recht kann nur ihren Umgang mit der Ungewissheit strukturieren. Weitergehende Sicherheit findet die Gesellschaft nur in sich selbst. Denn Risiko ist ein Konstrukt. Man muss es nicht als seinen Beobachtungsstandpunkt wählen.

---

<sup>305</sup> Scherzberg in: Engel/Halfmann/Schulte (Fn. 14), 113, 142f.

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

## **Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen**

### *I. Der Ausgangsbefund: das Phänomen des Risikos*

*1. Die moderne Gesellschaft steigert mit ihrem wissens- und technikbasierten Handlungspotential zugleich Sicherheit und Ungewissheit. Das Konzept von Risiko und Chance gibt dieser Entwicklung Ausdruck. Es soll Entscheidungsrationaltat unter Ungewissheitsbedingungen herstellen.*

*2. Dabei tritt das Risiko dem Recht in zwei Erscheinungsformen entgegen: als Schadenspotential in der von ihm regulierten Umwelt und als mögliche Irrtumskosten der rechtlichen Regulierung selbst.*

### *II. Begriff und Theorie des Risikos*

*3. Für die Zwecke rechtlicher Risikoverarbeitung sind deshalb zwei Risikobegriffe erforderlich. Das Risiko erster Ordnung bezeichnet den Erwartungswert eines Schadens, das Risiko zweiter Ordnung die Folgen seiner Fehleinschätzung.*

*4. Zur Bewältigung moderner Technikfolgen muss das Recht von einer erfahrungsbasierten auf eine ungewissheitsbasierte Strategie normativer Zukunftsbewaltigung übergehen und im Rahmen der Vorsorge „alle vertretbaren Erkenntnisse“ und auch „nur theoretische Überlegungen“ in die Risikokalkulation einbeziehen. Je weiter es sich damit in die Ungewissheit hinein ausweitet, desto größer wird die Möglichkeit der Fehleinschätzung und Fehlsteuerung und damit das Risiko zweiter Ordnung.*

*5. Um ihm zu begegnen, wird rechtliche Risikosteuerung reflexiv. Neben den vermuteten Auswirkungen einer Technikanwendung berücksichtigt sie auch die Ungewissheit und die möglichen Irrtumskosten der rechtlichen Regulierung. Das Wissen um das Nichtwissen kann dabei den Übergang auf Instrumente der Risikosteuerung nahe legen, die auf der Grundlage geringerer Erkenntnissicherheit Erfolg versprechen. Hohe Irrtumskosten werden regelmäßig die Grenze der Vorsorge unter Ungewissheit indizieren: Restrisiko ist dasjenige Risiko, bei dem die Risiken der Risikosteuerung überwiegen.*

### III. Reflexive Risikosteuerung: Theoretische Grundlagen und Wirkungsbezüge

6. Wird das Recht reflexiv, wird die Rechtswissenschaft zur Steuerungswissenschaft. Als solche macht sie erkennbar, dass das Recht unter bestimmten Bedingungen Wirkungen erzeugt, die der Absicht seiner Setzung zuwiderlaufen.

7. Der Ausübung staatlicher Zwangsgewalt sind gerade im Bereich der Ungewissheit neben rechtsstaatlichen auch funktionale Grenzen gesetzt. Risikosteuerung ist deshalb nicht als zwangsweise Fremdbestimmung, sondern als kommunikative Einwirkung auf die Selbstbestimmung ihrer Adressaten zu konzipieren.

8. Sie kann sich dabei auf die Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaften stützen. Danach steht neben der Nutzenmaximierung die Regelerorientierung als weitere Form menschlicher Entscheidungsrationalität. Daran kann das Recht anknüpfen. Es muss dazu allerdings die Abhängigkeit der Regelungsadressaten von sozialer Akzeptanz, wirtschaftlichem Erfolg und langfristigen Planungshorizonten in Rechnung stellen. Erfolgreiche Risikosteuerung ist deshalb „responsive Regulierung“.

9. Risikosteuerung beginnt mit der Risikokonstitution. Diese darf das Recht nicht in vollem Umfang an die Risikoforschung delegieren, sondern muss die naturwissenschaftliche Realanalyse mit ihren Konventionen an rechtlich spezifizierten Schutzziele zurückbinden und den Umgang mit der Abschätzungsunsicherheit standardisieren.

10. In die Risikobewertung und die Entscheidung über die Akzeptabilität des Risikos fließen die von der Psychologie aufgedeckten individuellen und kollektiven Muster der Verarbeitung von Ungewissheit ein. Überdies bedarf es eines Vergleichs der Folgen der in Betracht kommenden Maßnahmen der Risikosteuerung. Dieser Risikovergleich verkörpert die Rationalität der Risikoabwägung und in seiner Komplexität auch deren Grenzen.

11. Risikosteuerung darf weder Ungewissheit verdrängen noch Erfahrungsgewinn vermeiden, sondern muss darauf zielen, die gesellschaftliche Handlungsfähigkeit im Umgang mit dem Risiko insgesamt zu erhöhen.

12. Sie ist im Kontext von Innovation deshalb so zu konzipieren, dass sich Regulierung und technischer Innovationsprozess wechselseitig stärken. Dazu muss das Recht langfristige Sicherheitserwartungen an Wirtschaft und Technik formulieren und die Verfahren und Instrumente der konkreten Regulierung so ausgestalten, dass sie neues Wissen flexibel integrieren.

13. Sie kann damit Innovationen anregen und in eine gewünschte Richtung lenken, wenn der rechtlich erzeugte Innovationsdruck in geeigneter Weise auf die Innovationsfähigkeit und die verfügbaren Ressourcen der Akteure abgestimmt ist. Das gelingt nach den Vorschlägen der Innovationsökonomie durch einen Mix aus ökonomischen und ordnungsrechtlichen Instrumenten.

*Ökonomische Vermeidungsanreize erlauben eine flexible Selbststeuerung. Ordnungsrechtliche Vorgaben geben langfristige Orientierung und können durch angemessen anspruchsvolle Zulassungserfordernisse zur Bildung eines „führenden Marktes“ beitragen.*

#### *IV. Das Recht der reflexiven Risikosteuerung*

*14. Weite Teile des Risikoverwaltungsrechts sind heute mittelbar oder unmittelbar gemeinschaftsrechtlich geprägt. Kennzeichnend für die gemeinschaftsrechtliche Vorsorge sind neben materiellen Vorgaben vor allem die Prozeduralisierung der Risikosteuerung, die Harmonisierung der technischen Normung, die zunehmende Übertragung von Koordinations- und Durchführungsbefugnissen an die Kommission und die Beteiligung europäischer Behörden an der Risikoabschätzung.*

*15. Das Grundgesetz verpflichtet zur Definition und Durchsetzung angemessener Einwirkungsgrenzen auf individuelle und kollektive Güter und zur Sicherung eines größtmöglichen Rahmens wirtschaftlicher Entfaltung. Die danach geforderte Vorsorge umfasst alle Fälle wissenschaftlich begründeter Besorgnis. Bei Ungewissheit führt der Verweis auf die Wissenschaft indes ins Leere. Deshalb ist der Staat bei der Eröffnung eines Risikos zur Gewährleistung weiterer Wissensgenerierung verpflichtet. Grundrechtliche Schutzpflichten gestatten die Begründung eines (Rest)Risikos nur, soweit und solange die Risiken der Risikoreduktion überwiegen.*

*16. Der Präventionsstaat, dem Art. 20 a GG die Verantwortung für die natürlichen Lebensgrundlagen überträgt, muss auch jene alltäglichen Beanspruchungen der Umweltgüter problematisieren, deren Summations- und Fernwirkungen die Regenerationsfähigkeit des Naturhaushalts erst in der weiteren Zukunft bedrohen. Ihm obliegt deshalb auch die „Zukunftsvorsorge“ gegenüber heute noch unbekanntem Eventualitäten.*

*17. Die grundrechtlichen Übermaß- und Untermaßverbote sind unter Ungewissheitsbedingungen kaum operabel. Ihre materiellen Unterschiede werden durch den funktionalen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für Prognosen und Wertentscheidungen überlagert. Für die „Wirkungstiefe“ verfassungsrechtlicher Anforderungen ist es deshalb im Ergebnis unerheblich, ob eine Regelung das Risiko für ein Grundrechtsgut durch Eingriff erhöht oder durch Schutzgewährung mindert.*

*18. Bei seiner Mittelwahl ist der Gesetzgeber „weder auf marktferne ordnungsrechtliche noch auf marktkonforme ‚ökonomische‘ Instrumente beschränkt“. Rechtsgüterschutz lässt sich aber nicht auf finanzielle Kompensation reduzieren. Grundrechtliche Schutzaufträge sind deshalb durch die Begründung von Haftungs- und Versicherungspflichten allein nicht erfüllbar.*

19. Soweit die mangelnde Regelungsreife der Materie und der Zwang zur Dynamisierung der Vorsorge einer inhaltlichen Maßstabbildung entgegenstehen, ist die Erreichung verfassungsrechtlicher Schutzziele prozedural zu gewährleisten. Dazu gehören die Standardisierung der bisher unregulierten Verfahren der Risikoabschätzung sowie die Gewährleistung einer fortlaufenden Evaluation des Steuerungserfolgs.

20. Die Komplexität europarechtlicher Vorsorgeanforderungen, verfassungsrechtlicher Schutzpflichten und umweltstaatlicher Verantwortung lässt sich auf zwei Aufgabenbereiche des Risikoverwaltungsrechts zurückführen: Risikoreduktion bei hinreichend bekannten und Risikoprävention bei unbekanntem oder nur vermuteten Risiken.

21. Zur Risikoreduktion wird in den Tatbeständen von Gefahrenabwehr und Vorsorge die Grenze der Belastbarkeit der betroffenen Güter definiert und über die Vermeidbarkeit ihrer Beeinträchtigung entschieden. Unter Ungewissheit lässt sich die Risikosteuerung dabei gesetzlich freilich nur in beschränktem Umfang determinieren und wird die Maßstabbildung regelmäßig auf wissensgenerierende administrative Verfahren verlagert.

22. Prozedurale Rationalität zielt insoweit darauf, im Verfahren der Normkonkretisierung und -umsetzung rechtliche, verwaltungspolitische, betriebliche, professionelle, wissenschaftlich-technische und soziale Perspektiven in optimaler Weise zu entfalten. Sowohl bei der Anknüpfung an technische Standards als auch bei der Verwertung der Ergebnisse wissenschaftlicher Risikoabschätzung bedarf es dabei einer „steuernden Rezeption“. Soziale Risikokompetenz kann um so eher eingebunden werden, je mehr die Verfahren als Prozess sozialer Verständigung ausgestaltet sind und über die formalisierten Abläufe von Anhörung und Erörterung hinausgehende persönliche Interaktionen erlauben.

23. Fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Beweislastverteilung, kann abhängig vom Schutzzweck der Norm zu berücksichtigen sein, dass hohe Anforderungen an die Beweisführung vor allem bei unbekanntem Stoffen als negativer Anreiz für Risikoforschung und Innovation wirken. Die beiderseitige Wissensgenerierung wird gefördert, wenn dem Risikoverursacher auferlegt wird, diejenigen Schädlichkeitshypothesen zu falsifizieren, für die die Behörde begründete Anzeichen vorbringt.

24. Soll gesichert werden, dass rechtliche Risikosteuerung im Einzelfall „more good than harm“ bewirkt, kann dies vor dem Hintergrund der Lückenhaftigkeit des Risikowissens nicht quantitativ berechnet, sondern nur qualitativ entschieden werden. Vorsorgeziel und Gleichheitssatz verpflichten insoweit auf Kohärenz. Kohärenz verknüpft langfristige Zielbestimmung mit kurzfristiger Mittelwahl und verlangt dazu eine in Konzepten formalisierte oder in Einzelentscheidungen fortgebildete administrative „Risikopolitik“. Bei hoher Abschätzungsgewissheit wird sich die Abwägung im übrigen nach dem

*Muster der einstweiligen Anordnung im Verfassungsprozess durch Vergleich der Irrtumskosten der in Betracht kommenden Entscheidungsalternativen vollziehen.*

25. *Noch stärker als bei der Entscheidungsfindung kommt es bei der Umsetzung der Risikoentscheidung zu einer „Verantwortungsteilung“ zwischen öffentlicher Steuerung und privatwirtschaftlicher Selbstregulierung. Die Risikovorsorge ist dabei freilich dynamisiert. Belange des Vertrauensschutzes und der Investitionssicherheit werden durch den sozialen Bezug der Betätigung relativiert.*

26. *Präventive Risikosteuerung ist Zukunftsvorsorge mit „offenem Suchhorizont“ und zielt auf die Minimierung des (noch) unspezifischen Risikopotentials umwelt- und gesundheitsrelevanter Aktivitäten. Sie gründet in der Auftragsdimension des Art. 20 a GG. Geeignete Instrumente sind ein generelles „ökologisches Erforderlichkeitsgebot“, ein allgemeines Stoff- und Energiestrommanagement, das Haftungsrecht sowie die Risikokommunikation. Neben der Gewährleistung „ökologischer Markttransparenz“ ist dabei eine politische Verständigung auf risikobezogene Leitbilder weiterführend. Diese verkörpern Ideen, aus denen die Inspiration zu gemeinschaftsverträglichen Innovationen erwächst und die Bereitschaft, die Risiken der Risikosteuerung zu akzeptieren.*

#### *V. Ausblick: Rechtliche Ungewissheitsbewältigung und ihre Rückwirkungen auf das Recht*

27. *Der Umgang mit dem Risiko ist auch für das Recht selbst riskant. Die Ungewissheit seines Gegenstandes wirkt in funktionaler, methodischer, theoretischer, dogmatischer und vollzugspraktischer Hinsicht auf das Recht zurück. Es kann bei unsicherer Tatsachenentwicklung nicht Erwartungssicherheit vermitteln, sondern nur den Umgang mit der Ungewissheit strukturieren. Im Recht wird die Risikogesellschaft „auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit“ trotz aller Reduktion, Prävention und Reflexion deshalb letztlich nicht fündig.*

Dritter Beratungsgegenstand:

**Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht:  
Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?**

2. Bericht von Prof. Dr. *Oliver Lepsius*, Bayreuth

Inhalt

|  | Seite |
|--|-------|
| I. Risiko als Zurechnungsproblem: Schadenswahrscheinlichkeit oder Schadensmöglichkeit? . . . . . | 266   |
| 1. Risikobegriffe in der Rechtswissenschaft . . . . .  | 267   |
| a) Dreistufenmodell: Abgrenzung nach Wahrscheinlichkeit . . . . .                                | 268   |
| b) Zweistufenmodell: Abgrenzung nach Möglichkeit . . . . .                                       | 269   |
| 2. Risikobegriffe in der Gesetzgebung . . . . .  | 271   |
| a) Der Wandel vom wahrscheinlichen zum möglichen Schaden im deutschen Recht . . . . .            | 272   |
| b) Die Rückkehr zum wahrscheinlichen Schaden im Europarecht . . . . .                            | 273   |
| c) Auswirkung auf das Verständnis des Vorsorgeprinzips . . . . .                                 | 275   |
| II. Risiko als ungewisse Möglichkeit . . . . .   | 277   |
| 1. Verhalten statt Technik als Regelungsgegenstand . . . . .                                     | 278   |
| 2. Subjektive statt objektiver Erkennbarkeit technischer Ungewissheit . . . . .                  | 279   |
| 3. Experimente und flexibles Erfahrungswissen . . . . .  | 282   |
| III. Die Entindividualisierung der Zurechnung . . . . .  | 283   |
| 1. Risiko als Naturalisierung und Vergesellschaftung der Zurechnung . . . . .                    | 283   |
| 2. Rezeption sozialwissenschaftlicher Problemwahrnehmungen . . . . .                             | 286   |
| 3. Rückkehr zu individualisierenden Zurechnungen als soziale Leistung des Rechts . . . . .       | 289   |
| IV. Risiko als ungewisse Wahrscheinlichkeit . . . . .  | 290   |
| 1. Relations- und Selektionsbedürftigkeit . . . . .  | 291   |
| 2. Normative Nachverdichtung der offenen Relationierung des Gefahrenbegriffs . . . . .           | 293   |



|  |     |
|--|-----|
| 3. Instrumentelle Umsetzung auf der Ebene des einfachen Rechts . . . . .               | 295 |
| a) Adressatentypisierung, Handlungstypisierung, Erfolgstypisierung . . . . .           | 295 |
| b) Instrumentenvielfalt . . . . .  | 295 |
| c) Unzweckmäßige Relationierungen . . . . .  | 298 |
| 4. Institutionelle Umsetzung auf der Ebene des Verfassungsrechts . . . . .             | 300 |
| a) Umsetzung als juristische Rationalität individuell-konkreter Rechtsetzung . . . . . | 301 |
| b) Umsetzung als politische Rationalität abstrakt-genereller Rechtsetzung . . . . .    | 303 |
| V. Der Mensch als Risiko? . . . . .  | 307 |

## I. Risiko als Zurechnungsproblem: Schadenswahrscheinlichkeit oder Schadensmöglichkeit?

Risiko stellt das Recht vor ein prinzipielles Problem: Gefahren werden nicht mehr individuell zugerechnet, sondern kollektiviert. Sie sind nicht mehr Ergebnisse von Handlungen, sondern von sozialen, technischen oder kognitiven Prozessen. Solange Risiken individuell zu verantworten sind, stellen sie kein besonderes, sondern bloß ein Alltagsproblem der Rechtsordnung dar.<sup>1</sup> Das Risiko im Straßenverkehr ist groß. Gleichwohl verursacht es kein prinzipielles Rechtsproblem, solange es individuell zu-rechenbar bleibt. Der Mensch lernt mit Risiken umzugehen. Dabei hilft ihm die faktische Erfahrungssicherheit des Lebens und die normative Erwartungssicherheit des Rechts. Risiken sind intendierte Folgen subjektiver Verhaltensentscheidungen.<sup>2</sup> Hätten menschliche Entscheidungen keine ungewissen Folgen, wäre der Mensch in seinen Entscheidungen nicht frei. Risiken sind die Kehrseite der Freiheit.

Die Ungewissheit einer Entscheidungssituation<sup>3</sup> ist daher keine Herausforderung moderner Technologien des ausgehenden 20. Jahrhunderts,<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Dass individuelle Risiken als prinzipiell beherrschbar und erkennbar angesehen werden, zeigt im Umkehrschluss die Abgrenzung der hinreichenden Wahrscheinlichkeit beim polizeirechtlichen Gefahrenbegriff. „Hinreichend wahrscheinlich“ kann der Schadenseintritt erst sein, wenn er das allgemeine Lebensrisiko überschreitet. Dann ist das Risiko nicht mehr sozialadäquat, so dass von einer polizeirechtlichen Gefahr gesprochen wird; vgl. C. Gusy Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 109. Vgl. auch die Schilderung kollektiver Gefahren als Risiken durch W. Hassemer Polizei im Rechtsstaat, FS Mangakis, 1999, 621, 628.

<sup>2</sup> Vgl. R. Castel Von der Gefährlichkeit zum Risiko, in: M. M. Wambach (Hrsg.) Der Mensch als Risiko, 1983, 51, 59, 61; E. Riehle Sicherheit im Vorfeld des Rechts, ebd., 274, 275, 279. Ähnlich die Differenzierung von K. P. Japp Soziologische Risikotheorie, 1996, 61, 68: Risiko besteht in der Selbstzurechnung von Schäden in Differenz zur Gefahr als Fremdzurechnung von Schäden; sowie N. Luhmann Soziologie des Risikos, 1991, 30f., 117: Risiken sind Schäden, die durch Entscheidungen verursacht werden, Gefahren sind extern veranlasste Schäden der Umwelt. Dieser Unterscheidung schließt sich die juristische Literatur zum Risikoproblem, auch wenn sie systemtheoretisch inspiriert ist, jedoch nicht an, vgl. etwa U. Di Fabio Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, 56f.; K.-H. Ladeur Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995, 72ff. Zur Differenz sozialwissenschaftlicher und juristischer Risikoverständnisse C. Prittwitz Strafrecht und Risiko, 1993, 49ff., 115ff.

<sup>3</sup> Dazu schon W. Berg Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, 245ff.; I. Spiecker gen. Döhmman Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, in: J. Lege (Hrsg.) Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und was sollte das Recht regeln?, 2001, 51, 53f.

<sup>4</sup> Zur Regelung technischer Innovationen in rechtshistorischer Perspektive M. Vec Kurze Geschichte des Technikrechts, in: M. Schulte (Hrsg.) Handbuch des Technikrechts, 2003, 3; ders. Technik oder Recht? Steuerungsansprüche in der Zweiten Industriellen Revolution, in: M. Kloepfer (Hrsg.) Kommunikation – Technik – Recht, 2002,

sondern ein altes Erkenntnisproblem.<sup>5</sup> Zu einem Rechtsproblem werden Risiken erst in dem Moment, in dem die Zurechnung entindividualisiert wird.<sup>6</sup> Dann genügen die juristischen Verantwortlichkeiten nicht mehr: Die Umweltverschmutzung lässt sich in weiten Teilen nicht mehr individualisierbaren Handlungen zuordnen, sondern ist ein gesellschaftliches Phänomen. Die Technik als solche kann gefährlich sein, auch wenn der Anlagenbetreiber noch so umsichtig handelt. Wirkungszusammenhänge sprengen individuelle Handlungsbeiträge. Sie sind naturwissenschaftlich komplex und haben grenzüberschreitende und generationenübergreifende Dimensionen. Die Leistung des Risikobegriffs ist es, höchst unterschiedliche Fragestellungen als Problem komplexer Kausalität zu verallgemeinern und als disziplinenübergreifendes Erkenntnisproblem zu formulieren.<sup>7</sup>

### 1. Risikobegriffe in der Rechtswissenschaft

In der Rechtswissenschaft wurde das Zurechnungsproblem in erster Linie in Abgrenzung zum Gefahrenbegriff thematisiert. Die Gefahr setzt die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutverletzung voraus, die einem Störer zugerechnet werden kann. Beim Risiko sind alle diese Merkmale ungewiss. Die Rechtsgutverletzung ist ungewiss. Sie kann

---

111; *I. vom Feld* Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser? Dampfkesselüberwachung in Preußen zwischen Fremdsteuerung und Selbststeuerung 1870–1914, in: B. Feldner u.a. (Hrsg.) *Ad Fontes*, 2002, 121; zur Dampfkesselüberwachung auch *R. Wolf*/Der Stand der Technik, 1986, 57–79. Allgemein *M. Kloepfer* (Hrsg.) *Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung*, 2000; *R. Gröschner* Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, 22 ff., 46 ff.; allgemeiner *M. Stolleis* Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, ZNR 11 (1989), 129; zur Selbstnormierung *M. Vec* Aushöhlung des Staates? Selbst-Normierung im Staat der Industriegesellschaft als historisches Problem, RJ 19 (2000), 517; zum Vollzugsmodell *M. Stolleis* Was bedeutet „Normdurchsetzung“ bei Polizeyordnungen der frühen Neuzeit?, FS Landau, 2000, 739. Ein schier unerschöpfliches Quellenreservoir sind die Bände des Archivs für Eisenbahnwesen (1878 ff.): ein frühes Zeugnis interdisziplinärer und rechtsvergleichender Technikforschung.

<sup>5</sup> Vgl. *J. Franklin* The Science of Conjecture. Evidence and Probability before Pascal, 2001, insbes. Kap. 2, 4. Der Mathematiker *Franklin* weist nach, dass die moderne Wahrscheinlichkeitsrechnung tiefe Wurzeln in der mittelalterlichen römisch-kanonischen Rechtswissenschaft und der spanischen Spätscholastik hat.

<sup>6</sup> Ähnlich *U. K. Preuß* Risikoversorge als Staatsaufgabe, in: D. Grimm (Hrsg.) *Staatsaufgaben*, 1994, 523, 527; *K.-H. Ladeur* Risikowissen und Risikoentscheidung, *KritV* 1991, 241, 242; *F.-X. Kaufmann* Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl. 1973, 341 ff. Vgl. auch unten III. 1. (mit Nachweisen Fn. 61).

<sup>7</sup> Vgl. *G. Bechmann* (Hrsg.) *Risiko und Gesellschaft. Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung*, 2. Aufl. 1997; *G. Banse/G. Bechmann* *Interdisziplinäre Risikoforschung*, 1998, mit umfangreichem bibliographischen Anhang.

morgen, in hundert Jahren oder gar nicht eintreten. Weder ist absehbar, welche und wessen Rechtsgüter gefährdet sind, noch welche Wirkungszusammenhänge Ursachenketten auslösen. Daher können auch individualisierbare Störer bei Risiken nicht ohne weiteres ausgemacht werden. Die zeitliche Unumkehrbarkeit<sup>8</sup> und räumliche Beliebigkeit technischer Entwicklungen scheint die Sicherheitstextur des Ordnungsrechts durcheinander zu bringen. Es ist jedoch nicht klar, auf welchen komplexen Ausgangstatbestand der Risikobegriff bezogen werden soll. Hier konkurrieren zwei Grundverständnisse, die entweder auf die Schadenswahrscheinlichkeit oder die Schadensmöglichkeit abstellen.

a) *Dreistufenmodell: Abgrenzung nach Wahrscheinlichkeit*

Das erste Modell versteht Risiko als eine Gefahr mit geringerer Wahrscheinlichkeit und ist von dem Bestreben geprägt, Risiko als Rechtsproblem in die traditionelle Systematik einzuordnen. Es ist in der Auseinandersetzung mit der Kernenergie um 1980 entstanden.<sup>9</sup> Abgrenzungskriterium ist dabei der Grad der Wahrscheinlichkeit.<sup>10</sup> Während für die Gefahr eine hinreichende Wahrscheinlichkeit erforderlich ist, betreffen Risiken eine graduell niedrigere Wahrscheinlichkeit. Im Ergebnis entsteht ein Dreistufenmodell, das Gefahr, Risiko und Restrisiko nach Wahrscheinlichkeitsgraden unterscheidet.<sup>11</sup> Dies gelingt im Hinblick auf das Restrisiko:

<sup>8</sup> P. Hiller *Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft. Risiko und Zeitorientierung in rechtsförmigen Verwaltungsentscheidungen*, 1993, 45ff.: „Zukunftsorientierung des Risikos – Vergangenheitsorientierung des Rechts“. Diese Perspektive konzentriert sich einseitig auf die Rechtsanwendung und vernachlässigt die Rechtsetzung. Demgegenüber die Gesetzgebung als klassisches juristisches Instrumentarium zeitübergreifender Regelungen begreifend H. Schulze-Fielitz *Zeitoffene Gesetzgebung*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, 139, 151ff., 183ff.

<sup>9</sup> BVerfGE 49, 89, 137–143; 53, 30, 59; R. Breuer *Gefahrenabwehr und Risikovororge im Atomrecht*, DVBl 1978, 829, 835f.; ders. *Anlagensicherheit und Störfälle – Vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionsschutzrecht*, NVwZ 1990, 211, 213; B. Bender *Gefahrenabwehr und Risikovororge als Gegenstand nukleartechnischer Sicherheitsrechts*, NJW 1979, 1425; R. Steinberg *Atomrechtliche Schadensvorsorge und „Restrisiko“*, in: H.-P. Schneider/ders. *Schadensvorsorge im Atomrecht*, 1991, 9, 13ff.

<sup>10</sup> A. Reich *Gefahr – Risiko – Restrisiko*, 1989, 75ff.

<sup>11</sup> Vgl. D. Rauschnig *Staatsaufgabe Umweltschutz*, VVDStRL 38 (1980), 167, 192f.; R. Wolf *Technik* (Fn. 4), 290ff.; F. Ossenbühl *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz*, NVwZ 1986, 161, 162f.; M. Ronellenfitsch *Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht*, DVBl 1989, 851, 859; J. Ipsen *Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht*, VVDStRL 48 (1990), 177, 186f.; R. Wahl/I. Appel *Prävention und Vorsorge*, in: R. Wahl (Hrsg.) *Prävention und Vorsorge*, 1995, 1, 84ff.; E. Rehlinger *Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente*, in: J. Salzwedel u.a.

Als bloße, hypothetische Möglichkeit ist es unwahrscheinlich und daher kein rechtlicher Regelungsgegenstand. Schwierigkeiten bereitet es jedoch, den Bereich des Risikos von der Gefahr über eine graduell abgestufte Wahrscheinlichkeit abzugrenzen.<sup>12</sup> Die Abgrenzung wird nicht tatbestandlich, sondern mit Blick auf die Rechtsfolgen vorgenommen. Risiken lösen keine Maßnahmen der Gefahrenabwehr, sondern nur vorsorgende Minimierungsmaßnahmen aus.<sup>13</sup> Letztlich entscheiden die Rechtsfolgen über die Tatbestandskonkretisierung, ohne dass innerhalb des Wahrscheinlichkeitsurteils eine normative Grenze eingezogen werden kann. Risiko bleibt ein normativ undefinierter Bereich unwahrscheinlicher Gefahren.

b) *Zweistufenmodell: Abgrenzung nach Möglichkeit*

Diesem Mangel hilft der zweite rechtswissenschaftliche Risikobegriff ab. Er dreht das Verhältnis der Kategorien um und erklärt Risiko zum Oberbegriff. Hieraus folgt ein Zweistufenmodell, das ein neues Abgren-

---

(Hrsg.) Grundzüge des Umweltrechts, 2. Aufl. Stand 1997, Teil 04 Rn. 20–26; R. Steinberg Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, 102–104; W. Köck Rationale Risikosteuerung als Aufgabe des Rechts, in: E. Gawel (Hrsg.) Effizienz im Umweltrecht, 2001, 271, 280–283.

<sup>12</sup> Das BVerwG trifft eine Abgrenzung, die das Verhältnis von Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit jedoch nicht klärt, sondern die Regelungserwartung von der Gefahrenabwehr auf die Risikovorsorge ausdehnt. Die Rechtsprechung des 7. Senats prägt die Wahrnehmung bis heute. Vgl. BVerwGE 69, 37, 43: „Vorsorge im Sinne von § 5 Nr. 2 BImSchG ist daher jedenfalls dann geboten, wenn hinreichende Gründe für die Annahme bestehen, daß Immissionen *möglicherweise* zu schädlichen Umwelteinwirkungen führen und damit – auch wenn sich entsprechende Ursachenzusammenhänge im einzelnen noch nicht eindeutig feststellen lassen – ein Gefahrenverdacht besteht.“ (Hervorhebung im Original.) Die Aussage ist insofern in sich widersprüchlich, als ein Gefahrenverdacht eine wahrscheinliche Gefahr voraussetzt und dann nicht auf die pure Möglichkeit bezogen sein kann. Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit vermengend auch derselbe Senat BVerwGE 72, 300, 315: „Vorsorge bedeutet des weiteren, daß bei der Beurteilung von Schadenswahrscheinlichkeiten nicht allein auf das vorhandene ingenieurmäßige Erfahrungswissen zurückgegriffen werden darf, sondern Schutzmaßnahmen auch anhand ‚bloß theoretischer‘ Überlegungen und Berechnungen in Betracht gezogen werden müssen, um Risiken aufgrund noch bestehender Unsicherheiten oder Wissenslücken hinreichend zuverlässig auszuschließen.“ Wenn Gefahren und Risiken praktisch ausgeschlossen sein müssen, wird die Regelungserwartung so weit ausgedehnt, dass eine entsprechende Reduzierung der Kontrolldichte durch das Gericht unvermeidlich ist. Die Entwicklung des „exekutiven Beurteilungsspielraums“ durch das Gericht ist die institutionelle Konsequenz einer ausgedehnten Regelungserwartung auf mögliche Schäden, für die rechtliche Prüfungskriterien entfallen.

<sup>13</sup> Statt vieler R. Wahl Risikobewertung und Risikobewältigung im Lebensmittelrecht, ZLR 1998, 275, 282.

zungskriterium einführt: die Möglichkeit des Schadenseintritts. Danach bleibt die Gefahr auf die Wahrscheinlichkeit begrenzt, während das Risiko auf die Möglichkeit einer Beeinträchtigung bezogen wird.<sup>14</sup> Nun sind zwar Gefahr und Risiko ihrem Anspruch nach geschieden, dafür entsteht ein neues Abgrenzungsproblem zum Restrisiko. Ein prinzipiell hinzunehmendes Restrisiko kann es nicht mehr geben, weil die Grenze des Hinnehmbaren selbst ungewiss ist. Erst durch das Möglichkeitskriterium kann sich der Risikobegriff vom Gefahrenbegriff emanzipieren und eine eigenständige Qualität gewinnen.

Dieser Risikobegriff ist in den 1990er Jahren entstanden<sup>15</sup> und hat sich in der deutschen Literatur inzwischen durchgesetzt.<sup>16</sup> Der Rechtswissen-

<sup>14</sup> Maßstab setzend die Definitionen in *M. Kloepfer/E. Rehbinder/E. Schmidt-Aßmann/P. Kunig* Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 1990, § 2 Abs. 6: „Umweltrisiko im Sinne dieses Gesetzes ist die Möglichkeit des Eintritts einer Umweltbeeinträchtigung, soweit sie nicht aufgrund praktischer Vernunft ausgeschlossen erscheint. Umweltgefahr ist dasjenige Umweltrisiko, welches unter Berücksichtigung des Grades seiner Eintrittswahrscheinlichkeit und des möglichen Schadensumfanges nicht mehr hinnehmbar ist.“ Dazu die Erläuterungen ebd., 119f. in Anlehnung an *D. Murswiek* Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 85, nach dem jede Möglichkeit des Schadenseintritts ein Risiko darstellt. Modifizierte Definitionen enthält der Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission, vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.) Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998, § 2 Nr. 4 und 5 UGB-KomE: „4. Gefahr: die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer erheblichen nachteiligen Einwirkung auf ein Schutzgut dieses Gesetzbuches; je gewichtiger die zu besorgende Einwirkung ist, desto geringer sind die an die Eintrittswahrscheinlichkeit zu stellenden Anforderungen; 5. Risiko: die Möglichkeit des Eintritts einer nicht nur geringfügigen nachteiligen Einwirkung auf ein Schutzgut dieses Gesetzbuches, soweit sie nicht praktisch ausgeschlossen erscheint.“ Dazu Erläuterungen 440–442.

<sup>15</sup> Zur Entwicklungsgeschichte und Neuorientierung um 1990 *R. Wahl* in: *R. Landmann/G. Rohmer/K. Hansmann* (Hrsg.) Umweltrecht, Band IV, 20. Lfg. 1994, § 6 GenTG Rn. 13–31; *K.-H. Ladeur* Risiko und Recht. Von der Rezeption der Erfahrung zum Prozeß der Modellierung, in: *Risiko und Gesellschaft* (Fn. 7), 209, 209–214; *H.-H. Trute* Staatliches Risikomanagement im Anlagenrecht, in: *E. Riedel* (Hrsg.) Risikomanagement im öffentlichen Recht, 1997, 55, 95, 98, 100.

<sup>16</sup> *D. Murswiek* Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, *VVDStRL* 48 (1990), 207, 212; *R. Wahl/I. Appel* Prävention (Fn. 11), 88; *H.-H. Trute* Risikomanagement (Fn. 15), 100; *F. Ossenbühl* Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter, 2000, 27; *C. Callies* Vorsorgeprinzip und Beweislast im Verwaltungsrecht, *DVBl* 2001, 1725, 1727; *A. Karthaus* Risikomanagement durch ordnungsrechtliche Steuerung, 2001, 58; *U. Prall* Gentechnikrecht, in: *H.-J. Koch* (Hrsg.) Umweltrecht, 2002, § 11 Rz. 93; *U. Di Fabio* Risikovor-sorge – uferlos?, *ZLR* 2003, 163, 164, 166; *W. Kahl* Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht, *DVBl* 2003, 1105, 1108; *H. Schulze-Fieltz* Technik und Umweltrecht, in: *M. Schulte* (Hrsg.) Handbuch des Technikrechts, 2003, 443, 461.

schaft ist es damit gelungen, einen Rechtsbegriff des Risikos zu etablieren, allerdings um den Preis, dass dieser auf die Möglichkeit und nicht die Wahrscheinlichkeit des Schadens bezogen wird.<sup>17</sup>

## 2. Risikobegriffe in der Gesetzgebung

In der Gesetzgebung wurde der Begriff des Risikos anfänglich zurückhaltend verwendet<sup>18</sup> und hat durch europarechtlich induzierte Gesetzesänderungen erst in jüngerer Zeit verstärkt Eingang in die Gesetzessprache gefunden.<sup>19</sup> Der Wandel vom Wahrscheinlichkeitsbezug zum Möglichkeitsdenken lässt sich auch in der Gesetzgebung nachvollziehen.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Vgl. *K.-H. Ladeur* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995, 72f., 76ff.: Die grundsätzlich zu begrüßende Verselbständigung des Risikobegriffs wird mit einer Höherstufung der Abstraktionsebene erkauft, die einen genaueren Zugriff auf die Bedeutung der Ungewissheit für eine schärfere Fassung des Risikobegriffs verfehlt (77).

<sup>18</sup> Noch 1985 konnte *D. Murswiek* Verantwortung (Fn. 14), 80, schreiben, Risiko sei kein Rechtsbegriff, denn die Gesetzessprache verwende ihn nicht, und auch noch 1989 konnte *R. Breuer* Anlagensicherheit (Fn. 9), 213, feststellen, der Begriff des Risikos tauche in keinem Gesetz auf.

<sup>19</sup> Z.B. § 28 Abs. 3c S. 1, § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 62 S. 1, § 63a Abs. 1 AMG; § 7 Abs. 2a AtG a.F.; § 3b Abs. 1 Nr. 4, § 12a S. 2 Nr. 1, § 12b Abs. 4 S. 1 und S. 2, § 12f Abs. 1 S. 1, § 12h Abs. 2 S. 3, § 15a Abs. 2 S. 3, § 17 Abs. 2, § 19 Abs. 3 Nr. 2 ChemG; § 2 Abs. 1 Nr. 4, § 6 Abs. 1 und Abs. 2, § 7 Abs. 1 S. 1 und S. 3, § 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 5, § 21 Abs. 5 GenTG; § 15a Abs. 2, § 16 Abs. 2, § 36 Abs. 2 S. 1 GefStoffV; Nr. 1.5 Anlage 2 UVPG.

<sup>20</sup> Die wesentlichen gesetzlichen Stufen in der Entwicklung der unterschiedlichen Vorsorge- und Risikokonzeptionen werden durch folgende Tatbestände verkörpert: § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG spricht von einer „Vorsorge gegen Schäden“ und impliziert damit die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Die Vorschrift bleibt dem System der Gefahrenabwehr verhaftet. § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG lockert diesen Zusammenhang einerseits durch die Formulierung „Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen“, hält ihn andererseits durch die hinzugefügten Worte „und sonstige Gefahren“ aufrecht. Ausdehnend ist auch § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, der einen Wirkungsstandard verlangt, nach dem Schäden nicht hervorgerufen werden können. Hier wird eine illusionäre Möglichkeitssteuerung bezweckt. Das Wort „können“ wurde auf Vorschlag des Bundesrates eingefügt, vgl. *A. Roßnagel* GK-BImSchG, § 5 Rn. 155; *F. Petersen* Schutz und Vorsorge, 1993, 116ff., 155. Zu „potentiell schädlichen“ Umwelteinwirkungen als rechtl. Regelungsgegenstand *H. D. Jarass* BImSchG, 5. Aufl. 2002, § 3 Rn. 23. Die weitere Abkehr von der wahrscheinlichkeitsorientierten Gefahrenabwehr zur möglichkeitsorientierten Risikovorsorge bringt § 1 Nr. 1 GenTG (Schutz vor „möglichen Gefahren“), sowie § 6 Abs. 1 GenTG. Nicht zuletzt die „Sicherheitsstufe 1“ nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 GenTG drückt die Ausdehnung der Vorsorge aus. Obwohl hier kein Risiko besteht, ordnet das Gesetz den ungefährlichen Zustand gleichwohl einer „Sicherheitsstufe“ zu. Nach *R. Scholz* Verfassungsfragen der Gentechnik, FS Sandler, 1991, 93, 101, wird hier „das Prinzip der sicherheitsrechtlichen Prävention in einem Übermaß strapaziert, das verfassungsrechtlich kaum zu rechtfertigen ist“.

a) *Der Wandel vom wahrscheinlichen zum möglichen Schaden im deutschen Recht*

Die deutsche Rechtsentwicklung ist durch die Ausdehnung der Gefahrenabwehr von bloß geringeren Schadenswahrscheinlichkeiten im Atom-<sup>21</sup> und Arzneimittelgesetz<sup>22</sup> auf die Abwehr möglicher Schäden gekennzeichnet. Dieser Konzeptwandel manifestiert sich im 1990 verkündeten Gentechnikgesetz,<sup>23</sup> das dem Schutz vor der Möglichkeit eines Schadens den Vorrang einräumt.<sup>24</sup> Jetzt geht der Schutzzweck dem Förderzweck vor. Das Gentechnikgesetz ist das legislatorische Dokument des Wandels zum Zweistufenmodell.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Dazu *H.-W. Rengeling* Reaktorsicherheit, Vorsorge auch jenseits praktischer Vernunft?, DVBl 1988, 257; *R. Steinberg* Atomrechtliche Schadensvorsorge (Fn. 9), 9ff.; *U. Di Fabio* Risikoentscheidungen (Fn. 2), 73ff.; *R. Schröder* Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Technikrechts, in: Handbuch des Technikrechts (Fn. 16), 185, 196–200.

<sup>22</sup> Dazu *U. Di Fabio* Risikoentscheidungen (Fn. 2), 166ff.

<sup>23</sup> Zur Entstehung und Zielsetzung des GenTG *J. Lege* Das Recht der Bio- und Gentechnik, in: Handbuch des Technikrechts (Fn. 16), 669, 680ff., 693ff.; *ders.* Die Steuerung der Gentechnik durch Recht, in: *M. Kloepfer* (Hrsg.) Technikumsteuerung als Rechtsproblem, 2002, 67, 74ff.; *R. Wahl* (Fn. 15), Vorbem. GenTG Rn. 21–38; *R. Scholz* Verfassungsfragen (Fn. 20), 96ff.; *R. Lukes* Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Fragen der Gentechnik, DVBl 1990, 273; Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Chancen und Risiken der Gentechnologie“ BT-Drs. 10/6775, dazu *W.-M. Catenhusen/H. Neumeister* (Hrsg.) Chancen und Risiken der Gentechnologie. Dokumentation des Berichts an den Deutschen Bundestag, 1990. Vgl. auch die den Gesetzesvorbehalt aus Schutzpflichten einfordernde Entscheidung des VGH Kassel, NJW 1990, 337 = DVBl 1990, 63, dazu *M. Rose* Gentechnik und Vorbehalt des Gesetzes, DVBl 1990, 279.

<sup>24</sup> Vgl. den Zielkonflikt zwischen § 1 Nr. 1 GenTG (Schutz vor möglichen Gefahren der Gentechnik; Vorbeugung gegenüber dem Entstehen solcher Gefahren) und § 1 Nr. 2 GenTG (Förderung der Gentechnik); dazu *W. Graf Vitthum/T. Geddert-Steinacher* Der Zweck im Gentechnikrecht, 1990, 38ff.; *R. Wahl* (Fn. 15), 26. Lfg. 1997, § 1 GenTG Rn. 7, 10–12. Nach hM geht der Schutzzweck dem Förderzweck vor, vgl. *R. Huth* Gentechnik und Umweltrechtskodifikation, 2001, 286ff.; *R. Wahl/H. Melchinger* Das Gentechnikrecht nach der Novellierung, JZ 1994, 973, 979f.; *U. Di Fabio* Bio- und Gentechnikrecht, in: *H.-W. Rengeling* (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band II, 1998, § 64 Rn. 67.

<sup>25</sup> *R. Wahl* (Fn. 15), Rn. 19, spricht von einer Neuorientierung der Sicherheitsdogmatik durch das GenTG. Vgl. auch *A. Meier* Risikosteuerung im Lebensmittel- und Gentechnikrecht, 2000, 24ff.; *I. Appel* Stufen der Risikoabwehr, NuR 1996, 227; *W. Graf Vitthum* Zur Gentechniknovelle 1993, ZG 1993, 236; *K.-H. Ladeur* Gefahrenabwehr und Risikovorsorge bei der Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen nach dem Gentechnikgesetz, NuR 1992, 254, 257ff.; *G. Winter* Entfesselungskunst, KJ 1991, 18.



*b) Die Rückkehr zum wahrscheinlichen Schaden im Europarecht*

Eine andere Entwicklung lässt sich dem Europarecht entnehmen, dessen Risikobegriffe<sup>26</sup> zwar die Ausdehnung auf die Möglichkeit ursprünglich zuließen, jetzt aber durch eine Rückkehr zum Wahrscheinlichkeitsbezug gekennzeichnet sind. Die in Deutschland erreichte terminologische Differenzierung wird dadurch in Frage gestellt, dass etwa in der Novel Food-Verordnung<sup>27</sup> oder der Lebensmittel-Basisverordnung<sup>28</sup> nicht auf die Möglichkeit, sondern auf die Wahrscheinlichkeit abgestellt wird.<sup>29</sup> Terminologisch unklarer<sup>30</sup> sind die Richtlinien im Gentechnik-

---

<sup>26</sup> Überblicksdarstellungen bei *M. Schröder* Umweltschutz als Gemeinschaftsziel und Grundsätze des Umweltschutzes, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.) Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band 1, 2. Aufl. 2003, § 9 Rn. 34ff. mwN.; *U. Di Fabio* Bio- und Gentechnikrecht (Fn. 24), § 64 Rn. 4ff., 82ff., 165ff.; allgemein *L. Krämer* EC-Treaty and Environmental Law, 3. Aufl. 1998; *A. Epiney* Umweltrecht in der Europäischen Union, 1997.

<sup>27</sup> Art. 3 Abs. 1 der Novel-Food-Verordnung, 258/97/EG v. 27. 1. 1997, verwendet den Begriff „Gefahr“. Zur Kritik an der Novel Food-Verordnung, nicht zuletzt ihrer Begrifflichkeit: *R. Streinz* (Hrsg.) „Novel Food“: rechtliche und wirtschaftliche Aspekte der Anwendung neuer biotechnologischer Verfahren bei der Lebensmittelherstellung, 2. Aufl. 1995; ders. (Hrsg.) Neuartige Lebensmittel, 1999; *U. Di Fabio* Bio- und Gentechnikrecht (Fn. 24), § 64 Rn. 165ff., 186ff.; *R. Wahl/D. Groß* Die Europäisierung des Genehmigungsrechts am Beispiel der Novel Food-Verordnung, DVBl 1998, 2, 9; *W. Berg* Riskmanagement im Rechtsstaat am Beispiel der Novel Food-Verordnung, ZLR 1998, 375, 377ff.; *ders.* Die Problematik der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, dargestellt am Beispiel der „Novel Food“-Verordnung, ZLR 1993, 455. Zu sprachlichen und terminologischen Differenzen beim Risiko- und Gefahrenbegriff *R. Wahl* Risikobewertung (Fn. 13), 278–284, 294–296.

<sup>28</sup> Die Lebensmittel-Basisverordnung definiert Risiko über das Merkmal der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, vgl. Art. 3 Nr. 9 VO 178/2002/EG v. 28. 1. 2002: Risiko bezeichne „eine Funktion der Wahrscheinlichkeit einer die Gesundheit beeinträchtigenden Wirkung und der Schwere dieser Wirkung als Folge der Realisierung einer Gefahr.“ In Art. 7 Abs. 1 der Verordnung ist zwar terminologisch von der „Möglichkeit gesundheitsschädlicher Auswirkungen“ die Rede, der Sache nach handelt es sich aber um eine in ihrer Höhe noch nicht quantifizierbare Wahrscheinlichkeit. Der Risikobegriff nähert sich hier dem Gefahrenverdacht an. Der Begriff der Gefahr wird demgegenüber auf die Verursachung verengt, vgl. Art. 3 Nr. 14. Ähnlich Art. 3 Nr. 7 RL 1996/82/EG zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen v. 9. 12. 1996.

<sup>29</sup> Daher können *R. Schweizer/T. Calame* Das Gentechnikrecht der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1997, 34, 40f. größere Übereinstimmung des europäischen Risikobegriffs mit dem älteren Dreistufen- als dem neueren Zweistufenmodell konstatieren.

<sup>30</sup> Zur unklaren Abgrenzung von Risiko und Gefahr im Gentechnikrecht *J. Lege* Das Recht der Bio- und Gentechnik, in: Handbuch des Technikrechts (Fn. 16), 693–696; auch schon: *R.-D. Drescher* Jurassic Park – Made in Germany?, ZUR 1994, 289, 294; *G. Hirsch/A. Schmidt-Didczuhn* Gentechnikgesetz, 1991, § 1 Rn. 12.

recht,<sup>31</sup> aber auch hier zeichnet sich ein Interpretationswandel zur Wahrscheinlichkeit an Stelle der Möglichkeit ab.<sup>32</sup> Insgesamt ist der Risikobegriff im Europarecht trotz inhaltlicher Bandbreite,<sup>33</sup> uneinheitlicher Übersetzungen<sup>34</sup> und auch gewisser Widersprüche<sup>35</sup> durch die Rückkehr zum Grad der Wahrscheinlichkeit geprägt.<sup>36</sup> Dies tritt noch nicht in vol-

<sup>31</sup> Die Erwägungsgründe der Systemrichtlinie (RL 90/219/EWG v. 23. 4. 1990) sprechen davon, dass die Risiken „noch nicht vollständig bekannt“ sind, setzen also eine Mindestwahrscheinlichkeit voraus. Art. 5 verwendet den Begriff der „Gefahrenbewertung“, während es in der englischen Fassung „risk assessment“ heißt. Nicht eindeutig ist auch die Freisetzungsrichtlinie (neue Fassung) (RL 2001/18/EG v. 12. 3. 2001), Erwägungsgründe 5, 18, Art. 2 Nr. 8. Hier ist unklar, ob die Möglichkeit oder die Wahrscheinlichkeit gemeint ist, es wird sowohl von „potentiellen“ als auch von „fallweisen“ Risiken gesprochen.

<sup>32</sup> Die Systemrichtlinie (90/219/EWG, zuletzt geändert durch RL 98/81/EG) verfolgte ursprünglich einen verfahrensbezogenen Ansatz. Schon die Gefahren der Arbeitsverfahren und nicht erst die Ergebnisse sollten erfasst werden. Mit Art. 3 Abs. 2 der Systemrichtlinie wird nun eine Verschiebung zu einem produktbezogenen Ansatz vorgenommen. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass weniger das gentechnische Verfahren, sondern das daraus hervorgegangene Produkt das Risiko enthält. Darin liegt zugleich der Übergang von einer offenen, unkonkretisierten Risikoanalyse zu einem relationierenden Verständnis. Vgl. zu diesen Entwicklungen *M. Herdegen/H.-G. Dederer* Internationale Praxis Gentechnikrecht, 21. Lfg. 2003, Teil 3/I, 1, Rn. 25f. („Lockerung des verfahrensbezogenen Ansatzes“); *U. Di Fabio* Bio- und Gentechnikrecht (Fn. 24), § 64 Rn. 26.

<sup>33</sup> Eine einheitliche Definition ist schon angesichts der Normenvielfalt nicht zu erwarten. Die Begriffe Risiko, Risikoanalyse, Risikobewertung werden in einer Vielzahl von EG-Rechtsakten erwähnt, z.B. Erwägungsgrund 34, Art. 3 Nr. 9, Art. 6ff., Art. 34, Art. 50 Lebensmittel-Basisverordnung (178/2002/EG); Art. 9 Abs. 1 Novel-Food-Verordnung (258/97/EG); Erwägungsgründe 5, 18, Art. 2 Nr. 8, Anhang II der Freisetzungsrichtlinie (2001/18/EG); Art. 8 sowie Anhang II und V VO zur Verhütung, Kontrolle und Tilgung bestimmter transmissibler spongiformer Enzephalopathien (999/2001/EG mit ÄndVO 1128/2003/EG).

<sup>34</sup> Manche Rechtsquellen verwenden auf Deutsch den Begriff Gefahr, auf Englisch oder Französisch den des Risikos, vgl. Anhang VI 6.2 h) der Umweltauditverordnung (761/2001/EG) v. 19. 3. 2001; Erwägungsgründe der Richtlinie zur Bekämpfung der Luftverunreinigung durch Industrieanlagen (84/360/EWG) v. 28. 6. 1984; Art. 5, 7 Abs. 3 Systemrichtlinie (90/219/EWG).

<sup>35</sup> Art. 3 Abs. 1 Novel-Food-VO (258/97/EG) spricht von einer Gefahr. In Verbindung mit dem Vorsorgeprinzip könnte auch ein Risiko gemeint sein. Den umgekehrten Fall enthält Annex I Nr. II 12 der Richtlinie für medizinische Geräte (1993/42/EWG), wo von Risiko die Rede ist, obwohl gesicherte Kenntnisse vorliegen dürften.

<sup>36</sup> Deutlich jetzt vor allem EuGH, Urteil v. 9. 9. 2003 zur Novel Food-Verordnung, C-236/01 (Monsanto Agricoltura Italia u.a.), Rn. 106–113: Schutzmaßnahmen können nicht wirksam mit einer rein hypothetischen Betrachtung des Risikos begründet werden, die auf bloße, wissenschaftlich noch nicht verifizierte Vermutungen gestützt wird. Stichhaltige Gründe und spezifische Indizien sind erforderlich. Ähnlich auch schon EuG, Urteil v. 11. 9. 2002, T-13/99 (Pfizer Animal Health), Slg. 2002, II–3305 Rn. 139–148, 321: Der Begriff Risiko stelle die Funktion der Wahrscheinlichkeit nachteiliger Wirkungen für

lem Umfang zu Tage, weil das Verfahren der Risikoanalyse die Ermittlung der Wahrscheinlichkeitsgrade prozeduralisiert und dadurch scheinbar auf die Möglichkeit erstreckt.<sup>37</sup>

c) *Auswirkung auf das Verständnis des Vorsorgeprinzips*

Die Differenzen zwischen deutschem und europäischem Recht wirken sich auf die nähere Bestimmung des Vorsorgeprinzips aus. In Deutschland dient das Vorsorgeprinzip zur Erweiterung des Regelungsgegenstandes auf mögliche Gefahren.<sup>38</sup> Im Europarecht hingegen dient es dazu, die

---

das geschützte Rechtsgut aufgrund der Verwendung eines Produktes oder Verfahrens dar. EuG, Urteil v. 11. 9. 2002, T-70/99 (Alpharma), Slg. 2002, II-3495 Rn. 152–161: Hypothesen ohne Indizien genügen nicht für die Risikoanalyse. Bei der Risikobewertung geht es darum, den Grad der Wahrscheinlichkeit der nachteiligen Wirkungen eines bestimmten Produktes oder Verfahrens für die menschliche Gesundheit und die Schwere dieser Wirkungen zu bewerten.

<sup>37</sup> Art. 6 Lebensmittel-Basisverordnung (178/2002/EG) sowie der Risikobegriff des Art. 3 Abs. 9, der dem Gefahrenverdacht in deutscher Terminologie entspricht. Die Definitionen von Risikoanalyse, Risikobewertung und Risikomanagement in Art. 3 Abs. 10–12 knüpfen gleichfalls an Wahrscheinlichkeitsurteile an. Auch das Verfahren zur Identifikation neu auftretender Risiken in Art. 34 setzt einen Gefahrenverdacht voraus. Schließlich bezieht auch die Rechtsprechung die Risikobewertung nur auf die Wahrscheinlichkeit, vgl. EuG, Slg. 2002, II-3305, Rn. 129–148; EuG, Slg. 2202, II-3495, Rn. 147–160. Vgl. auch die Rechtsprechung in Fn. 36. Ähnlich schon Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaft v. 30. 4. 1997 (KOM 97, 183 endg.) über „Gesundheit der Verbraucher und Lebensmittelsicherheit“, 7, 20f.

<sup>38</sup> Vgl. BVerwGE 69, 37, 43; 72, 300, 315. BT-Drs. 7/1513, 2 zu § 5 BImSchG: Die Vorsorgepflicht diene nicht dem Schutz vor konkret bzw. belegbar schädlichen Umwelteinwirkungen, sondern beuge dem Entstehen solcher Umwelteinwirkungen generell vor. Aus der umfangreichen Literatur *A. Helberg* in: H.-J. Koch (Hrsg.) Umweltrecht, 2002, § 3 Rn. 12f.; *R. Sparwasser/R. Engel/A. Vofkuhle* Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, § 10 Rn. 153 („potentiell gefährlich“); *M. Kloepfer/T. Brandner* Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 4 Rn. 5 ff., 15–17; *H. D. Jarass* BImSchG, 5. Aufl. 2002, § 5 Rn. 46 („potentielle Schäden“); *W. Sandner* in: R. Schmidt/T. Vollmöller (Hrsg.) Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2004, § 9 Rn. 19; *C. Calliess* Vorsorgeprinzip (Fn. 16), 1727: Entscheidend sei die Ersetzung der konkreten, hinreichenden Wahrscheinlichkeit durch die reine Möglichkeit, die abstrakte Besorgnis, eines Schadenseintritts; *A. Epiney* Umweltrecht (Fn. 26), 100: Vorsorge geht über die Gefahrenabwehr hinaus und zielt auf eine Risikovermeidung ab. Nach *M. Herdegen/H.-G. Dederer* (Fn. 32), Teil 3/I, 2., IV 2., operiere das Vorsorgeprinzip in der Zone wissenschaftlich nicht ausgeleuchteter Gefahrenpotentiale und greife die Erkenntnis der Wissenschaft über die Grenzen menschlichen wissenschaftlichen Erkenntnisvermögens auf. Die Grenzen des Vorsorgeprinzips betonend und seiner Expansion vorbeugend *U. Di Fabio* Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, FS Ritter, 1997, 807, 820ff.: „Jede Vorverlagerung des hoheitlichen Eingriffspunktes in den Bereich der Risikovorsorge schiebt die Beurteilung von Schadensmöglichkeiten in die Grenzregionen des Wissens, verengt demnach den Bereich, der als Restrisiko hingenommen werden muß, weil menschliches Erkenntnisvermögen struk-

Eingriffsmittel einem spezifischen Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu unterwerfen.<sup>39</sup> Im Europarecht präzisiert ein engerer Risikobegriff das Vorsor-

---

turell begrenzt ist. Gerade diese Bewegung zur Restrisikogrenze läßt die Möglichkeiten normativer Steuerung schwinden und ruft die Gefahr hervor, in unkontrollierbare Überlegungen und Abwägungen abzuleiten“ (821). Einengend auch *R. Breuer* Umweltschutzrecht, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2003, 5. Kap. Rn. 8f., der nicht die materielle, sondern die normative und instrumentelle Ausprägung des Vorsorgeprinzips hervorhebt. Kritisch schon *F. Ossenberg* Vorsorge (Fn. 11), 165f., der sich gegen eine „Vorsorge ins Blaue“ wendet und ein Mindestmaß an Realität aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte fordert. Vorsorge-beschränkende Regeln fordert auch *H. v. Lersner* Nichtanthropozentrische Erweiterung des Umweltrechts?, in: J. Nida-Rümelin/D. v. d. Pfordten (Hrsg.) Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 2. Aufl. 2002, 191, 196. Kritik am Vorsorgeprinzip bei *W. van den Daele* Zur Reichweite des Vorsorgeprinzips – politische und rechtliche Perspektiven, in: J. Lege (Hrsg.) Gentechnik (Fn. 3), 101, 110–115; *G. Lübbe-Wolff* Modernisierung des Umweltordnungsrechts, 1996, 71f., 83–87; *R. Fleury* Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht, 1994, 15–18; *J. Bunde* Zur ökonomischen Effizienz des Vorsorgeprinzips in der Umweltpolitik, 1988 mit zahlreichen Beispielen für dogmatisch hinderliche Rückwirkungen des Vorsorgeprinzips. Rechtsvergleichend: *M. Germann* Das Vorsorgeprinzip als vorverlagerte Gefahrenabwehr, 1993.

<sup>39</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission zur Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM 2000/1 endg., NVwZ. Beilage Nr. IV/2001. Danach soll das Vorliegen eines Risikos die Anwendung des Vorsorgeprinzips erst in Gang setzen, so Einleitung, 5. und 5.1. Die Anwendung des Vorsorgeprinzips gehört zum Risikomanagement, das eine Risikobewertung voraussetzt. Das Vorsorgeprinzip wird auf einzelne Maßnahmen bezogen und dadurch gegenständlich eingegrenzt. Vgl. dazu und zu den Unterschieden zum deutschen Verständnis des Vorsorgeprinzips *H.-W. Rengeling* Bedeutung und Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips im europäischen Umweltrecht, DVBl 2000, 1473, 1478 f.; *S. Werner* Das Vorsorgeprinzip, UPR 2001, 335, 336–338. Nicht ganz eindeutig ist die Mitteilung der Kommission zur Abgrenzung von Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit. Ziff. 5.1 der Mitteilung spricht zwar von „potentiellen Risiken“, rekurriert also auf die Möglichkeit; die weiteren Ziffern, die zur Risikobewertung Stellung nehmen, gehen jedoch von der Wahrscheinlichkeit aus. Einerseits dürfen Vorsorgemaßnahmen nicht zu einem Null-Risiko führen (Punkt 6.3.1.), andererseits soll Wahrscheinlichkeit kein Kriterium sein (Punkt 6.2.). Der Kommission gelingt keine sichere Unterscheidung zwischen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit als den Vorsorge-auslösenden Kriterien. Die Tendenz, eher auf die Wahrscheinlichkeit abzustellen, sollte dennoch nicht übersehen werden. In der nicht-deutschen europarechtlichen Literatur wird dem Vorsorgeprinzip ganz überwiegend eine gegenständlich eingeschränkte Bedeutung zugeschrieben; ähnlich ist auch die Deutung des Vorsorgeprinzips im Umweltvölkerrecht, auf die die Kommissions-Mitteilung im Anhang II hinweist. In der deutschen Literatur wird indes gefordert, den Vorsorgegrundsatz getreu dem deutschen Begriffsverständnis zu erweitern, vgl. *G. Lübbe-Wolff* IVU-Richtlinie und Europäisches Vorsorgeprinzip, NVwZ 1998, 777, 778f. mwN zur nicht-deutschen sowie völkerrechtlichen Literatur; *I. Appel* Europas Sorge um die Vorsorge, NVwZ 2001, 395, 395, 397, der die zu enge Auslegung des Vorsorgeprinzips durch die Kommission beanstandet, eine weitergehende Auslegung nach deutschem Vorbild fordert und darauf hinweist, dass sich Bedeutung und Inhalt der Vorsorge im Verhältnis

geprinzip, während in Deutschland mit dem Rückgriff auf das Vorsorgeprinzip ein weiterer Risikobegriff begründet wird. Deutscher und europarechtlicher Risikobegriff beziehen sich daher auf Unterschiedliches: Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Vor dem europarechtlichen Hintergrund ist das deutsche Zweistufenmodell ein Auslaufmodell, so dass die rechtswissenschaftliche Erwartungshaltung in Deutschland auf mehr gerichtet ist, als der europarechtliche Risikobegriff einlösen wird.<sup>40</sup>

## II. Risiko als ungewisse Möglichkeit

Als Rechtsbegriff umfasst Risiko einen Bereich der Ungewissheit, der zwischen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit changiert. Welches Grundverständnis ist richtig? Muss das deutsche Grundverständnis auf wahrscheinliche Gefahren reduziert werden oder hinkt das Europarecht dem Möglichen hinterher? Die Antwort ist eindeutig: Die Möglichkeit eines Schadenseintritts kann kein Gegenstand rechtlicher Regelungen sein. Ein solches Risikoverständnis erzeugt illusionäre Erwartungen und muss aufgegeben werden.

---

von europäischer und nationaler Ebene unterscheiden können; *M. Herdegen/H.-G. Dederer* (Fn. 32), die das deutsche Verständnis des Vorsorgeprinzips auf die Kommissionsmitteilung übertragen. Zum Verhältnis des deutschen und europarechtlichen Vorsorgegrundsatzes siehe auch *M. Schröder* Umweltschutz (Fn. 26), § 9, Rn. 35; *J. Falke* Aktuelles zum Vorsorgeprinzip und anderen programmatischen Orientierungen im Europäischen Umweltrecht, ZUR 2000, 265, 265f.; *A. Epiney* Umweltrecht (Fn. 26), 99f.; *M. Burgi* Das Schutz- und Ursprungsprinzip im europäischen Umweltrecht, NuR 1995, 11, 11f.; *W. Kahl* Risikosteuerung (Fn. 16), 1118 Fn. 139; *ders.* Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993, 21f., 161ff., 216; *H.-W. Rengeling* Umweltvorsorge und ihre Grenze im EWG-Recht, 1989, 37ff., 53ff.

<sup>40</sup> Hinzuweisen ist schließlich auf den Risikobegriff im internationalen Recht, der im Hormonfleischstreit vor der WTO relevant wurde. Vgl. Entscheidung des Appellate Body der WTO, WT/DS26/AB/R, EuZW 1998, 157, 161 Rz. 186f. Auch hier konfliktieren unterschiedliche Vorverständnisse von Risiken, die entweder auf Wahrscheinlichkeits- oder Möglichkeitsurteile bezogen sind. Zu dieser Entscheidung *B. Eggers* Die Entscheidung des WTO Appellate Body im Hormonfall, EuZW 1998, 147; *C. Godt* Der Bericht des Appellate Body der WTO zum EG-Einfuhrverbot von Hormonfleisch, EWS 1998, 202; *M. M. Slotboom* The Hormones Case: An Increased Risk of Illegality of Sanitary and Phytosanitary Measures, Common Market Law Review 36 (1999), 471; *V. R. Walker* Keeping the WTO from Becoming the „World Trans-Science Organisation“, Cornell International Law Journal 31 (1998), 251; *R. Howse* Democracy, Science, and Free Trade: Risk Regulation on Trial at the World Trade Organization, Michigan Law Review 98 (2000), 2329.

### 1. *Verhalten statt Technik als Regelungsgegenstand*

Gegenstand des Rechts kann nicht die Technik selbst, sondern nur der Umgang des Menschen mit ihr sein. Denn der Regelungsadressat des Rechts ist immer das Individuum und nicht Natur oder Technik. Wollte das Recht die Möglichkeit von Gefahren ausschließen, müsste es die Möglichkeit freien menschlichen Verhaltens ausschließen.<sup>41</sup> In letzter Konsequenz bedeutete dies ein Forschungs- und Anwendungsverbot. Doch dieses Mittel wäre zum Ausschluss möglicher Gefahren ungeeignet, denn ob sich die Normadressaten tatsächlich an die normative Erwartung halten, obliegt der freien Entscheidung jedes Einzelnen. Jedes normgemäße Verhalten ist ein individueller Entschluss, auf den das Recht Einfluss nimmt, den es aber nicht ersetzt. Recht muss immer mit normabweichendem Verhalten rechnen. Dieses ist überhaupt die Voraussetzung, Verhalten rechtlich zu regeln, denn andernfalls genügt Sitte und Moral. Normabweichendes Verhalten ist eine theoretische Funktionsbedingung des Rechts. Sein Umfang aber muss verschwiegen bleiben, weil Recht sonst seine Wirksamkeit verlöre.<sup>42</sup>

Daraus folgt: Wenn das Recht einerseits Risikoentscheidungen regeln will und dies nur über die Regelung menschlichen Verhaltens kann, andererseits Menschen in ihrem Entschluss zu normkonformem Verhalten frei und letztlich unberechenbar sind, muss eine auf die tatsächliche Unterbindung der Schadensmöglichkeit ausgerichtete Verhaltensnorm ihrem Anspruch nach scheitern. Sie erwartet einen Zustand der Gefahrllosigkeit, der mit den Mitteln des Rechts nicht zu erzielen ist. Der Anspruch der Risikosteuerung kann sich daher nicht auf gefahrlose Zustände richten, denn diese sind schon aufgrund des sich frei verhaltenden Normunterworfenen nicht zu garantieren. Diese Paradoxie scheint der weit verstandene Risikobegriff überwinden zu können.<sup>43</sup> In Wirklichkeit scheitert er jedoch an den kognitiven Voraussetzungen jeder Verhaltensregelung.

---

<sup>41</sup> Daher hat eine Leitvorstellung, die das Recht an vermeintlich „objektiven“ technischen oder naturwissenschaftlichen Wirkungszusammenhängen misst, unweigerlich ein unfreiheitliches Menschenbild. Denn als frei gilt nur, was nicht dem Gesetz der Kausalität unterworfen ist, vgl. *H. Kelsen* *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 95–102 zur Dichotomie von (unfreiheitlicher) Naturgesetzlichkeit und (freiheitlicher) Normzurechnung.

<sup>42</sup> Siehe *H. Popitz* *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, 1968, 9, 18, 20: Eine Gesellschaft, die jede Verhaltensabweichung aufdeckte, würde zugleich die Geltung ihrer Normen ruinieren. Ebenso *ders.* *Die normative Konstruktion der Gesellschaft*, 1980, 67. Aus juristischer Sicht dazu demnächst *C. Waldhoff* *Der Verwaltungszwang*, A I, mwN.

<sup>43</sup> Wie hier indes *N. Luhmann* *Risiko* (Fn. 2), 67, 117, 172f., 183.

## 2. *Subjektive statt objektiver Erkennbarkeit technischer Ungewissheit*

Technischer Wandel ist eine soziale Konstruktion, deshalb ist er politisch regelbar. Gleichwohl wird er immer wieder als neues kognitives Problem empfunden, weil man meint, dass ein theoretisches Wissen über technische Zusammenhänge jenseits praktischer Erfahrung möglich sei.<sup>44</sup> Vor der rechtlichen Regelbarkeit liege gewissermaßen der Bereich objektiver technischer Prozesse, der als Sein wirklichkeitswissenschaftlich erkannt werden müsste. Dies fördert die Überzeugung, Innovationen bedürften aufgrund komplexer Wirkungszusammenhänge neuer branchen- und technikspezifischer Sonderbereichsdogmatiken.<sup>45</sup> Indes: Alle Wirkungszusammenhänge, ob alt oder neu, bedürfen jedenfalls zum Zwecke menschlicher Erkenntnis der praktischen Anwendung, des Experiments und daher notgedrungen der Erfahrung.<sup>46</sup> Eine auf die Unterbin-

---

<sup>44</sup> Erinnert sei etwa an den technischen Fortschritt in der Industrialisierung ab 1830, der den Glauben an die Fähigkeiten der physikalischen Welterkenntnis gestärkt hat. Wissenschaftsgeschichtlich förderte dies den Siegeszug eines am physikalischen Kausalmodell orientierten Positivismus, der eine naturgesetzliche Erkenntnis als Leitbild aller wissenschaftlichen Erkenntnis ausgab. Die Rechtswissenschaft verarbeitete dies mit den Epochen des Begriffs- und Gesetzespositivismus. Jedenfalls im Staatsrecht wurde dieser Positivismus schon um 1900 durch normative Zurechnungskriterien abgelöst, auch wenn die Epoche des „staatsrechtlichen Positivismus“ – wissenschaftsgeschichtlich nicht korrekt – bis in die Weimarer Republik erstreckt wird. Man kann den Richtungs- und Methodenstreit in der Weimarer Staatsrechtslehre auch als Debatte über die Ablösung der physikalischen Naturgesetzlichkeit durch andere Leitbilder verstehen, vgl. aus der umfangreichen Literatur *O. Lepsius* Erkenntnisgegenstand und Erkenntnisverfahren in den Geisteswissenschaften der Weimarer Republik, *Ius Commune* XXII (1995), 283 mwN. Im Unterschied zum Staatsrecht hat die Verwaltungsrechtslehre eine entsprechende Grundsatzdiskussion noch nicht geführt.

<sup>45</sup> Beispielhaft für das Umweltrecht *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 108f.

<sup>46</sup> Vgl. *J. Dewey* Die Suche nach Gewißheit, 1998 (1929), 41, 50, 55, 72: Es sei eine falsche Idee anzunehmen, praktisches Handeln sei dem theoretischen Erkennen unterlegen und Sicherheit gebe es nur im objektiv Feststehenden. Siehe auch *ders.* *The Public and Its Problems*, 1927, 175: Die Glorifizierung einer reinen Wissenschaft sei die Rationalisierung einer Ausflucht. Sie schaffe einen Fluchtpunkt und drücke sich vor der Verantwortung. *K. Popper* Naturgesetze und theoretische Systeme, in: *H. Albert* (Hrsg.) *Theorie und Realität*, 2. Aufl. 1972 (1949), 43, 56: „Der Gang der Wissenschaft besteht im Probieren, Irrtum und Weiterprobieren. Keine bestimmte Theorie kann als absolut sicher betrachtet werden; jede, auch die am besten bewährte, kann unter Umständen wieder problematisch werden. Keine wissenschaftliche Theorie ist sakrosankt.“ *H. Albert* Traktat über rationale Praxis, 1978: Wer die Wirklichkeit ganz erkennen will, sieht am Ende nichts mehr. Vgl. auch *R. Münch* Risikopolitik, 1996, 238: Den Wahrheitsgehalt theoretischer Modelle mit ihrer ungetrübten Verwirklichung in der konkreten Gesellschaft zu verwechseln, sei ein immer wieder gemachter Fehler.

dung möglicherweise gefährlicher Techniken gerichtete Risikodogmatik setzt sich daher ein vergebliches Ziel. Sie hofft auf nicht erreichbares Wissen und wird das Unwissen nie beheben. Indizien sind nötig, keine Hypothesen.

Technik ist kein objektiver Zustand, sondern Ergebnis subjektiver Handlungen.<sup>47</sup> Ihre Wirkungszusammenhänge können nur durch Handlungserfahrung aufgedeckt werden.<sup>48</sup> Das heißt aber: Schon im Augenblick der ersten Erfahrung mutiert die Möglichkeit zur Wahrscheinlichkeit. Die Schadensmöglichkeit ist daher kognitiv immer nur als Problem der Wahrscheinlichkeit erkennbar. Dann aber sollte kein objektiv gefährloser Zustand rechtlich bezweckt werden.

Die gerade in Deutschland verbreitete Erwartung, mit einer Risikovor-sorge schon die Möglichkeit von Schäden zu vermeiden,<sup>49</sup> ist auf illusio-näre Ziele gerichtet und beruht auf rechtlich nicht umsetzbaren Voraus-setzungen.<sup>50</sup> Juristen geben sich hier als die letzten Vertreter zu erkennen,

---

<sup>47</sup> Daher sollte Technik nicht als objektiver Zustand, sondern als subjektives Handeln begriffen werden, so *H. Popitz* Technisches Handeln, in: *ders.* Phänomene der Macht, 1986, 107: „Technik‘ meint etwas (von diesem Vorverständnis können wir wohl ausgehen), was der Mensch *macht*, ins Werk setzt – im Unterschied zu dem, was ohne Zutun des Menschen geworden, ohne sein Zutun gewachsen ist.“ Zum technischen Handeln als besonders konstruktivem Typus menschlichen Handelns ebd., 115–125. Vgl. auch *P. Janich* Grenzen der Naturwissenschaft. Erkennen als Handeln, 1992.

<sup>48</sup> Vgl. aus ingenieurwissenschaftlicher Sicht *M. Heymann/U. Wengeroth* Die Bedeutung von „tacit knowledge“ bei der Gestaltung der Technik, in: *U. Beck/W. Bonß* (Hrsg.) Die Modernisierung der Moderne, 2001, 106, 106, 116ff. zum hohen Stellenwert von praktischem Erfahrungswissen gegenüber einer allein wissenschaftsbasierten Technik. Ähnlich *C. Lau/S. Bösch* Möglichkeiten und Grenzen der Wissensfolgenabschätzung, ebd., 122, 122f., 129f.: Normative Entscheidungen und die Setzung von Prioritäten als Voraussetzungen der Folgenabschätzung.

<sup>49</sup> Vgl. Nachweise Fn. 12, 14, 16, 38.

<sup>50</sup> Vgl. *U. Di Fabio* Risikoentscheidungen (Fn. 2), 460: „Die Veränderung des Gefahr-entatbestandes hin zu Möglichkeitsprognosen, die Absenkung von erwartbaren auf theoretisch denkbare Schäden, die zum Teil nur noch als Auswirkungen verstanden werden, die Wissenschafts-, Vergleichs- und Abwägungsabhängigkeit sowie die Dynamik von Risikoentscheidungen werfen die Frage auf, ob nicht das juristische System mit seiner herkömmlichen Dogmatik die Grenzen seiner Definitionsmacht erreicht hat.“ Nach *R. Wolf* Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, *Leviathan* 1987, 357, 385, hat Sicherheit keine reale gesellschaftliche Basis mehr und taugt nicht als konkrete Utopie: „Als politisches Programm ist das Ziel der Sicherheit die Beschwörung vergangener Zeiten.“ Bedenkenswert auch die Einschätzung des deutschen Umweltrechts durch eine amerikanische Beobachterin: *S. Rose-Ackerman* Umweltrecht und -politik in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland, 1995, 242, ähnlich 267: „Die weitverbreitete Akzeptanz, die die naturwissenschaftliche Methode und gerichtsformliche Verfahren finden, legen es natürlich nahe, sie auch auf Problembereiche anzuwenden, für deren Lösung sie nicht geschaffen sind. Im allgemeinen gelingt es dem deutschen Ver-



die der Natur eine apriorische Objektivität zubilligen und glauben, das Verständnis der Natur sei ohne subjektive Konstruktionsleistung möglich.<sup>51</sup> Der Risikobegriff ist eine moderne Emanation des klassischen erkenntnistheoretischen Problems, technische Realität und naturwissenschaftliche Kausalität als objektives Sein dem Sollen überzuordnen<sup>52</sup> und dadurch praktisches Handeln zu lähmen.<sup>53</sup>

---

waltungsrecht daher nur in geringem Maße, Verfahren und materiellen Regelungsgegenstand zur Lösung politisch umstrittener Fragen aufeinander abzustimmen.“ – Hier wird nur auf die deskriptive Analyse, nicht aber den von *Rose-Ackerman* im Übrigen aufgezeigten Lösungsweg Bezug genommen.

<sup>51</sup> Vgl. statt dessen *H. Rickert* Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 1896; *ders.* Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 6. Aufl. 1926; *E. Cassirer* Substanzbegriff und Funktionsbegriff, 1910; *J. Dewey* Experience and Nature, 1925, Kap. IV, VI; *ders.* Gewißheit (Fn. 46); *H. Kelsen* Vergeltung und Kausalität, 1941; *K. Popper* Naturgesetze (Fn. 46), 43 ff.; *P. Janich* Naturgeschichte und Naturgesetz, in: *O. Schwemmer* (Hrsg.) Über Natur. Philosophische Beiträge zum Naturverständnis, 1987, 105; *U. Beck* Gegengifte, 1988, 62 ff.; *D. v. d. Pfordten* Ökologische Ethik. Zur Rechtfertigung menschlichen Verhaltens gegenüber der Natur, 1996, 126–132; *B. Latour* Das Parlament der Dinge, 2001, 22 ff., 41 ff.; *J. Nida-Rümelin* Die ökologische Herausforderung der Ethik, in: *ders./D. v. d. Pfordten* (Hrsg.) Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 2. Aufl. 2002, 19, 24 f.; *Akademie der Wissenschaften zu Berlin* Umweltstandards, 1992, 24 (naturalistisches Verständnis der Umwelt durch ein kulturalistisches ersetzen).

<sup>52</sup> Vgl. die Erklärung für die Objektivierung der Technik durch *H. Popitz* Technisches Handeln (Fn. 47), 107, 120: Aus der Fähigkeit zum Herstellen entstehe ein Artefakt, das dem handelnden Menschen als etwas Gegenständliches gegenüberstehe und als Objekt die Abhängigkeit vom technischen Handeln zu verlieren scheine. *Dewey* macht im Übrigen der deutschen Philosophietradition den Vorwurf, dass sie die theoretische Abstraktion über die empirische Praxis stelle und dadurch sinnvolles Handeln an nicht erfüllbaren Maßstäben messe, vgl. *J. Dewey* Deutsche Philosophie und deutsche Politik, 2000, 37 ff. (1915/1942). Der Text ist unter dem Eindruck der Kriege entstanden, enthält trotzdem viel Nachdenkenswertes. Zur philosophischen Tradition der Technikkritik in Deutschland und Frankreich *S. Fohler*, Techniktheorien. Der Platz der Dinge in der Welt des Menschen, 2003. Sie unterscheidet drei Modelle: Ein Fortschrittsmodell, in dem sich der Mensch der Technik bemächtigt, ein Krisenmodell, in dem Technik im Begriff ist, die Kontrolle über die Gesellschaft zu übernehmen und ein drittes Modell, das die Konfrontation von Mensch und Technik durch technische Spielräume ersetzt.

<sup>53</sup> Hinter der bloß theoretischen Sicherheit solcher „objektiven Erkenntnis“ muss die Gewissheit im praktischen Handeln immer zurückbleiben. Jenseits praktischer menschlicher Anwendung ist Wissen über technische Zusammenhänge nicht denkbar. Vgl. dazu *J. Dewey* Gewißheit (Fn. 46), 10 f., 25–30, 40, 74, 212: Die Vorstellung einer theoretisch erreichbaren Sicherheit habe bei der Bevorzugung des Erkennens vor dem Handeln eine entscheidende Rolle gespielt, denn das Denken könne keine Unsicherheiten, das Handeln hingegen schon. Probleme entstünden, wenn zwischen Theorie und Praxis getrennt werde, denn die Idee, dass das Denken vollständige theoretische Sicherheit liefern könne, lähme das Handeln. Die Erfahrung des Handelns könne aber nicht mehr als eine kontingente Wahrscheinlichkeit liefern. *Dewey* verknüpft dieses Erfahrungswissen über eine

### 3. Experimente und flexibles Erfahrungswissen

Die erwartete Vermeidung von Risiken behinderte im Übrigen den Lernprozess mit neuen technischen Mitteln.<sup>54</sup> Nur im Umgang mit Risiken kann man lernen, sie zu bewältigen.<sup>55</sup> Erst das Experimentieren mit neuen Techniken liefert das nötige Wissen für eine Risikobewertung. Durch Ausschluss möglicher Risiken Sicherheit zu erstreben, ist daher weder theoretisch noch praktisch sinnvoll.<sup>56</sup> Am Experiment führt kein Weg vorbei. Rechtliche Regelungen müssen einerseits Experimente zulassen, aus ihnen andererseits aber auch Erfahrungen ziehen,<sup>57</sup> also individuelle Verhaltensregelungen treffen und sie als Normen verallgemeinern. Das ist aber kein ungewöhnlicher Zielkonflikt, der nur bei technischer oder zeitlicher Komplexität entstände, sondern eine auch sonst täglich zu treffende Entscheidung. Dass solche Entscheidungen für komplex gehalten werden, ist der natürlichen Vielfalt subjektiver Wahrnehmungen

---

pragmatische Handlungstheorie mit der Demokratie, die zum einen den institutionellen Rahmen für die Erfahrung bereitstellt und zu testende Hypothesen entwickelt, und zum anderen ihre Ergebnisse aufnimmt und umsetzt; *ders.* The Public (Fn. 46), 174ff., 202ff. Zur Verknüpfung von Demokratie und Erkenntnistheorie bei Dewey: *R. Westbrook* John Dewey and American Democracy, 1991; *M. Kettner* John Deweys demokratische Experimentiergemeinschaft, in: H. Brunkhorst (Hrsg.) Demokratischer Experimentalismus, 1998, 44, 53ff.; *F. Jaeger* Amerikanischer Liberalismus, 2001, 266 ff., 283ff.; *R. Posner* Law, Pragmatism and Democracy, 2003, 97–129.

<sup>54</sup> Vgl. dazu *K. Heilmann* Das Risiko der Sicherheit, 2002, der auf Fehleinschätzungen von Risiken hinweist, die auch auf zu großem Sicherheitsvertrauen beruhen, den Erkenntniswert von Erfahrung und Handeln also unterschätzen. Ähnlich *A. Wildavsky* Searching for Safety, 1988, 48ff., 205ff.

<sup>55</sup> Vgl. dazu vor allem den Ansatz von *A. Wildavsky*, der beständig darauf hinweist, dass Risikovermeidung den Innovationsprozess ausschließt und daher selbst riskant ist: *A. Wildavsky* (Fn. 54), insbes. 17ff., 189ff.; *ders.* But Is It True? A Citizen's Guide to Environmental Health and Safety Issues, 1995; *ders.* No Risk Is the Highest Risk of All, *American Scientist* 67 (1979), 32. *Wildavsky* lehnt das Vorsorgeprinzip ab, instruktiv *ders.* in: *But Is It true*, 427ff. Auseinandersetzung mit *Wildavsky* bei *D. Kerwer* Mehr Sicherheit durch Risiko?, in: *P. Hiller/G. Krücken* (Hrsg.) Risiko und Regulierung, 1997, 253.

<sup>56</sup> Aus soziologischer Sicht *H. Popitz* Technisches Handeln (Fn. 47), 128.

<sup>57</sup> Die Bedeutung des „Erfahrungswissens“ nimmt zu, während die Bedeutung der rein technischen Rationalität abnimmt, vgl. *F. Böhle/A. Bolte/I. Drexel/S. Weishaupt* Grenzen wissenschaftlich-technischer Rationalität und „anderes Wissen“, in: *Modernisierung der Moderne* (Fn. 48), 96, 100f., 103f.; *C. Lau/S. Böschen* (Fn. 48), 129–135: Erfahrungswissen durch Eingehen von Risiken. Zur juristischen Umsetzung von Erfahrungswissen; *W. Berg* Vom Wettlauf zwischen Recht und Technik, *JZ* 1985, 401, 403ff.; *F. Nicklisch* Das Recht im Umgang mit dem Ungewissen in Wissenschaft und Technik, *NJW* 1986, 2287, 2288f.; *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), 266, 325f.

geschuldet. Komplexität ist folglich eine Ausgangsbedingung demokratischer Rechtsetzung und nicht Ausdruck einer Zivilisationskrise.<sup>58</sup>

### III. Die Entindividualisierung der Zurechnung

Warum setzt sich das Recht unerfüllbare Aufgaben zum Ziel? Was ist das Motiv für diese Gegenstandserweiterung? Hier kommen wir auf die eingangs erwähnte Veränderung der juristischen Zurechnungskategorien zurück. Die Ausdehnung auf die Möglichkeit basiert auf zwei Prämissen, die als Naturalisierung und Vergesellschaftung der Zurechnung bezeichnet werden können.

#### 1. Risiko als Naturalisierung und Vergesellschaftung der Zurechnung

Technikfolgen werden naturalisiert, nicht individualisiert. Prägend war hier die Erfahrung mit der Kernenergie.<sup>59</sup> Objektive Schadensmöglich-

---

<sup>58</sup> *J. Madison* Federalist Nr. 10, 37, 57, in: *A. Hamilton/J. Madison/J. Jay* Die Federalist Papers, B. Zehnpfennig (Hrsg.), 1993 (1787/88); *H. Kelsen* Allgemeine Staatslehre, 1925, 326, 344, 369f.; *J. Dewey* Freedom and Culture, 1989, 51, 56 (1939); *K. Hesse* Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien, VVDStRL 17 (1959), 11, 18–20; *A. Greifeld* Volksentscheid durch Parlamente, 1983, 24ff., 37ff.; *F. Hufen* Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, VVDStRL 47 (1989), 142, 144, 147; *C. S. Nino* The Constitution of Deliberative Democracy, 1996, 107ff., 134ff.; *H. Hofmann* Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, 23ff., 47f., 55; *C. Möllers* Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch 93 (2002), 22, 28f.

<sup>59</sup> Ihre Bewertung hat sich von der staatlich geförderten umweltfreundlichen Lösung des Energieproblems zum staatlich unterbundenen umweltgefährdenden Langzeitrisiko gewandelt, vgl. *R. Steinberg* Die energiewirtschaftliche Nutzung der Kernenergie – Aufstieg und Ausstieg, in: Technikumsteuerung (Fn. 23), 139; *U. Di Fabio* Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999; *M. Schmidt-Preuß* Konsens und Dissens in der Energiepolitik, NJW 1995, 985; *A. Roßnagel* Sicherheitsphilosophien im Technikrecht – am Beispiel des Atomrechts, UPR 1993, 129; *J. Radkau* Aufstieg und Krise der deutschen Atomwirtschaft, 1983; *H. Hofmann* Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1980, insbes. 258ff. Zu weiterreichenden Auswirkungen *D. Grimm* Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen, in: S. van Buiren/E. Ballerstedt/D. Grimm, Richterliches Handeln und technisches Risiko, 1982, 25; *P. Lerche* Kernkraft und rechtlicher Wandel, 1981. – In der Soziologie führte die Erfahrung des Reaktorunfalls von Tschernobyl zur Prägung des Begriffs der „Risikogesellschaft“, vgl. *U. Beck* Der anthropologische Schock. Tschernobyl und die Konturen der Risikogesellschaft, in: ders. (Hrsg.) Politik in der Risikogesellschaft, 1991, 67 (1986); schließlich *J. Elster* Risiko, Ungewißheit und Kernkraft, in: Risiko und Gesellschaft (Fn. 7), 59.

keiten sollen aufgeklärt werden, bevor Subjekten Schadenswahrscheinlichkeiten zugemutet werden. Die Zurechnung des Schadens wird naturalisiert, weil sie auf naturwissenschaftliche Wirkungszusammenhänge abstellt, die individuellen Handlungen vorausliegen sollen.

Hinzu tritt folgendes. Die diffusen Ursachenzusammenhänge von Umwelttrisiken, die unter anderem zeitversetzte, kumulierende und grenzüberschreitende Effekte auslösen, sind ein gesellschaftliches Phänomen, zu dem alle beitragen.<sup>60</sup> Für schlechte Luft ist letztlich die Gesellschaft verantwortlich. Wird die Zurechnung aber naturalisiert oder vergesellschaftet, muss ein akteurszentriertes Präventionsmodell in der Theorie zu kurz greifen. Die Zurechnung von Ungewissheit verändert sich: von der subjektiven zur objektiven Beherrschbarkeit, vom Einzelnen zum Kollektiv.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Darauf gründet die oft artikulierte Sorge, das Recht leide an einer Kausalitätskrise, weil der Mensch kognitiv unfähig sei, die komplexen naturwissenschaftlichen und sozialen Zusammenhänge überhaupt erfassen zu können. Dazu *E.-H. Ritter* Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: D. Grimm (Hrsg.) Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 69, 72, 85; *U. K. Preuß* Risikoversorge (Fn. 6), 526–532; *U. Di Fabio* Risikoentscheidungen (Fn. 2), 67ff., 88ff.; *G. Teubner* Die unsichtbare „Cupola“: Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung, in: W. Lübbe (Hrsg.) Kausalität und Zurechnung, 1994, 91, 93f.; *K.-H. Ladeur* (Fn. 2), 15ff., 69ff., 84ff., 118ff. Die Idee einer „Kausalitätskrise“ beruht indes auf einer fälschlich unterstellten Vergleichbarkeit normativer Zurechnungen mit naturwissenschaftlicher Kausalität. Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die juristische Debatte; diese aufzeigend und kritisierend *O. Lepsius* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 31–34; zum Zusammenhang von Entsubjektivierung und Kausalitätskrise *ders.* Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, 449ff., 481ff. Vgl. auch *G. Vobruba* Prävention durch Selbstkontrolle, in: Mensch als Risiko (Fn. 2), 29, 33, 40f., der herausarbeitet, wie die Aktivierung des Bezugs des Subjekts zum System und die Reduktion der Subjekte auf systemische Funktionselemente Krisenvorstellungen auslöst. Zum Problem in einer früheren Sicht *A. Kaufmann* Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 569.

<sup>61</sup> Wie hier Risiko als Zurechnungsmodus begreifend *U. Di Fabio* Risikoentscheidungen (Fn. 2), 56, markante Bewertung ebd., 450: „Der maßgebliche Grund für den immer stärker wahrgenommenen Wandlungsprozess in der Dogmatik des öffentlichen Rechts ist der Übergang von im Prinzip konkreter, individualisierbarer, begrifflich bestimmbarer Gefahrenabwehr zu einer sozialgestaltenden Risikoversorge.“ Vgl. auch *E. Denninger* Der Präventions-Staat, KJ 1988, 1, 1, 3 zu Akzentverlagerungen von einem System der Rechtssicherheit zu einem System der Rechtsgütersicherheit; *G. Winter* Das Recht der Risikogesellschaft, KJ 1998, 518, 519f.: Trennung in ein wirtschaftliches und ein technisches Syndrom bei Risiken. Zur gesellschaftlichen Zurechnung von Risiken *U. Beck* Risikogesellschaft, 1986; *ders.* Einleitung, in: Politik in der Risikogesellschaft (Fn. 59), 15, 26; *F. Ewald* Der Vorsorgestaat, 1993; *W. Bonß* Vom Risiko. Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne, 1995; *J. Schmidt* Politische Risikoregulierung als Risikoerzeugung?, in: P. Hiller/G. Krücken (Hrsg.) Risiko und Regulierung, 1997, 279, 281 („Risiken sind Zurechnungsartefakte“). Eine soziologische Ironisierung der soziologischen Risikotheo-

Mit der naturalisierten oder vergesellschafteten Zurechnung von Risiken wird die Abkehr von einer akteurszentrierten Rechtsordnung in Kauf genommen, was zu erheblichen Folgeproblemen führt:<sup>62</sup> Einerseits schlägt sich die Naturalisierung innerhalb des Demokratieprinzips nieder, etwa bei der Überantwortung von Entscheidungen an Experten im Glauben, Wirkungszusammenhänge müssten objektiv erkannt werden, weil sie die Voraussetzung und nicht die Folge demokratischer Rechtsetzung sind. Andererseits wirkt sich die Vergesellschaftung beim Grundrechtsschutz aus, der von Individuen auf gesellschaftliche Prozesse und Funktionen ausgedehnt wird.<sup>63</sup>

Die Diskussion um den Risikobegriff hat eine verfassungsrechtliche Dimension, die um die Stellung des handelnden Subjekts in der Rechtsordnung kreist. Die Debatte ist Ausdruck einer kognitiven Verschiebung vom Einzelnen auf die Gesellschaft. Nur dann besteht überhaupt das Bedürfnis, über die Mittel des Ordnungsrechts hinaus zu gelangen. Die Kollektivierung der Zurechnung beraubt die Gefahrenabwehrdogmatik der Eckpunkte, mit denen sie Verursachung und Rechtsgüter individuell zurechnet. Hierin liegt die Paradoxie des Risikos: Erst die Naturalisierung

---

rien bei *B. Kleinwelfonder* Der Risikodiskurs. Zur gesellschaftlichen Inszenierung von Risiko, 1996; als systemtheoretische Selbstreflexion *M. Heidenescher* Die Beobachtung des Risikos. Zur Konstruktion technisch-ökologischer Risiken in Gesellschaft und Politik, 1999, 29ff.

<sup>62</sup> Vgl. die Bewertung durch *U. Di Fabio* Risikoentscheidungen (Fn. 2), 96: „Die Komplexitätszunahme staatlicher Schutzaufgaben im Umwelt-, technischen Sicherheits- und Produktrecht insgesamt ließ die Vorstellung einer durch Parlamentsgesetze im Wesentlichen gesteuerten Verwaltung bald ebenso inadäquat werden wie das traditionelle Konzept individueller Verantwortungszurechnung und daran geknüpfte Handlungs- und Haftungspflichten.“ Siehe auch *W. Hoffmann-Riem* Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz. Einleitende Problemskizze, in: ders./E. Schmidt-Abmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 9, 39: Verwaltungsrechtswissenschaft werde zur Steuerungswissenschaft; *A. Scherzberg* Wissen, Nichtwissen und Ungewißheit im Recht, in: C. Engel/J. Halfmann/M. Schulte (Hrsg.) Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, 2002, 113, 121f., 142f.; *R. Wolf* Antiquiertheit (Fn. 50), 384–391: veränderter Ordnungsrahmen für regulative Politik, Neuorganisation des Normsetzungsprozesses, überkommene Muster der Zuschreibung von persönlicher Verantwortung werden obsolet, Entwertung der Kategorien der Schuld und Kausalität.

<sup>63</sup> *K.-H. Ladeur* Die liberale Rechtsordnung und die Institutionalisierung des Zwangs zur Selbsterneuerung der Gesellschaft – Zur Ermöglichung von Lernfähigkeit in der „Gesellschaft der Organisationen“, in: *W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider* (Hrsg.) Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, 40, 51ff.; ders. AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 19 Abs. 3 Rn. 1–4, 18ff. Die rechtlichen Folgeprobleme diagnostiziert *R. Wolf* Die Risiken des Risikorechts, in: *A. Bora* (Hrsg.) Rechtliches Risikomanagement, 1999, 65. Er sieht jedoch keinen Ausweg, weil (oder sollte man sagen: solange?) die Rechtsordnung ein umfassendes Sicherheitsversprechen gibt.

und Vergesellschaftung machen es zu einem Rechtsproblem, das aber gerade wegen der neuen Zurechnungen vom Rechtssystem nicht mehr bewältigt werden kann. Denn weder eine scheinbar objektive Größe wie Natur noch eine kollektive Größe wie Gesellschaft kann ein positiver Zurechnungspunkt des Rechts sein. Rechte und Pflichten treffen nur Rechtssubjekte, hinter denen Individuen stehen. Von Individuen geht die Legitimation der Rechtsordnung aus, zu ihrem Schutz wird sie begrenzt. Gesellschaftliche Auswirkungen sind nur der mittelbare, kumulative Effekt der Handlungszentrierung des Rechts.<sup>64</sup> Eine gesellschaftliche Zurechnung hingegen würde die freiheitssichernde Differenz zwischen der Rechtsordnung, dem Staat, und der Gesellschaft beseitigen.

## 2. Rezeption sozialwissenschaftlicher Problemwahrnehmungen

Die Begriffe „Risiko“<sup>65</sup> und „Steuerung“<sup>66</sup> kanalisieren das Problem in eine sozialwissenschaftliche Perspektive.<sup>67</sup> Sie sind terminologische Transmissionsriemen, mit denen technische und gesellschaftliche Erwartungshaltungen disziplinenübergreifend gebündelt werden. Dabei ent-

<sup>64</sup> Vgl. *H. Kelsen* Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, 34f., 44f.; *ders.* Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, 35, 52–59.

<sup>65</sup> Vgl. *G. Bechmann* Risiko als Schlüsselkategorie in der Gesellschaftstheorie, in: Risiko und Gesellschaft (Fn. 7), 237, 239ff., sowie die Nachweise Fn. 2.

<sup>66</sup> Der Begriff der „Steuerung“ und seine Bestandteile „direkte“ und „indirekte“ Steuerung sind in der verwaltungsrechtlichen Diskussion nahezu omnipräsent geworden, vgl. etwa *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.) Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997; *M. Kloepfer* Technikumsteuerung (Fn. 23); *K. Vieweg* (Hrsg.) Techniksteuerung und Recht, 2000; *W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.) Innovation und Telekommunikation. Rechtliche Steuerung von Innovationsprozessen in der Telekommunikation, 2000; *ders.* Innovationssteuerung durch die Verwaltung, Die Verwaltung 33 (2000), 155; *M. Schmidt-Preuß* Steuerung durch Organisation, DÖV 2001, 45, 47ff.; Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, Die Verwaltung Beiheft 4 (2001).

<sup>67</sup> Zum sozialwissenschaftlichen Hintergrund des Begriffs und seiner juristischen Rezeption: *R. Voigt* Grenzen rechtlicher Steuerung, in: *ders.* (Hrsg.) Recht als Instrument der Politik, 1986, 14; *E.-H. Ritter* Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: *D. Grimm* (Hrsg.) Wachsende Staatsaufgaben (Fn. 60), 69; *G. F. Schuppert* Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert* (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 65; *U. Di Fabio* Risikosteuerung im öffentlichen Recht, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 143, 143–146; *G. Roellecke* Verwaltung und Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 29 (1996), 1, 13f.; *E. Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 45), 18ff., 175ff.; *A. Voßkuhle* Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft, Die Verwaltung 32 (1999), 545, 547–550.

stammen beide Aspekte, Risiko und Steuerung, unterschiedlichen Theorienansätzen innerhalb der Soziologie: der Idee der Risikogesellschaft und der Idee der Steuerungswissenschaft. Ihre juristische Symbiose beleuchtet das Problem der interdisziplinären Transferleistung,<sup>68</sup> das bei der Umsetzung sozialwissenschaftlicher Diagnosen zu bewältigen ist.<sup>69</sup> Auch unter dem Eindruck einer sozialwissenschaftlichen Öffnung der Rechtswissenschaft<sup>70</sup> sollten solche Perspektivenimporte nicht zu einem kogni-

---

<sup>68</sup> Zur „interdisziplinären Transferleistung“ C. Möllers Theorie und Praxis (Fn. 58), 34ff.; H. Schulze-Fielitz Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?, JöR 50 (2002), 1, 50–52; A. Voßkuhle Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch 92 (2001), 184, 196f., 209f.; ders. Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.) Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, 171, 181ff.; exemplarisch am Begriff der „Verantwortung“ H. C. Röhl Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, Die Verwaltung Beiheft 2 (1999), 33, 34f., 46f., 53ff. Eine Paralleldedebatte wird bezogen auf die Ökonomik geführt, vgl. nur M. Morlok Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: C. Engel/ders. (Hrsg.) Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, 1, 10ff. und die weiteren Beiträge dieses Bandes; O. Lepsius Die Ökonomik als neue Referenzwissenschaft für die Staatsrechtslehre?, Die Verwaltung 32 (1999), 429; J.-P. Schneider Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung 34 (2001), 317; M. Wallerath Die Ökonomisierung des Staates, JZ 2001, 209.

<sup>69</sup> Bei der Diskussion um den Risikobegriff hat man den Eindruck, als ob die beiden unterschiedlichen soziologischen Risikoverständnisse in der juristischen Diskussion durchkreuzt werden. Wer ein steuerungswissenschaftliches Grundverständnis teilt oder systemtheoretisch inspiriert ist, benutzt oft den gesellschaftlichen Risikobegriff der „Theorie der zweiten Moderne“ Beck's und mißt ihn an systemtheoretisch vorgeprägten rechtlichen Erwartungen. Schon soziologisch könnte diese juristische Gegenüberstellung nicht bewältigt werden. Auch um soziologisch die Kommensurabilität der Diskussions Ebenen zu gewährleisten, muss ein auf das Individuum bezogener Risikobegriff verwendet werden. Andernfalls wird eine weder juristisch noch gesellschaftstheoretisch zu bewältigende Kluft nicht auflösbarer Theorieerwartungen konstruiert.

<sup>70</sup> Zu früheren Ansätzen vgl. D. Grimm (Hrsg.) Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Band 1, 2. Aufl. 1976; G. Dilcher/W. Hassemer/W. Hoffmann-Riem/N. Horn (Hrsg.) Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, 4 Bände 1977–1978; W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) Sozialwissenschaften im Öffentlichen Recht, 1981. Die empirische Bandbreite der Sozialwissenschaften wird in der juristischen Diskussion nicht ausgeschöpft. Die Rezeption sozialwissenschaftlicher Ergebnisse im deutschen öffentlichen Recht ist theorieastig und empirieforn. Dazu C. Möllers Theorie und Praxis (Fn. 58), 40–42. Zur sehr viel empirischeren Ausrichtung in den USA J. Goldsmith/A. Vermeule Empirical Methodology and Legal Scholarship, University of Chicago Law Review 69 (2002), 153; R. Revesz A Defense of Empirical Legal Scholarship, ebd., 169; R. Erickson/R. Simon The Use of Social Science Data in Supreme Court Decisions, 1998; J. Monahan/L. Walker Social Science in Law, 3. Aufl. 1994; P. Rosen The Supreme Court and Social Science, 1972; sowie die umfangreiche Literatur über den Legal Realism, dazu nur J. Schlegel American Legal Realism and Empirical Social Science, 1995; historisch:

tiven und dogmatischen Auftrag des Verwaltungsrechts erklärt werden, zumal die gesellschaftstheoretische Problemformulierung des Risikos weder für die Rechtswissenschaft verpflichtend noch in den Sozialwissenschaften unumstritten ist.<sup>71</sup>

Das gilt auch für den Gebrauch des Begriffs der „Steuerung“. Auch er ist Ausdruck einer kognitiven Veränderung, denn er suggeriert eine rechtliche Beherrschbarkeit individueller Entscheidungen, die schon mit der Grundkonstante des freien Individuums unvereinbar ist.<sup>72</sup> Wer von „Steuerung“ spricht, hat die Entindividualisierung des Zurechnungssubjekts schon vorausgesetzt.<sup>73</sup> Der Begriff der Steuerung und erst recht das Leitbild einer Steuerungswissenschaft sollten in juristischen Kontexten vermieden werden, weil sie unangemessene Erwartungshaltungen mitschleppen und den Gegensatz zwischen dem individuellen Verhalten und seinen gesellschaftlichen Reflexen aufheben.<sup>74</sup>

---

*O. Lepsius* Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, 240ff.; *N. Duxbury* Patterns of American Jurisprudence, 1995, 65ff.

<sup>71</sup> Zur Kritik in den Sozialwissenschaften *R. Münch* Die „zweite Moderne“: Realität oder Fiktion?, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 54 (2002), 417; *ders.* Risikopolitik, 1996, 34ff.; *B. Gill* Ungewißheit, administrative Entscheidungen und Demokratie, *ÖZP* 27 (1998), 29, 39ff.; *K. v. Beyme* Der Gesetzgeber, 1997, 19ff.; *J. Alexander/P. Smith* Social Science and Salvation: Risk Society as Mythical Discourse, *Zeitschrift für Soziologie* 25 (1996), 251; *D. Brock* Die Risikogesellschaft und das Risiko soziologischer Zuspitzung, *Zeitschrift für Soziologie* 20 (1991), 12; *G. Bechmann* Risiko als Schlüsselbegriff der Gesellschaftstheorie, *KritVj* 1991, 212; *H. Joas* Das Risiko der Gegenwartdiagnose, *Soziologische Revue* 11 (1988), 1. Vgl. auch *T. Kron* (Hrsg.) Individualisierung und soziologische Theorie, 2000; *M. Schroer* Das Individuum der Gesellschaft, 2000. Zum prinzipiellen Problem *H. Albert* Theorien in den Sozialwissenschaften, in: *ders.* (Hrsg.) Theorie und Realität (Fn. 46), 3ff.

<sup>72</sup> *O. Lepsius* Steuerungsdiskussion (Fn. 60), 10ff.; *C. Möllers* Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, *VerwArch* 90 (1999), 187, 203ff.; *R. Münch* Risikopolitik, 1996, 41ff.

<sup>73</sup> So etwa *W. Hoffmann-Riem* Organisationsrecht als Steuerungsressource, in: *Verwaltungsorganisationsrecht* (Fn. 66), 355, 358f., der von der „Beeinflussung von Ergebnissabläufen (Ereignisketten, -kaskaden, -rückkoppelungen u.a.)“ spricht. Ihm zustimmend *A. Voßkuhle* Methode (Fn. 68), 181.

<sup>74</sup> Kritisch auch *C. Möllers* (Fn. 72), 197ff.; *ders.* Theorie und Praxis (Fn. 58) 44ff.; anderer Ansicht *E. Schmidt-Aßmann* Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert* (Fn. 67), 11, 15; *G. F. Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 67), 65, 69ff.; *ders.* Verwaltungswissenschaft, 2000, 347ff.; *ders.* Staatswissenschaft, 2003, 90, 389–395, 457–459.



### 3. Rückkehr zu individualisierenden Zurechnungen als soziale Leistung des Rechts

Nach alledem gilt: Wer Risikosteuerung als juristisches Problem versteht, muss den Regelungsanspruch reduzieren: Von der Ungewissheit der Möglichkeit auf die Ungewissheit der Wahrscheinlichkeit; von einer kollektiven Zuschreibung auf eine subjektive Zurechnung.<sup>75</sup> Andernfalls würden soziale oder technische Erwartungen geweckt, die das Recht schon theoretisch nicht erfüllen kann und die praktische Enttäuschungen hervorrufen müssen.<sup>76</sup> Sie schlagen sich dann als Normerosion,<sup>77</sup> Vollzugsdefizit,<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Die kognitiven Probleme bei der Erkenntnis von Kausalbeziehungen können nur durch ihre normative Transformation in Zurechnungen überwunden werden. Vgl. dazu schon *H. Kelsen* Kausalität (Fn. 51): In primitiven Gesellschaften herrschten kollektivistische Einstellungen vor (21–23); der Primitive begreife die Natur als ein Stück der Gesellschaft. Individuelle Zurechnungen und normatives Denken sind ein sozialer Fortschritt gegenüber naturalistischen Kausalitätsvorstellungen (46, 43–49, 279–282). Siehe auch *ders.* Kausalität und Zurechnung, *ÖZöR* 6 (1954), 125; *ders.* Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 79–102. Nur im Zurechnungsmodus kann zudem die Willensfreiheit des Menschen bewahrt bleiben; das Kausalmodell muss den Menschen für unfrei halten, vgl. ebd., 95 ff.

<sup>76</sup> Die Überforderung des Staates durch übertriebene Erwartungen an Staatsaufgaben beklagen auch *R. Wahl/I. Appel* Prävention (Fn. 11), 30, 67, 213 f. Das Phänomen positiv umsetzend *H.-J. Koch* Innovationssteuerung im Umweltrecht, in: *Innovationsforschung* (Fn. 63), 273, 275–280. Dass Sicherheit und Unsicherheit keine festen, eindeutig bestimmbareren Größen, sondern veränderbare gesellschaftliche Konstruktionen sind, belegen *W. Bonß/J. Hohl/A. Jakob* Die Konstruktion von Sicherheit in der reflexiven Moderne, in: *Modernisierung der Moderne* (Fn. 48), 147, 147 f., 157 f.

<sup>77</sup> Beispielhaft *R. Steinberg* Symbolische Umweltpolitik unter besonderer Berücksichtigung der Beschleunigungsgesetzgebung, in: B. Hansjürgens/G. Lübke-Wolff (Hrsg.) *Symbolische Umweltpolitik*, 2000, 63, 92–95; im Zusammenhang mit Risikoangst *W. Hassemer* (Fn. 1), 630.

<sup>78</sup> Vgl. *K. Dammann* Vollzugsdefizite oder Vollzugsfehler? Juristische Risiken bei Umweltschutz- und Technikkonflikten, in: *Risiko und Regulierung* (Fn. 55), 39, 55, 61 ff., der erläutert, wie gerade im Umwelt- und Technikrecht Abweichungen von bloßen Erwartungen fälschlich als Vollzugsdefizit problematisiert werden. Aus der umfangreichen juristischen Literatur vor allem *G. Lübke-Wolff* Erscheinungsformen symbolischen Umweltrichts, in: B. Hansjürgens/G. Lübke-Wolff (Hrsg.) *Symbolische Umweltpolitik*, 2000, 25, 28–42; *dies.* Modernisierung (Fn. 38), 1 ff., 71 ff. mwN; *dies.* Vollzugsprobleme der Umweltverwaltung, *NuR* 1993, 217, 220, 226 f.; *W. Brohm* Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, *NVwZ* 1988, 794, 796; aus soziologischer, politik- und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht: *R. Wolf* Technik (Fn. 4), 205 ff.; *A. Windhoff-Héritier* Politikimplementation, 1980; *J. Hucke* Die Implementation umweltpolitischer Programme, in: E. Gawel (Hrsg.) *Institutionelle Probleme der Umweltpolitik*, 1996, 59; *M. van Mark* Die Politik- und Vollzugskosten der Umweltpolitik, ebd., 128.

Steuerungsversagen<sup>79</sup> oder auch Politikverdrossenheit nieder. Gerade weil es sich beim Risiko um ein gesellschaftliches oder technisches Problem handelt, liegt die soziale Leistung des Rechts nicht in einem vermeintlich wirklichkeitsorientierten Auftrag, soziale Komplexität abzubilden, sondern in der Reduktion der Komplexität durch juristische Zurechnungen.<sup>80</sup> Ungewissheit darf juristisch weder auf die Gesellschaft noch auf eine naturwissenschaftlich objektive Technikbeherrschung bezogen werden, weil diese Ziele juristisch nicht einlösbar sind, so dass das Recht seine soziale Leistung zur Komplexitätsreduktion nicht erbringen könnte.

#### IV. Risiko als ungewisse Wahrscheinlichkeit

Die Aufgabe des Risikoverwaltungsrechts kann nur die individuelle Zurechnung ungewisser Wahrscheinlichkeit sein.<sup>81</sup> Dabei bedarf es zugleich einer Form, die sich vom Zurechnungsmodell der klassischen Gefahrenabwehr unterscheidet.

<sup>79</sup> Krisenszenarien etwa bei *R. Pitschas* *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, 48–71; *G.-P. Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999, 60–83. Vgl. auch *D. Grimm* *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in: *Wachsende Staatsaufgaben* (Fn. 60), 291, 294–296; *T. Ellwein/J. J. Hesse* *Der überforderte Staat*, 1994, 67ff.

<sup>80</sup> Vgl. *J. Frank* *Kollektive oder individuelle Steuerung der Umwelt?* KJ 22 (1989), 36, der individualisierende Regelungstechniken empfiehlt und auf Defizite kollektiver Steuerungsansätze aufmerksam macht. Für eine Re-Individualisierung auch *C. Lau* *Neue Risiken und gesellschaftliche Konflikte*, in: *Politik in der Risikogesellschaft* (Fn. 59), 248, 258, 261 f. *G. Lübke-Wolff* *Modernisierung* (Fn. 38), 84f. zur Überkomplexität auf der Ebene der gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorschriften; 99f., 139ff. zur Komplexitätsreduktion durch Normsetzung; Forderung nach Herstellung von Zurechenbarkeit auch bei *U. Beck* *Gegengifte*, 1988, 287 („andere Regeln, andere Wirklichkeit“). Im Umkehrschluss *R. Wolf* *Antiquiertheit* (Fn. 50), 391: „Je mehr das Recht seine ‚Resonanzfähigkeit‘ für moderne technische Entwicklungen zu sichern versucht, um so mehr hört es auf, normativer Maßstab für das Erlaubte und Gebotene der Technik zu sein.“

<sup>81</sup> Kausalitäten können nur als Wahrscheinlichkeitsgesetze formuliert werden, so schon *H. Kelsen* *Kausalität* (Fn. 51), 270, 276. Die Kausalität ist kein objektives Band zwischen Ursache und Wirkung. „Nur eine Norm kann mit dem Anspruch auf Unverbrüchlichkeit auftreten; denn sie ist keine Aussage über die Wirklichkeit und kann daher zu dieser niemals in Widerspruch geraten. Diese Wirklichkeit aber – so wie sie nun einmal menschlicher Erkenntnis gegeben ist – lässt keine unverbrüchliche Gesetzmäßigkeit als Deutungsschema zu, sie lässt sich nicht durch ein absolute Notwendigkeit des Geschehens behauptendes Kausalgesetz beschreiben.“ *Ebd.*, 277.

### 1. Relations- und Selektionsbedürftigkeit

Wahrscheinlichkeit kann nicht absolut, sondern immer nur im Verhältnis verschiedener Parameter bestimmt werden. Wir stehen vor einer Relationierungsaufgabe.<sup>82</sup> Relationen müssen juristisch ermittelt werden, damit Wahrscheinlichkeitsurteile überhaupt getroffen werden können. Sonst ließen sich nur Hypothesen konstruieren, die wieder dem rechtlich nicht regelbaren Bereich der Möglichkeit zuzuordnen wären. Mit Relationierungen wird der Weg aus der Ungewissheitsfalle gewiesen: Das Recht selbst trägt durch Zurechnungen zur Beseitigung faktischer Ungewissheit bei.<sup>83</sup> Die potentielle Unendlichkeit naturwissenschaftlicher Wirkungszusammenhänge muss selektiert werden, sonst blieben Wirkungszusammenhänge objektiv unendlich und subjektiv nicht erkennbar.<sup>84</sup> Der Adressat rechtlicher Risikoregulierung ist daher nicht der Mathematiker, sondern der Ingenieur. Er wäre überfordert, wenn er Wahrscheinlichkeitsurteile über nicht relationierte Gefahren abgeben soll.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Vgl. *J. Dewey* Gewißheit (Fn. 46), 107: Relationen bilden die eigentlichen Gegenstände der Wissenschaft. „Die Zurückführung der Erfahrungsgegenstände auf die Form von Relationen, die bezüglich ihrer qualitativen Eigenschaften neutral sind, ist eine Voraussetzung der Fähigkeit, den Verlauf der Veränderungen so zu regulieren, dass er zu dem Vorkommen eines Gegenstandes mit den gewünschten Qualitäten führt.“ Ähnlich ebd., 128–131, 148, 181. Vgl. auch *E. Cassirer* Substanzbegriff und Funktionsbegriff, 6. Aufl. 1990 (1910), insbes. 148 ff., 359 ff., 410 ff., der nach einer gründlichen Untersuchung zeitgenössisch moderner naturwissenschaftlicher Begriffsbildungen herausarbeitet, dass die wissenschaftliche Erkenntnis nicht auf Substanzbegriffe, sondern Relationsbegriffe gerichtet ist.

<sup>83</sup> Vgl. dazu *R. Wahl* Risikobewertung (Fn. 13), 279–281, 295, der von „freiheits-sichernden Anforderungen an die Darlegung der Kausalität“ (281) spricht. Der Gefahrenbegriff bezeichne die Stelle, bei der es dem Staat erlaubt ist, freiheitsbeschränkende Maßnahmen durchzuführen. Die Bestimmung der Gefahrenschwelle sei eine sehr sensible Stelle im Verhältnis des Staates zum Einzelnen. Ihre Fixierung setze unvermeidlich Wertungen voraus, ebd. 279.

<sup>84</sup> Dazu *E. Cassirer* (Fn. 82), 410–432.

<sup>85</sup> Vgl. *M. Heymann/U. Wengenroth* (Fn. 48), 109: Die Ingenieurwissenschaften hätten sich seit dem Zweiten Weltkrieg immer mehr dem mathematischen Naturwissenschaftsideal angenähert und sich als angewandte Naturwissenschaften begriffen. Dies wird von den Autoren kritisiert. Sie fordern für die Ingenieurwissenschaften die Rückkehr zum Könnensbeweis statt des Wahrheitsbeweises. Ersterer sei in den letzten Jahren auf dem Vormarsch, und der menschliche Faktor in der Konstruktion und das Erfahrungswissen des Konstrukteurs seien im Begriff, wieder entdeckt zu werden (116 f.). Die von Experten bestimmte „richtige Technik“ müsse einer von der Gesellschaft politisch bestimmten gewünschten Technik weichen. Dieses Technikverständnis kreise nicht mehr um den Begriff der Wahrheit, sondern den des Gelingens, ebd. 121.

An der Relationierungsaufgabe des Rechts führt kein Weg vorbei.<sup>86</sup> Daher wäre es kontraproduktiv, das Heil in holistischen oder ganzheitlichen Ansätzen zu suchen.<sup>87</sup> Diese scheuen vor der Selektion in der Annahme zurück, der Komplexität nicht gerecht zu werden, obwohl sich gerade nur durch komplexitätsreduzierende Selektion die Ungewissheit juristisch beheben lässt.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Zur Notwendigkeit von Selektionsentscheidungen und einem sektoralen Regelungs-zugriff vgl. *E. Gawel* Umweltpolitik durch gemischten Instrumenteneinsatz, 1991, 53 ff.; *ders.* Umweltordnungsrecht – ökonomisch irrational? in: *ders./G. Lübke-Wolff* (Hrsg.) Rationale Umweltpolitik – rationales Umweltrecht, 1999, 237, 243; *R. Wahl/I. Appel* Prävention (Fn. 11), 28 f., 58 f., 92 ff., 118, 125 ff.; *K.-H. Ladewig* Risikobewertung und Risikomanagement im Anlagensicherheitsrecht, UPR 1993, 121, 122 (die Annahme von Wahrscheinlichkeiten ist keine Eigenschaft von Tatsachen, Objekten oder Systemen, sondern beruht auf kognitiven Prämissen); *ders.* Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 75, 99 f.; *ders.* Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *RabelsZ* 64 (2000), 60, 80; *A. Vofsi* Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informationsgesellschaft, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 349, 394; *O. Lepsius* Besitz (Fn. 60), 172 ff., 192 ff., 429 ff.

<sup>87</sup> Dies befürwortend hingegen *W. Hoffmann-Riem* Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, 67, 93, 201, 363; *ders.* Organisationsrecht als Steuerungsressource, in: *Verwaltungsorganisationsrecht* (Fn. 66), 355–395 (376, 385, 395); *ders.* Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in: *ders./E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert* (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 115–175, 167; *ders.* Ganzheitliche Verfassungsrechtslehre und Grundrechtsdogmatik, *AöR* 116 (1991), 501–520, 503 Fn. 16, 516 ff.; *E. Böhne* Langfristige Entwicklungstendenzen im Umwelt- und Technikrecht, in: *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Fn. 67), 217, 228–238, 253 f.; *K. Lange/A. Karthaus* Medienübergreifende Umweltverantwortung, in: *K. Lange* (Hrsg.) Gesamtverantwortung statt Verantwortungspazellierung im Umweltrecht, 1997; *D. Murswiek* Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, *DVBl* 1994, 77, 79; abgeschwächt auch bei *E. Schmidt-Aßmann* Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts: Einleitende Problemskizze, in: *ders./W. Hoffmann-Riem*, ebd., 9, 30–32, 39.

<sup>88</sup> Zur Kritik ganzheitlicher Ansätze *R. Breuer* Gutachten B, 59. DJT 1992, 115; *R. Steinberg* Zulassung von Industrieanlagen im deutschen und europäischen Recht, *NVwZ* 1995, 209, 218; *ders.* Verfassungsstaat (Fn. 11), 124 f.; *J. Masing* Kritik des integrierten Umweltschutzes, *DVBl* 1998, 549, 551 f., 554; *U. Di Fabio* Integratives Umweltrecht, *NVwZ* 1998, 329, 331, 333, 336; *R. Wahl* Materiell-integrative Anforderungen an die Vorhabenzulassung, *NVwZ* 2000, 502, 503–506; *O. Lepsius* Besitz (Fn. 60), 426–430; *ders.* Vom Abfall zum Produkt, *NVwZ* 2003, 1182, 1187.

## 2. Normative Nachverdichtung der offenen Relationierung des Gefahrenbegriffs

Entscheidend ist vielmehr, nach welchen Kriterien die Selektionsentscheidung getroffen wird, denn diese legt die Parameter fest, auf deren Basis Wahrscheinlichkeitsurteile gefällt werden können. Das Grundmuster einer Relationierung enthält das Polizeirecht: Bei hinreichender Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts wird eine Rechtsgutverletzung einer Handlung<sup>89</sup> zugerechnet. Die Gefahrenabwehrdogmatik lässt alle Parameter offen: Sie kann sich auf jede Handlung beziehen, jede Rechtsgutverletzung erfassen und ist auch in puncto Wahrscheinlichkeit schwer begrenzt.<sup>90</sup> Die Offenheit des Gefahrenbegriffs wird durch den faktischen Einzelfallbezug konkretisiert.<sup>91</sup> Eine Wahrscheinlichkeitsprognose kann erst getroffen werden, wenn im Einzelfall eine Rechtsgutverletzung droht. Erst der konkrete faktische Fallbezug ermöglicht die Relationierung. Daher bedarf bereits eine abstrakte Gefahr der normativen Konkretisierung durch eine Verordnung. Bloße Tatsachen genügen mangels Einzelfallbezugs nicht mehr für die Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutverletzung. Die abstrakte Gefahr bedarf der Normierung.

Hier kommt der Risikobegriff zu seinem Recht. Wenn keine faktische Relationierung möglich ist, kann nicht mehr mit dem klassischen Gefahrenbegriff gearbeitet werden.<sup>92</sup> Gerade weil der offene Gefahrenbegriff

---

<sup>89</sup> Oder: Sachherrschaft; zu den damit verbundenen Abgrenzungen und unterschiedlichen Zurechnungsmodi *O. Lepsius* Besitz (Fn. 60), 220ff.

<sup>90</sup> Seit jeher strittig ist, welche Kausalitätserfordernisse an die Wahrscheinlichkeit zu stellen sind und ob sie subjektiv oder objektiv zu ermitteln ist, vgl. *F. Schoch* Polizei- und Ordnungsrecht, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2003, 2. Kap. Rn. 89–92; *M. Möstl* Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 164f.; *R. Poscher* Gefahrenabwehr, 1999, 49ff., 83ff., 114ff.; *E. Denninger* in: H. Lisken/E. Denninger (Hrsg.) Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, Rn. E 30ff., E 42; *C. Gusy* Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 107–120; *B. Pieroth/B. Schlink/M. Kniessel* Polizei- und Ordnungsrecht 2002, 65f.; BVerwGE 45, 51, 57.

<sup>91</sup> Zur Leistungsfähigkeit des Gefahrenbegriffs bei stabilen Wissensbeständen und ihren strukturbildenden Paradigmen im Vergleich zum „Risiko“ auch *K.-H. Ladeur* Umweltrecht (Fn. 2), 78; *ders.* Risikooffenheit und Zurechnung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 111, 114–121.

<sup>92</sup> So etwa *U. K. Preuß* Risikovorsorge (Fn. 6), 529f.; *K.-H. Ladeur* Risikobewertung (Fn. 86), 123f.; *ders.* Umweltrecht (Fn. 2), 69ff.; *A. Scherzberg* Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), 484, 495–497; *U. Di Fabio* Risikovorsorge (Fn. 16), 163; *ders.* Risikoentscheidungen (Fn. 2), 67f.; *R. Wahl* (Fn. 15) 26. Lfg. 1997, Vorbem. GenTG Rn. 19; *G. Lübke-Wolff* IVU-Richtlinie (Fn. 39), 778. Vgl. auch *K.-H. Ladeur* Risikooffenheit (Fn. 91), 121; Die die kognitive Infrastruktur des Gefahrenbegriffs bildende Erfahrung sei

potentiell auf jede faktische Relation anwendbar ist, ist er auf ungewisse Wahrscheinlichkeiten nicht anwendbar, denn diesen fehlt die Konkretisierbarkeit durch den Einzelfall.<sup>93</sup> Nicht aus normativen, sondern aus faktischen Gründen genügt der Gefahrenbegriff nicht mehr.

Dieses Defizit darf nun aber nicht dadurch behoben werden, dass naturwissenschaftliche oder sozialtheoretische Zuschreibungen die Funktion des Sachverhaltsbezugs übernehmen. Aus der faktischen Relationsbedürftigkeit im Einzelfall darf nicht auf die normative Relationsunfähigkeit im Allgemeinen geschlossen werden. Risiko als Rechtsproblem vermittelt uns vielmehr die Einsicht, dass die Lösung nicht in faktischen Relationierungen, sondern in der Normativierung der Zurechnungsparameter gefunden werden muss. Mit anderen Worten: Normative Bewertungen müssen die Funktion der faktischen Konkretisierung übernehmen. Dies zu erreichen muss das Ziel der Risikoregulierung sein. Die Vielzahl unbekannter Variablen muss durch normative Selektion und Konkretion reduziert werden.<sup>94</sup>

Die Lösung liegt also nicht in der prinzipiellen Abkehr von der ordnungsrechtlichen Gefahrenabwehrdogmatik, sondern in ihrer normativen Nachverdichtung. Dabei stellen sich zwei Aufgaben: zum einen die materielle Umsetzung durch adäquate Instrumente, zum anderen die organisatorische Umsetzung durch institutionelle Differenzierung.

---

in jüngster Zeit durch normative Elemente und durch Regeln ersetzt worden, die an die Stelle von situativen Abschätzungen getreten seien.

<sup>93</sup> Dies zeigt sich übrigens auch in der Dogmatik des Polizeirechts selbst, dessen Eingriffsvoraussetzungen einerseits reduziert werden, etwa durch geringere Faktenerfordernisse, welche die konkrete Gefahr einer bloßen Gefährlichkeit annähern, andererseits durch zahlreiche neue Tatbestände erweitert werden. Vgl. *D. Kugelmann* Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, *DÖV* 2003, 781, 783 ff.; *K. Waechter* Zur aktuellen Situation des Polizeirechts, *JZ* 2002, 854, 855, 857 f. Wie das Polizeirecht Elemente des Vorsorgeprinzips dogmatisch verarbeitet verdeutlichen *C. Möllers* Polizeikontrollen ohne Gefahrenverdacht, *NVwZ* 2000, 382; *H.-H. Trute* Die Erosion des klassischen Polizeirechts durch die polizeiliche Informationsvorsorge, *FS Jeand'heur*, 1999, 403, 406–412; *D. Neumann* Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, 18–30.

<sup>94</sup> Dazu auch *K.-H. Ladeur* Umweltrecht (Fn. 2), 78, 94–97; *R. Wahl* Risikobewertung (Fn. 13), 284, der von einer Zumutbarkeitsgrenze spricht, die Wertungen erfordere: „Diese müssen zwar möglichst auf der Grundlage fachwissenschaftlicher Aussagen ergehen, sie enthalten aber zugleich Elemente jenseits der alleinigen fachwissenschaftlichen Bewertungen.“

### 3. Instrumentelle Umsetzung auf der Ebene des einfachen Rechts

#### a) Adressatentypisierung, Handlungstypisierung, Erfolgstypisierung

Die materielle Nachverdichtung kann bei der Normativierung eines der drei offenen Parameter des Gefahrenbegriffs ansetzen: des Störers, des Rechtsguts und der Kausalbeziehung. Hierbei kann zwischen der Adressatentypisierung, der Handlungstypisierung und der Erfolgstypisierung unterschieden werden. An die Stelle des Störerbegriffs tritt z.B. der Betreiberbegriff. An die Stelle undefinierter Handlungen treten präzierte Handlungspflichten. Schließlich lässt sich auch die Rechtsgutverletzung typisieren, etwa durch Verbotstatbestände und abstrakt-generelle Festsetzungen von Grenzwerten,<sup>95</sup> Umweltstandards<sup>96</sup> oder Sicherheitsstufen.<sup>97</sup> Hier wird die Schädigung tatbestandlich antizipiert, ohne abwarten zu müssen, ob das Rechtsgut tatsächlich geschädigt wird.

#### b) Instrumentenvielfalt

Je genauer die Parameter normativiert werden, desto leichter lassen sich ungewisse Wahrscheinlichkeiten ermitteln und bewerten. Dabei sind solche Instrumente zur Risikoregulierung besonders geeignet, die nicht bei einer Handlungstypisierung ansetzen, weil die Vielfalt menschlicher Verhaltensmöglichkeiten eine entsprechend umfangreiche Normproduk-

---

<sup>95</sup> So auch *W. Berg* Ungewisser Sachverhalt (Fn. 3), 308–312; *C. Tünnesen-Harmes* Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, 92f. Zum Instrument der Grenzwerte *C. Paul* Grenzwerte als rechtliches Mittel der Techniksteuerung, in: *K. Vieweg* (Hrsg.) Spektrum des Technikrechts, 2002, 21, 23 ff., 29, 35–37; *R. Streinz* Wieviel ist Nichts? Ist Nichts zu viel?, ZLR 2002, 689, 693, 697f.; *R. Henderl* Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis, DÖV 1998, 481, 481–483; *W. Spannowsky* Die Grenzwertkonzeption im Wandel, NVwZ 1995, 845, 846, 848f.; *K. Hansmann* Zur Problematik der Festsetzung von Immissionsgrenzwerten, FS Sandler (Fn. 20), 285, 290ff.; *M. Wagner* Definition von Grenz-, Richt- und Anhaltswerten, in: VDI Koordinierungsstelle Umwelttechnik (Hrsg.) Grenzwerte und Grenzwertfindung, 1990, 11; *G. R. Baum* Grenzwertfindung im Umweltschutz aus politischer Sicht, ebd., 33.

<sup>96</sup> *E. Reh binder* Ein Modell für die Setzung von Umweltstandards, FS Feldhaus, 1999, 141, 143 ff.; *R. Steinberg* Standards des integrierten Umweltschutzes, NuR 1999, 192; *A. Cansier/D. Cansier* Umweltstandards bei Unsicherheit aus entscheidungstheoretischer Sicht, ZAU Sonderheft 10/1999, 157; *G. Lübke-Wölff* Regelbildung versus Entscheidungsspielräume für die Umweltbehörden, in: dies./E. Gawel (Hrsg.) Effizientes Umweltordnungsrecht, 2000, 151; *C. Streffer u. a.* Umweltstandards, 2000, 381 ff.

<sup>97</sup> Gentechnik-Sicherheitsverordnung in der Fassung v. 14. 3. 1995 (BGBl I S. 297, geändert durch Gesetz v. 16. 8. 2002, BGBl I S. 3230) aufgrund von § 7 Abs. 1 GenTG. Zur typisierenden Bewertung durch Sicherheitsstufen *C. Tünnesen-Harmes* (Fn. 95), 94 ff., 109 ff.; *M. Marx* Der Sicherheitsstandard der Betreiberpflichten im Gentechnikrecht, 1997, 133, 277 ff.

tion erforderte. Abstrakt-generelle Erfolgstypisierungen durch Grenzwerte<sup>98</sup> versprechen genauso Erfolg wie Adressatentypisierungen, die das konkrete Verhalten dem Adressaten überlassen. Ein Muster der Risikozurechnung durch Adressatentypisierung ist die Gefährdungshaftung,<sup>99</sup> ein historisch<sup>100</sup> wie ökonomisch<sup>101</sup> bewährtes Instrument.<sup>102</sup> Die hierdurch erreichte Individualisierung des Risikos kann über Versicherungen

<sup>98</sup> Zu den Vorzügen von Grenzwertfestsetzungen auch *N. Luhmann* Grenzwerte der ökologischen Politik. Eine Form von Risikomanagement, in: Risiko und Regulierung (Fn. 55), 195, 202, 206ff.; *R. Wolf* Antiquiertheit (Fn. 50), 386f.; *M. Böhm* Rechtliche Probleme der Grenzwertfindung im Umweltrecht, UPR 1994, 132; *G. Winter* Einleitung, in: ders. (Hrsg.) Grenzwerte, 1986, 1, 23f. Anderer Ansicht *K.-H. Ladewig* Alternativen zum Konzept der „Grenzwerte“ im Umweltrecht – Zur Evolution des Verhältnisses von Norm und Wissen im Polizeirecht und im Umweltplanungsrecht, ebd., 263, der die Erfolgstypisierung als „Scheingewissheit“ tadelt, dadurch aber den normativen Vorzug wieder zu einem vermeintlich realitätswidrigen Nachteil stilisiert.

<sup>99</sup> Zu Sinn und Rechtfertigung der Gefährdungshaftung vgl. *K. Larenz/C.-W. Canaris* Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, 13. Aufl. 1994, § 84; *H. Kötz* Haftung für besondere Gefahr – Generalklausel für die Gefährdungshaftung, AcP 170 (1970), 1, 14ff., 22ff.; immer noch einschlägig *R. Müller-Erzbach* Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 109 (1912), 1, 57ff., 142.

<sup>100</sup> Vgl. *I. vom Feld* Dampfesselüberwachung (Fn. 4); *M. Eckardt* Technischer Wandel und Rechtsrevolution. Ein Beitrag zur ökonomischen Theorie der Rechtsentwicklung am Beispiel des deutschen Unfallschadensrechts im 19. Jahrhundert, 2001, 213ff., 249ff.; *R. Ogorek* Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, 1975, 61ff., 98ff.

<sup>101</sup> *P. Salje* Technikrecht und Ökonomische Analyse, in: Handbuch des Technikrechts (Fn. 16), 73, 90; *J. Schmidt* Risikoregulierung (Fn. 61), 287ff.; *P. Trimarchi* Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, ZHR 136 (1972), 118, 127ff., der als Vorzüge der Gefährdungshaftung anführt: Gesamtwirtschaftlich effizienter Präventionsaufwand, Druckmittel zur Beschleunigung des technischen Fortschritts, Risikozurechnung auf das Unternehmen, Kostenreduzierung durch Beweislastvereinfachung. Des Weiteren: *M. Adams* Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1984, 36ff.; *J. Taupitz* Ökonomische Analyse und Haftungsrecht, AcP 196 (1996), 114; *G. Calabresi* The Cost of Accidents, 1970.

<sup>102</sup> Gefährdungshaftungstatbestände finden sich zwar auch in Umwelt- und Technikgesetzen, als systematisches Instrument eines Risikoverwaltungsrechts ist die Gefährdungshaftung aber im öffentlichen Recht nicht hinreichend entwickelt, weil sie sich mit dem Verursacherprinzip schwer verträgt; so auch *M. Kloepfer/T. Brandner* Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 6 Rn. 54. Vor allem § 1 UmwHG; § 1 HaftPflG; § 22 WHG; §§ 25 ff. AtG; § 84 AMG; §§ 32 ff. GenTG; anwendungsreduziert auch in § 14 S. 2 BImSchG. Dazu *P. Salje* Anlagenhaftungsrecht, in: Handbuch des Technikrechts (Fn. 16), 271, 284, 314; *K. Vieweg* Produkthaftungsrecht, ebd., 329; *R. Schwarze* Präventionswirkungen des Umwelthaftungsgesetzes und der Umwelthaftpflichtversicherung, in: C. Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.) Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, 206; *P.-T. Stoll* Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, 213ff.; *H. Werner* Gentechnikhaftung, 1996.



privatwirtschaftlich kalkuliert und verteilt werden,<sup>103</sup> so dass das Recht mittelbar auf ökonomische Rationalität zurückgreift. Aus demselben Grund erstrebenswert ist auch die nähere normative Ausgestaltung von Sachherrschaftsstellungen. Die Zustandsverantwortlichkeit ist ein Zu-rechnungsmodell, das sich für normative Nachverdichtung vorzüglich eignet.<sup>104</sup> Ziel muss es immer sein, Risiken zu individualisieren, sie also als das zu begreifen, was sie ursprünglich waren: Folgen intendierter Entscheidungen.<sup>105</sup> Mittel dazu sind etwa Informationsrechte, die über Risiken aufklären,<sup>106</sup> Maßnahmen, die individuellen Fehleinschätzungen durch ökonomische Anreize entgegenwirken,<sup>107</sup> oder die rechtliche Allokation von Umweltgütern,<sup>108</sup> etwa über Emissionszertifikate.<sup>109</sup> Auch

<sup>103</sup> G. Wagner Haftung und Versicherung als Instrument der Techniksteuerung, *VersR* 1999, 1441; J. Taupitz Umweltschutz durch zivilrechtliche Haftung, in: F. Nicklisch (Hrsg.) *Umweltrisiken und Umweltprivatrecht im deutschen und europäischen Recht*, 1995, 21; P. Marburger Grundsatzfragen des Haftungsrechts, *AcP* 192 (1992), 1. Zu den Grenzen der Ermittlung und Bewertung versicherungstechnischer Risiken (Zufallsrisiko, Irrtumsrisiko, Diagnoserisiko, Prognoserisiko): J. Schmidt Risikoregulierung (Fn. 61), 297ff.; P. Fleck Einschätzbarkeit und Versicherbarkeit von Umweltrisiken, in: F. Wiebecke (Hrsg.) *Umwelthaftung und Umwelthaftungsrecht*, 1990, 70.

<sup>104</sup> Zur Leistungsfähigkeit der Zustandsverantwortlichkeit sowohl als Grundmodell als auch als noch nicht hinreichend genutztes umweltrechtliches Instrument O. Lepsius Besitz (Fn. 60), 220ff., 502ff.; E. Reh binder Ziele (Fn. 11), Rz. 102; ambivalent K.-H. Ladeur Risikooffenheit (Fn. 91), 120, 135f., der zwar die Vorzüge der Zustandsverantwortlichkeit gegenüber Kausalitätsproblemen anerkennt, ihre normative Nachverdichtung aber nicht für möglich hält.

<sup>105</sup> Vgl. oben I.

<sup>106</sup> § 4 Abs. 1 UIG, §§ 3a, 9 UVPG; § 14 Abs. 2 UAG; §§ 31, 46a BImSchG; § 12 Immissionswerte-VO (22. BImSchVO); B. Wegener Transparenz und Geheimhaltung im Recht der Gentechnik, in: J. Lege (Hrsg.) *Gentechnik* (Fn. 3), 147, 150ff.

<sup>107</sup> Gesetz über die Einführung der ökologischen Steuerreform (BGBl I 1999, 378); Gesetz über die Fortführung der ökologischen Steuerreform (BGBl I 1999, 2432; I 2000, 440); § 1 UmwHG; § 3b KraftStG; §§ 2b–4 MineralölStG; §§ 3ff. Erneuerbare-Energien-Gesetz; §§ 6ff. Verpackungs-VO. Zum Instrumententyp E. Gawel Rationale Gefahrenabwehr. Marktsteuerung und ökologische Risiken, in: *Effizienz im Umweltrecht* (Fn. 11), 249.

<sup>108</sup> Zur Notwendigkeit rechtlicher Allokationen für ökonomische Effizienzkalkulationen E. Gawel Umwelallokation durch Ordnungsrecht, 1994, 114ff., 148ff. Siehe auch *ders.* Ökonomische Analyse des Umweltverwaltungsrechts, *StWSiP* 4 (1993), 553; *ders.* Umweltordnungsrecht – ökonomisch irrational? in: *Rationale Umweltpolitik* (Fn. 86), 201.

<sup>109</sup> Entwurf der EU-Kommission für eine Rahmen-Richtlinie für den Emissionshandel mit Treibhausgasen, KOM (2001), 581. Zum Stand der Richtlinie und Umsetzungsproblemen J. Schlüter Emissionsrechtshandel ante portas, *NVwZ* 2003, 1213; M. Burgi Die Rechtsstellung der Unternehmen im Emissionshandelssystem, *NJW* 2003, 2486, 2486–2488; A. Epiney Emissionshandel in der EU, *DVBl* 2002, 579, 579f.; A. Voßkuhle

können Gefahrerforschungseingriffe vermieden werden, wenn Betreibern die Risikoermittlung übertragen oder Mitteilungspflichten auferlegt werden.<sup>110</sup>

Keine Allheilmittel sind zu erwarten. Vielmehr empfiehlt es sich, unterschiedliche Zurechnungen vorzunehmen, um möglichst viele Wahrscheinlichkeitsrelationen normativ zu erfassen.<sup>111</sup>

### c) Unzweckmäßige Relationierungen

Nicht wenige Gesetze werden dem Anspruch an eine normative Nachverdichtung nicht gerecht. Gesetze, die auf den Stand von Wissenschaft und Technik verweisen,<sup>112</sup> verlangen ohne normative Eingrenzung eine schon erkenntnistheoretisch nicht mit Gewissheit zu treffende technische Aussage,<sup>113</sup> die durch den Bezug auf die Wissenschaft zusätzlich dynamisiert wird.<sup>114</sup> Mit Wissenschaft und Technik werden unterschiedliche Er-

---

Rechtsfragen zur Einführung von Emissionszertifikaten, in: UTR 61, 2002, 159, 176ff.; H.-W. Rengeling (Hrsg.) Klimaschutz durch Emissionshandel, 2001; U. Hösch Zur rechtlichen Beurteilung von Emissionszertifikaten als Instrument der Vorsorge im Umweltrecht, in: UTR 58, 2001, 127; B. Stürer/H. Spreen Emissionszertifikate – Ein Plädoyer zur Einführung marktwirtschaftlicher Instrumente in die Umweltpolitik, UPR 1999, 161; H. Bonus (Hrsg.) Umweltzertifikate, 1998; C. Koenig Möglichkeiten und Grenzen von Zertifikatsmärkten als Steuerungsmedien im Umweltrecht, DÖV 1996, 943.

<sup>110</sup> §§ 10 Abs. 1 Satz 2 und 3, 29 BImSchG; §§ 6 Abs. 1, 21 GenTG; §§ 6, 7, 12i ChemG; §§ 22, 25, 29, 63a-68 AMG.

<sup>111</sup> Überblicke über die Vielfalt gesetzlicher Regelungsansätze bei unterschiedlichen Regelungsgegenständen: P.-T. Stoll Sicherheit (Fn. 102), zusammenfassend 262f.; H.-H. Trute Staatliches Risikomanagement (Fn. 15), 64ff., 85ff.; G. Lübke-Wolff Modernisierung (Fn. 38), 102ff. zur Geeignetheit zahlreicher Instrumente unter dem Aspekt der Zurechenbarkeit und Vollziehbarkeit. Am Beispiel des Umweltrechts L. Krämer Direkte und indirekte Verhaltenssteuerung, in: H.-W. Rengeling (Fn. 26), § 15 Rn. 14ff., 48ff.; E. Rehlinger Ziele (Fn. 11), Rn. 129ff., 179ff.; P. Koller Die rechtliche Umsetzung ökologischer Forderungen, in: Ökologische Ethik und Rechtstheorie (Fn. 51) 127, 147; aus ökonomischer Sicht: E. Gawel Umweltpolitik durch gemischten Instrumenteneinsatz. Allokative Effekte instrumentell diversifizierter Lenkungsstrategien für Umweltgüter, 1991. Am Beispiel des Chemikaliengesetzes aus soziologischer Sicht R. Münch Risikopolitik, 1996, 73ff., 180ff.

<sup>112</sup> „Stand von Wissenschaft und Technik“ z.B.: § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG; §§ 6 Abs. 1b, 7 Abs. 2, 11 Abs. 1 Nr. 4, 16 Abs. 1 Nr. 2 GenTG; „Stand der Technik“ z.B.: §§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 14, 22 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 41 Abs. 1, 48 Nr. 2, 52 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG; § 9 Abs. 3 ChemG; „Stand der Wissenschaft“ z.B.: §§ 7 Abs. 1 Nr. 1-4 GenTG.

<sup>113</sup> Vgl. D. Lohse Der Rechtsbegriff „Stand der Wissenschaft“ aus erkenntnistheoretischer Sicht, 1994, 128ff., mit dem Ergebnis, dass die Gefahrenabwehr nicht durch das menschliche Erkenntnisvermögen begrenzt wird, sondern durch normative Festlegung.

<sup>114</sup> Dazu R. Steinberg Verfassungsstaat (Fn. 11), 105-110; R. Wolf Technik (Fn. 4), 257ff. Im Einzelfall ist Dynamisierung kein Problem; erst ihre Typisierung führt zu einem inneren Widerspruch, denn eine typisierte Dynamik ist nicht mehr dynamisch. Mit den Mit-

kenntnisgrößen verknüpft, die in einem Zielkonflikt zueinander stehen.<sup>115</sup> Hier wird ein nicht relationierbares Wahrscheinlichkeitsurteil erwartet, das die Trennung von Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit verwischt und zu einer Ermächtigung technokratischen Sachverständes führt.<sup>116</sup> Rechtsstaatlich ist dieses Vorgehen genauso bedenklich wie vollzugstechnisch problematisch.<sup>117</sup>

Auch finale Normprogramme<sup>118</sup> verursachen erhebliche Rechtsprobleme,<sup>119</sup> weil sie das Nebeneinander unterschiedlicher Erwartungen (technischer, ökonomischer, ethischer) nicht in juristische Zurechnungen umsetzen, sondern als politische Aufgabe anderen Entscheidungsträgern überlassen, die institutionell dafür nicht ausgewiesen sind.<sup>120</sup>

---

tehn der abstrakt-generellen Rechtsetzung kann daher Dynamik nicht erzielt werden. Nur die Normen selbst können in einem politischen Sinne durch Normänderung dynamisiert werden.

<sup>115</sup> Vgl. *K.-H. Ladeur* Umweltrecht (Fn. 2), 89; Die Wissenschaft entwickelt Hypothesen und wirft neue Fragen auf; die Technik soll sie begrenzen und die Verfügbarkeit und Praktikabilität von Regelwissen in einem begrenzten Zeithorizont gewährleisten; ähnlich *H.-H. Trute* Staatliches Risikomanagement (Fn. 15), 102; *ders.* Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, 80–85.

<sup>116</sup> Zur herrschaftslegitimierenden Funktion von Technik *J. Habermas* Technik und Wissenschaft als „Ideologie“, 1968.

<sup>117</sup> Daher hätte BVerfGE 49, 89, 133–140, den entsprechenden Tatbestand im Atomgesetz wegen Unbestimmtheit für verfassungswidrig erklären müssen.

<sup>118</sup> Zu Entwicklung und Kritik *R. Breuer* Konditionale und finale Rechtsetzung, AöR 127 (2002), 523, 525–527, 556ff., 566ff.; *ders.* Zur Lage der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 36 (2003), 271, 278ff.; *G. Lübke-Wolff* Modernisierung (Fn. 38), 146–150; *C. Waldhoff* Der Verwaltungszwang, D II 1 b) bb); begriffsprägend *N. Luhmann* Zweckbegriff und Systemrationalität, 2. Aufl. 1977, 101ff.; dazu *W. Schmidt* Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, AöR 96 (1971), 321.

<sup>119</sup> Vgl. *E. Rehbinder* Festlegung von Umweltzielen – Begründung, Begrenzung, instrumentelle Umsetzung, NuR 1997, 313; *ders.* Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente, in: *J. Salzwedel* (Fn. 11), Teil 04.

<sup>120</sup> Dies ist etwa ein Hauptproblem amerikanischer Umweltgesetze. Gegenüber ihren unklaren Zielformulierungen behilft man sich mit ökonomischen Effizienzzielen auf der Basis eines Kosten-Nutzen-Denkens, das verspricht, die unterschiedlichen Aspekte über monetäre Vergleichbarkeit in eine normative Ordnung zu bringen. Für solche Ansätze bei der Risikoregulierung vgl. *C. Sunstein/R. Pildes* Reinventing the Regulatory State, University of Chicago Law Review 62 (1995), 1, 55; *C. Sunstein* Risk and Reason, 2002, zusammenfassend 289–295; *ders.* The Cost-Benefit State. The Future of Regulatory Protection, 2002, 13ff., 33ff., 115ff. Sunstein vermittelt Marktinstrumente mit der Expertise aufgeklärter Wissenschaftler und Techniker. Siehe auch *ders.* Which Risks First? The University of Chicago Legal Forum 1997, 101. Sunstein kritisierend und stärker auf politische Zielformulierungen vertrauend *D. Farber* Eco-pragmatism. Making sensible Environmental Decisions in an Uncertain World, 1999, 35ff., 93ff., 165ff. Zu den historischen

Bedenklich erscheint schließlich eine Ausrichtung der Zurechnung am Verursacherprinzip,<sup>121</sup> denn dies verlangt nach Handlungszurechnungen und privilegiert damit die regelungstechnisch schwierigste Relationierung auf Kosten einfacherer Alternativen.<sup>122</sup> Gerade weil Verursachungszusammenhänge komplex sind,<sup>123</sup> sollte eher auf Adressaten- oder Erfolgstypisierungen vertraut werden, die dem Leitbild des Verursacherprinzips widersprechen.

#### 4. Institutionelle Umsetzung auf der Ebene des Verfassungsrechts

Die Individualisierung der Zurechnung führt notgedrungen zu mehr Rechtsetzung. Wenn man es nicht bei der offenen Relationierung des Gefahrenbegriffs belassen will, kann man ihr nicht entgehen.<sup>124</sup> Dies wirft eine letzte Frage auf: Welche Institutionen sind geeignet, die Zurechnung von Risiken zu re-individualisieren und auf diese Weise auch die sozialen Ursachen der Problemwahrnehmung zu beheben, nämlich die naturalisierte oder vergesellschaftete Zuschreibung von Risiken zu verändern?

---

und methodischen Problemen amerikanischer Verwaltungsgesetzgebung *O. Lepsius* Common Law (Fn. 70), 37 ff., 128 ff., 207 ff.

<sup>121</sup> Die frühere Kritik des Verursacherprinzips im Umweltrecht ist in den letzten Jahren einer unkritischen Kanonisierung gewichen. Kritisch noch *E. Rehlinger* Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips, 1973, 29 ff.; *M. Kloepfer* Umweltschutz durch Abgaben, DÖV 1975, 593, 594; *J. Schmidt* Verursacherprinzip und Sozialkosten, AcP 175 (1975), 222; *SRU* Umweltgutachten 1978, Tz. 1703; *M. Adams* Das „Verursacherprinzip“ als Leerformel, JZ 1989, 787; *M. Grüter* Umweltrecht und Kooperationsprinzip, 1990, 24 ff.; neuere Kritik bei *O. Lepsius* Besitz (Fn. 60), 459 ff.; *A. Suchanek* Normative Umweltökonomik, 2000, 48 f., 83–92, 138.

<sup>122</sup> Gegen das Verursacherprinzip auch *R. Wolf* Antiquiertheit (Fn. 50), 388 f.: Die Berufung auf das Verursacherprinzip könne eher als Exkulpationsvehikel für Umweltsünder denn als verwaltungspraktisches Mittel gegen Umweltbelastungen eingesetzt werden; ähnlich *U. Beck* Gegengifte, 1988, 11, 218. Zu Haftungsverlagerungen und Haftungslücken, die durch die Fixierung auf das Verursacherprinzip entstehen: *O. Lepsius* Besitz (Fn. 60), 463–466.

<sup>123</sup> Wie dieses Problem mit juristischen Kausalitätstheorien bewältigt werden kann, untersucht grundlegend *L. Röckrath* Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, 2004, § 1 I: Kausalität ist eine Gesetzmäßigkeit besonderer Art, die vom Gesetz und von der Rechtswissenschaft eigenständig und normativ zu entscheiden ist.

<sup>124</sup> So auch schon *B. Schlink* Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), 235, 259 f.

a) *Umsetzung als juristische Rationalität individuell-konkreter  
Rechtsetzung*

Momentan wird Risikoregulierung institutionell in erster Linie als Auftrag der Verwaltung begriffen.<sup>125</sup> Wenn die Lösung aber nur im Wege der abstrakt-generellen und nicht der individuell-konkreten Normsetzung zu finden ist, wird Risiko als Rechtsproblem an der falschen Stelle institutionalisiert. Die Problemlösung hat eine institutionelle Komponente. Die Verwaltung müsste zur Re-Individualisierung der Zurechnung Leistungen erbringen, die sie nicht erbringen kann, denn sie müsste abstrakt-generelle Normen setzen. Sie müsste im Rahmen einer juristischen Rationalität politische Aspekte verarbeiten. Hier liegt der Grund, warum die Verwaltung mit Risikoentscheidungen oft überfordert ist. Und hier liegt auch der Grund, warum das soziale Problem des Risikos, nämlich die Vergesellschaftung und Naturalisierung der Zurechnung, nicht behoben wird, das Rechtssystem also das soziale und kognitive Risikoproblem nicht löst.

Einerseits wird das Problem der Vergesellschaftung institutionell falsch verortet, wenn man es durch die Einbeziehung partizipativer gesellschaftlicher Teilhabe bei der individuell-konkreten Rechtsetzung lösen will<sup>126</sup> und dann als prozedurales Rechtsdenken positiv wendet.<sup>127</sup> Hier wird ju-

<sup>125</sup> Vgl. etwa *U. Di Fabio* Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung, NuR 1991, 353; *ders.* Risikoentscheidungen (Fn. 2), 452: „Risikoentscheidungen als kooperativer Gestaltungsauftrag für Verwaltung und inkorporierten Sachverstand“. Zur Vielfalt aktueller „Risikoverfahren“ *A. Voßkuhle* Strukturen und Bauformen ausgewählter neuer Verfahren, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 62), 277, 330–343. Am Beispiel der Normenflut im Gentechnikrecht *R. Hasse* Nicht-intendierte Effekte kooperativer Risikoregulierung bei der Implementation des Gentechnikgesetzes, in: *Risiko und Regulierung* (Fn. 55), 70, 74ff., 81ff.; *M. Schröder* Gentechnikrecht in der Praxis. Eine empirische Studie zu den Grenzen der Normierbarkeit, 2001, 183ff., 237ff.: Die fortschreitende Verrechtlichung zeige keine negativen Folgen.

<sup>126</sup> Zum Problem und seinen Erscheinungsformen *M. Schmidt-Preuß, U. Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160, 235; *I. Lamb* Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, 182ff., 195ff. 232ff.

<sup>127</sup> *K. Eder* Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts, in: *Wachsende Staatsaufgaben* (Fn. 60), 155, 155ff., 161ff.; *R. Pitschas* (Fn. 79), 80–87; *K.-H. Ladeur* Gefahrenabwehr (Fn. 25); *ders.* Postmoderne Rechtslehre. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, 2. Aufl. 1995, 205–213; *ders.* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995; *ders.* Risikobewältigung durch Flexibilisierung und Prozeduralisierung des Rechts, in: *Rechtliches Risikomanagement* (Fn. 63), 41; *R. Wolf* Der ökologische Rechtsstaat als prozedurales Programm, in: *A. Roßnagel/U. Neuser* (Hrsg.) *Reformperspektiven im Umweltrecht*, 1996, 57; *E. Hagenah* Prozeduraler Umweltschutz, 1996, 58ff.; *G.-P. Callies* Prozedurales Recht, 1999, 83ff.; *A. Scherzberg* Wissen (Fn. 62), 129–131.

ristische mit politischer Rationalität vermischt, so dass die Komplexität der Entscheidung erhöht und nicht reduziert wird. Andererseits wird die Auflösung der Naturalisierung durch die Delegation an Experten institutionell erschwert. Daher sollten Tendenzen, die Verordnungsgebung zu verrechtlichen<sup>128</sup> oder zur Anhörung von Expertenkommissionen zu verpflichten<sup>129</sup> überdacht werden. Sonst liefe man Gefahr, die Naturalisierung der Zurechnung durch Sachverstand und die Vergesellschaftung durch Binnenpluralismus und Verfahrensregelungen zu bewältigen,<sup>130</sup> mit dem Effekt, dass die Vorzüge politischer Rationalität zunichte gemacht werden und die Politik aus ihrer demokratischen Verantwortung entlassen wird.<sup>131</sup> Wie jedermann sind auch Experten zu Wahrscheinlichkeitsaus-

<sup>128</sup> Weithin wird eine partielle Kompensation von verfassungsrechtlichen Defiziten und gesetzlicher Regelungsdichte durch partizipative Elemente, sei es der Öffentlichkeitsbeteiligung, sei es der Einbindung pluralistisch besetzter Kommissionen, für möglich und erforderlich gehalten; vgl. *E. Denninger* Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990, 169–175; *G. Lübbe-Wolff* Verfassungsrechtliche Fragen der Normsetzung und Normkonkretisierung im Umweltrecht, ZG 1991, 219, 232 ff., 243 f.; *E. Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 45), 275; Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.) Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998, §§ 11–33 mit Erläuterungen 463–500; *E. Rehlinger* Setzung von Umweltstandards (Fn. 96), 141, 152; siehe auch *C. Gößwein* Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der administrativen Normsetzung, 2001. Skeptisch indes *M. Böhm* Der Normmensch, 1996, 15 ff.

<sup>129</sup> Z.B. die Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit als Sachverständigenkommission beim Robert-Koch-Institut, §§ 4, 5, 7, 11, 16, 30 GenTG. Zur kooperativen Einbindung der ZKBS in die allgemein-abstrakten und konkret-individuellen Entscheidungsprozesse *W. Graf Vitzthum/T. Geddert-Steinacher* Standortgefährdung, 1992, 107–118. Zur Letztverantwortung der Behörde trotz praktischer Entscheidungshoheit der ZKBS *R. Wahl* (Fn. 15) 24. Lfg. 1996, §§ 4, 5 GenTG Rn. 19f. (die Mitwirkungsbefugnisse gehen faktisch über den Bereich rechtlich unerheblicher Verfahrenshandlungen hinaus); *G. Hirsch/A. Schmidt-Didczuhn* GenTG (Fn. 30), § 1 Rn. 61. Kritisch zur Einbindung der ZKBS in den Normierungsprozess schon *D. Murswiek* Bewältigung (Fn. 16), 220f.

<sup>130</sup> Skeptisch zur Rolle beratender Kommissionen als Form der institutionalisierten Öffentlichkeitsbeteiligung *SRU* Umweltgutachten 2002, Tz. 146f.

<sup>131</sup> Vgl. *A. Bora* Differenzierung und Inklusion. Partizipative Öffentlichkeit im Rechtssystem moderner Gesellschaften, 1999, 183 ff. zu konkurrierenden Rationalitäten und Erwartungen bei der Öffentlichkeitsbeteiligung. Generell die unzureichende demokratische Legitimation und Kontrolle des deutschen Umweltrechts und die zu große Eigenverantwortlichkeit der vollziehenden Gewalt kritisierend *S. Rose-Ackerman* Umweltrecht (Fn. 50), insbes. 14–31, 133–137 (harte Kritik am untergesetzlichen Regelungswerk); vgl. als Grundkritik etwa 182: „Die überkommene Auffassung in der Bundesrepublik zur unpolitischen und rein fachlichen Natur höherstufiger politisch-programmatischer Gestaltungsprozesse der Exekutive erschwert deren Reform. Die Rechtslehre in der Bundesrepublik sollte die inneradministrativen Verfahren daher einer kritischen Würdigung unterziehen, ...“.

sagen nur in der Lage, wenn eine normative Relationierung vorgegeben ist.<sup>132</sup> Ohne normativ vorgegebene Fixpunkte müssten Sachverständige eine ihrer Natur nach politische Aufgabe lösen.<sup>133</sup> Weil Risikozurechnung eine abstrakt-generelle Normsetzung erfordert, kann ihre Rolle nur eine beratende, keine entscheidende sein. Daher sollte eine Beratungskultur institutionalisiert werden,<sup>134</sup> die den politischen Charakter der Normsetzung erhält und ihn nicht naturalisiert.<sup>135</sup>

b) *Umsetzung als politische Rationalität abstrakt-genereller Rechtsetzung*

Risiko als Rechtsproblem kann nur mit abstrakt-genereller Rechtsetzung bewältigt werden. Daher handelt es sich um ein politisches Problem,

<sup>132</sup> Vgl. BVerfGE 83, 130, 140f.: In einer wissenschaftlich ungeklärten Situation sei der Gesetzgeber befugt, die Gefahrenlagen und Risiken abzuschätzen und zu entscheiden, ob er Maßnahmen ergreifen will oder nicht. Was das Bundesverfassungsgericht hier für psychische Schäden von Kindern und Jugendlichen durch Pornographie ausgesprochen hat, gilt auch für technische Gefahren, zumal das Gericht die Kalkar-Entscheidung heranzieht, ebd., 141 f. Andernfalls würden unterschiedliche Maßstäbe angelegt, die nur durch den Glauben an eine naturwissenschaftliche Objektivität gerechtfertigt werden könnten, in der Annahme, diese sei einer psychischen Subjektivität überlegen.

<sup>133</sup> Wenn von der Wissenschaft nicht erfüllbare relationslose Wahrscheinlichkeitsurteile erwartet werden, droht ein Verlust ihrer Glaubwürdigkeit, der erst recht Krisenempfinden auslösen wird. Vgl. *H. Theisen* Zur Demokratieerträglichkeit von Bio- und Gentechnologie, *Soziale Welt* 42 (1991), 109, 118–120; *R. Münch* Risikopolitik, 1996, 190–192; *C. Lau* (Fn. 80), 258–262; *U. Beck/S. May* Gewußtes Nichtwissen und seine rechtlichen und politischen Folgen, in: *Modernisierung der Moderne* (Fn. 48), 247, 250, 255; ironische Beschreibung bei *W. Lübbe* Epistemische Pflichten in der „Wissensgesellschaft“, in: *Wissen* (Fn. 62), 145 ff., 381 f. Für eine politische Funktion einer nur wissenschaftlicher Rationalität verpflichteten neutralen Beamtenschaft (vor dem – anders gelagert – US-amerikanischen Problemhintergrund) hingegen *S. Breyer* *Breaking the Vicious Circle. Toward Effective Risk Regulation*, 1993, 59–68, 80f.

<sup>134</sup> In jüngster Zeit wird ein Funktionswandel des Expertenwissens beobachtet, der einen dissonanten Expertendiskurs als unabdingbare Voraussetzung für die erfolgreiche Behauptung einer politischen Handlungsfähigkeit begreift, vgl. *A. Bogner/W. Menz* Wissenschaftliche Politikberatung? Der Dissens der Experten und die Autorität der Politik, *Leviathan* 30 (2002), 384, 397; vgl. auch schon *H. Hartmann/M. Hartmann* Vom Elend der Experten, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 34 (1982), 193.

<sup>135</sup> Etwa durch die Institutionalisierung der (beratenden) Risikobewertung oder Technikfolgenabschätzung. Vgl. *A. Grunwald* Technikfolgenabschätzung. Konzeptionen und Kritik, in: ders. (Hrsg.) *Rationale Technikfolgenbeurteilung*, 1999, 11; *ders.* Technikführung als gesellschaftlicher Lernprozeß. Zur Rolle von Politik und Technikfolgenabschätzung, in: *Technikumsteuerung* (Fn. 23), 43, 52 ff.; *T. Petermann/R. Coenen* (Hrsg.) *Technikfolgenabschätzung in Deutschland*, 1999; vgl. auch Bericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Einschätzung und Bewertung von Technikfolgen“ BT-Drs. 10/5844. Allgemein *M. Schwab* Rechtsfragen der Politikberatung im Spannungsfeld zwischen Wissenschaftsfreiheit und Unternehmensschutz, 1999.

das die kognitiven Fähigkeiten des Parlaments erfordert.<sup>136</sup> Der politische Prozess vermag die Voraussetzungen für eine normative Relationierung zu erbringen,<sup>137</sup> nämlich Informationen zu gewinnen, schnell zu handeln, Fehlentwicklungen zu korrigieren und strenger Kontrolle durch die politische Öffentlichkeit zu unterliegen.<sup>138</sup> Aber auch weil Risiken subjektiv unterschiedlich wahrgenommen werden, wie uns die psychologische Forschung lehrt,<sup>139</sup> muss über ihre Bewertung ein intersubjektiver Konsens hergestellt werden.<sup>140</sup> Die richtige Rechtsform gesellschaftlicher Lernfähigkeit ist daher die abstrakt-generelle Normsetzung.<sup>141</sup>

<sup>136</sup> Denn dies ist der institutionelle Ort, an dem die begrenzte Erkenntnisfähigkeit des Subjekts, die gerade die Ursache für die kollektive Zuschreibung von Risiken ist, durch abstrakt-generelle Rechtsetzung behoben wird. Die abstrakt-generelle Rechtsetzung bedarf dann freilich wieder einer Umsetzung durch den Normanwender im Sinne einer individuell-konkreten Rechtsetzung, die eine eigene, subjektive Erkenntnisleistung ist. Dazu näher O. Lepsius Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: M. Bertschi u. a. (Hrsg.) Demokratie und Freiheit, 1999, 123, 146–164.

<sup>137</sup> BVerfGE 49, 89, 130ff.; 56, 54, 78f.; A. Raßnagel Die parlamentarische Verantwortung für den technischen Fortschritt, ZRP 1992, 55; P.-T. Stoll (Fn. 102), 432–447, 459; Das Thema Sicherheit und Risikobewältigung habe sich erst langsam an das Parlament herangearbeitet. D. Farber Eco-pragmatism (Fn. 120), 5ff., 51ff., 115; Enquete-Kommission „Gestaltung der technischen Entwicklung“ BT-Drs. 11/4606.

<sup>138</sup> Vgl. K. v. Beyme Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum, 1997, mit umfangreichen empirischen Belegen; R. Zintl Politisches Wissen und Wissen in der Politik, in: Wissen (Fn. 62), 93, 100ff.; ferner H. Schulze-Fielitz Theorie und Praxis der parlamentarischen Gesetzgebung, 1988.

<sup>139</sup> Dazu Bayerische Rück (Hrsg.) Risiko ist ein Konstrukt. Wahrnehmungen zur Risikowahrnehmung, 1993; vor allem aber die Forschungen von P. Slovic (Hrsg.) The Perception of Risk, 2000, darin u. a.: B. Fischhoff u. a. How Safe is Safe Enough?, 80; P. Slovic u. a. Facts and Fears: understanding Perceived Risk, ebd., 137; P. Slovic Perception of Risk, ebd., 220, zuerst in: Science 236 (1987), 280; P. Slovic Informing and Educating the Public about Risk, ebd., 182; zur demokratischen Aufklärung und Artikulation von Risiken ders. Perceived Risk, Trust and Democracy, ebd., 316; H. Jungermann/ders. Die Psychologie der Kognition und Evaluation von Risiko, in: Risiko und Gesellschaft (Fn. 7), 167; D. Kahneman/A. Tversky Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases, 1990, 3–20.

<sup>140</sup> Zur rechtlichen Bedeutung von divergierenden Risikowahrnehmungen C. Engel Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit, in: Wissen (Fn. 62), 305, 324ff.; C. Sunstein Risk and Reason (Fn. 120), 28ff., 53ff.; C. Sunstein/R. Pildes Regulatory State (Fn. 120), 55–64; C. Sunstein Incommensurability and Valuation in Law, Michigan Law Review 92 (1994), 779; A. Wildavsky Citizenship in Science, in: ders. But is it true? (Fn. 55), 395. Vgl. auch J. Dewey Freedom (Fn. 58), 102ff., 113f.: Differenzen in der Technikbewertung sind ein sozio-kulturelles Problem. „The answer given to this challenge is bound up with the fate of democracy.“

<sup>141</sup> Der Gedanke wird in Rechtsprechung und Literatur oft als Pflicht des Gesetzgebers behandelt, die Angemessenheit der Regelungen laufend zu überprüfen, anzupassen und nachzubessern. Er sollte indes vor allem auf den Verordnungsgeber gemünzt sein. Zur



Mit der Rechtsverordnung kann sie flexibel und dynamisch<sup>142</sup> auf technische und soziale Veränderungen reagieren.<sup>143</sup> Neben dem Parlamentsgesetz ist auch die Verordnungsgebung als eine Handlungsform des politischen Prozesses zu verstehen. Daher sollte die exekutive Normsetzung – entgegen einem vorherrschenden Trend<sup>144</sup> – nicht zu stark verrechtlicht werden, sonst könnte sie ihre Aufgabe zur flexiblen und schnellen Normierung nicht mehr wahrnehmen und entwickelte sich zu einer schwerfälligen Ersatzgesetzgebung.<sup>145</sup>

Nicht nur der Gesetzesvorbehalt, sondern auch die Delegationsschranken und der Bestimmtheitsgrundsatz bedürfen daher im Hinblick auf die jeweiligen Erkenntnisleistungen der Institutionen stärkerer Konturierung.<sup>146</sup> Hier kann sich aus der Risikoregulierung ein Argument zur Abgrenzung zwischen gesetzlicher und untergesetzlicher Regelung ergeben:

---

Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers: BVerfGE 49, 89, 130, 132; 50, 290, 335f.; 56, 54, 82ff.; 88, 203, 310f.; vgl. *F. Ossenbühl* Not des Gesetzgebers (Fn. 16), 28f.; *C. Mayer* Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996; *H. Schulze-Fielitz* Zeitoffene Gesetzgebung (Fn. 8), 162–166; *R. Steinberg* Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, *Der Staat* 26 (1987), 161; *P. Badura* Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung“ von Gesetzen, *FS Eichenberger*, 1982, 481, 484ff. Vgl. auch *K.-H. Ladeur* Risikobewertung (Fn. 86), 124: „gesetzlich zu strukturierender planerischer Experimentierspielraum“.

<sup>142</sup> *J. Ipsen* Bewältigung (Fn. 11), 188f.; *F. Nicklisch* Umgang mit dem Ungewissen (Fn. 57), 2290. Zur Bedeutung von Dynamik und Wandel für die Rechtsetzung auch *D. Farber* Eco-pragmatism (Fn. 120), 163–190.

<sup>143</sup> Allseits wird daher die unverzichtbare Flexibilität der Rechtsverordnungen betont: *M. Kloepfer* Instrumente des Technikrechts, in: *Handbuch des Technikrechts* (Fn. 16), 111, 137; *J. Ipsen* Bewältigung (Fn. 11), 189, 191; *ders.* Diskussionsbemerkung, *VVDStRL* 48 (1990), 300; *H. Schulze-Fielitz* Technik und Umweltrecht (Fn. 16), 453, 457f.; *F. Ossenbühl* Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtsetzung, *DÖV* 1982, 833, 840.

<sup>144</sup> Vgl. Fn. 128.

<sup>145</sup> Diese Entwicklung wird sowohl durch verfassungsrechtliche Zustimmungserfordernisse (Art. 80 Abs. 2 GG) als auch durch einfachrechtliche Formen des Zustimmungsvorbehalts des Bundestages verstärkt, z.B. § 3 Abs. 1 UVPG; § 51 Abs. 2 EstG. Neuerdings unterwirft der Gesetzgeber die Verordnung sogar Änderungs vorbehalten des Bundestages, der damit die Verordnungsgebung inhaltlich an sich ziehen kann und die Form des Gesetzes durch die Form der Rechtsverordnung austauscht, z.B. § 59 KrW-/AbfG; § 48b BImSchG; § 20 Abs. 2 UmwHG. Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Problemen dieser Beteiligungsform *J. Schmidt* Die Beteiligung des Bundestages beim Erlaß von Rechtsverordnungen, 2002, 96ff.; *C. Pegatzky* Parlament und Verordnungsgeber, 1999, 147ff.; *A. Uhle* Parlament und Rechtsverordnung, 1999, 463ff.; *J. Saurer* Die Mitwirkung des Bundestages an der Verordnungsgebung nach § 48b BImSchG, *NVwZ* 2003, 1176.

<sup>146</sup> Die soziale Leistung des Rechts, die kognitiven Risikozuschreibungen durch juristische Zurechnungen aufzulösen, muss auch institutionell erbracht werden. Die Lösung kann daher nicht in einer partizipativen oder expertokratischen Nachverdichtung der vollziehenden Gewalt liegen, sondern in der Vergewisserung des Gesetzesvorbehalts.

Die Auflösung der vergesellschafteten Zuschreibung durch eine juristische Zurechnung ist eine parlamentarische Aufgabe gesetzlicher Zielformulierung, während die Auflösung der naturalistischen Zuschreibung über Grenzwerte mit Rechtsverordnungen zu bewältigen ist.

Diese Abstufungen bei der Normsetzung sollten auch bei der zukünftigen Ausgestaltung des Systems der Risikoanalyse<sup>147</sup> zugrundegelegt werden.<sup>148</sup> Im System<sup>149</sup> von Risiko-Bewertung, Risiko-Management und Risiko-Information sind die normativen Elemente durch den (delegierenden) Gesetzgeber zu erbringen, die Vollzugselemente durch die Exekutive.<sup>150</sup>

Die Aufgabe der Risikozurechnung wirft daher auch die Frage auf, ob die notwendige normative Nachverdichtung nicht durch die Konstitutio-

<sup>147</sup> Zur Risikoanalyse schon *D. Murswiek* Bewältigung (Fn. 16), 208–212; *I. Appel* Europas Sorge (Fn. 39), 396f.; *S. Werner* Vorsorgeprinzip (Fn. 39), 338f. Neuere Fallstudien zur Umsetzung im Gentechnikrecht: *S. Pohl* Die Risikobewertung bei der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen, 2002, 118ff., 171ff.; im Lebensmittelrecht *J. Gelbert* Die Risikobewältigung im Lebensmittelrecht, 2001, 56ff., 248ff.; *A. Meier* (Fn. 25); *S. Schlacke* Risikoentscheidungen im europäischen Lebensmittelrecht, 1998; im Chemiesubstanzrecht *G. Winter* (Hrsg.) Risk Assessment and Risk Management of Toxic Chemicals in the European Community, 2000; am Beispiel des Strahlenrisikos *Akademie der Wissenschaften zu Berlin* Umweltstandards, 1992.

<sup>148</sup> Die Risikoanalyse orientiert sich momentan noch zu sehr am naturwissenschaftlichen Möglichkeitsdenken. Sie darf nicht den Grundfehler machen, relationslose Wahrscheinlichkeitsurteile zu erwarten. Daher sollte sie nicht als Abstufung eines rein wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses verstanden und als solcher innerhalb der Verwaltung organisiert werden, sondern analog der verfassungsrechtlichen Trennung von generell-abstrakter Normsetzung und individuell-konkreter Normanwendung ausgestaltet werden.

<sup>149</sup> Vgl. schon Grünbuch über die allgemeinen Grundsätze der Lebensmittelsicherheit, KOM (97) 176 endg. v. 30. 4. 1997; Mitteilung „Gesundheit der Verbraucher und Lebensmittelsicherheit“, KOM (97) 183 endg. v. 30. 4. 1997; sodann Mitteilung der Kommission zur Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips (Fn. 39), Punkte 5, 5.1., 6.2.; Art. 6 Lebensmittel-Basisverordnung (178/2002/EG); §§ 1, 2 Gesetz über die Errichtung eines Bundesinstituts für Risikobewertung (BfRG) v. 6. 8. 2002, BGBl. I, 3082.

<sup>150</sup> Ähnlich *R. Breuer* Probabilistische Risikoanalysen und Gentechnikrecht, NuR 1994, 157, 160, der die Risikobewertung nicht naturwissenschaftlich, sondern normativ versteht. Zur Risikobewertung als Verschränkung einer individuellen, gesellschaftlichen und staatlichen Bewertung *Akademie der Wissenschaften zu Berlin* (Fn. 147), 227ff. Siehe auch *C. Tünnies-Harmes* (Fn. 95), 54ff., 60, 90f. zur Notwendigkeit normativer Wertentscheidungen im Rahmen der Risikobewertung; *A. Karthaus* (Fn. 16), 140–144. Zur ordnungsrechtlichen Ausgestaltung der Risikoanalyse *R. Steinberg* Staatliches Risikomanagement im europäischen Anlagenrecht, in: *E. Riedel* (Hrsg.) Risikomanagement (Fn. 15), 17, 21ff.; *C. Koenig* Internalisierung des Risikomanagements durch neues Umwelt- und Technikrecht?, NVwZ 1994, 937, 937–939.

nalisation gesetzlicher Inhalte<sup>151</sup> oder die Verrechtlichung politischer Handlungsformen instrumentell behindert und institutionell falsch zugeordnet wird. Womöglich verrechtlichen wir am falschen Platz, wohl auch, weil wir der Rationalität politischer Institutionen zu wenig zutrauen und das Rechtsstaatsprinzip über das Demokratieprinzip stellen.

## V. Der Mensch als Risiko?

Die Herausforderung des Verwaltungsrechts bei der Risikoregulierung ist weniger das Ergebnis neuer technischer Entwicklungen, sondern falscher Zurechnungen auf die Gesellschaft oder die Naturwissenschaft und institutioneller Verschiebungen bei der Formulierung und Umsetzung dieser Zurechnungen. Naturwissenschaftliche oder gesellschaftstheoretische Rationalitäten können auf diese Weise nicht in das Recht inkorporiert werden, und andere Rationalitäten, etwa die politische und die ökonomische werden dadurch vernachlässigt. Die rechtliche Regelung von Risiken sollte sich statt dessen an zwei Strategien orientieren. Sie muss sich erstens vom Möglichkeitsdenken verabschieden und die Wahrscheinlichkeit zum Regelungsgegenstand nehmen. Und sie muss zweitens die Zurechnung ungewisser Wahrscheinlichkeit relationieren und individualisieren anstatt sie zu naturalisieren oder zu vergesellschaften. Nur durch individualisierende Zurechnungen kann die soziale Erwartung nach „Risikosteuerung“ rechtlich befriedigt werden. Dieses Programm gilt es instrumentell und institutionell auszugestalten.

Nicht die Instrumente oder Institutionen unterliegen einem Reformbedarf, sondern die kognitiven Zurechnungen. So manche Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte, die gerade das Ergebnis gesellschaftlicher Kollektivierung oder technischer Naturalisierung ist, sollte daher kritisch überdacht werden. Falschen Regelungserwartungen und einer übertriebenen Expansion des Präventionsgedankens auf utopische Regelungsziele ist entgegenzutreten.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> Dazu *E.-W. Böckenförde* Grundrechte als Grundsatznormen, in: *ders.* Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 159, 163–177; *R. Wahl* Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, 401 ff.; *H. Dreier* Dimensionen der Grundrechte, 1993, 10 ff.; *G. F. Schuppert/C. Bunke* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000; *G. Hermes* Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 119, 121–139.

<sup>152</sup> Vgl. schon die Skepsis gegenüber dem Präventionsgedanken bei *D. Grimm* Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, in: *ders.* Die Zukunft der Verfassung, 1991, 197, 198, 218: Die Vorteile der Prävention bedingen Nachteile bei der Selbstbestimmung des Einzelnen und der Freiheitlichkeit des Gesamtsystems. „Im Zuge der

Letzte Sicherheit kann kein rechtliches Ziel sein. Da Risiken nur zugerechnet, nicht aber beseitigt werden können, bleibt immer ein Bereich ungewisser Gefährdungen bestehen. Risiken sind eben die Kehrseite der Freiheit. Eine hypertrophe Sicherheitserwartung darf sich vor allem nicht die Beseitigung der Ungewissheit menschlichen Verhaltens zum Ziel setzen, abgesehen davon, dass sie dies mit wissenschaftlichen Mitteln auch gar nicht erreichen könnte. Wenn jedoch, wie bislang im deutschen Verständnis, der Risikobegriff auch auf mögliche Gefahren abstellt und diese auf die Gesellschaft bezieht, dann enthält er einen gedanklichen Angriff auf die Freiheit des Menschen. Denn eins ist gewiss: Nichts ist so ungewiss wie das Verhalten des Menschen. Daher ist es die vordringlichste Aufgabe eines Risikoverwaltungsrechts zu verhindern, dass der Mensch selbst zum Risiko erklärt wird.

---

Verhütung einzelner Freiheitsgefahren droht [die präventive Staatstätigkeit] die Freiheitlichkeit der Sozialordnung insgesamt zu schmälern und höhlt gleichzeitig die demokratischen und rechtsstaatlichen Kautelen, die zur Begrenzung der Staatsmacht im Interesse individueller Freiheit entwickelt worden sind, partiell aus.“ Ebd., 200.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

## **Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?**

### *I. Risiko als Zurechnungsproblem: Schadenswahrscheinlichkeit oder Schadensmöglichkeit?*

*(1) Risiko stellt das Recht vor ein prinzipielles Problem: Gefahren werden nicht mehr individuell zugerechnet, sondern kollektiviert. Sie sind nicht mehr Ergebnisse von Handlungen, sondern von sozialen, technischen oder kognitiven Prozessen.*

*(2) Die Leistung des Risikobegriffs ist es, höchst unterschiedliche Fragestellungen als Problem komplexer Kausalität zu verallgemeinern und als disziplinenübergreifendes Erkenntnisproblem zu formulieren.*

#### *1. Risikobegriffe in der Rechtswissenschaft*

*(3) In der Rechtswissenschaft wurde das Zurechnungsproblem in erster Linie in Abgrenzung zum Gefahrenbegriff thematisiert. Bei der Abgrenzung von Risiko und Gefahr konkurrieren zwei Grundverständnisse, die entweder auf die Schadenswahrscheinlichkeit oder die Schadensmöglichkeit abstellen.*

##### *a) Dreistufenmodell: Abgrenzung nach Wahrscheinlichkeit*

*(4) Das Dreistufenmodell grenzt Gefahr, Risiko und Restrisiko nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit ab. Risiko bleibt ein normativ undefinierter Bereich unwahrscheinlicher Gefahren.*

##### *b) Zweistufenmodell: Abgrenzung nach Möglichkeit*

*(5) Nach dem Zweistufenmodell bleiben Gefahren auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts begrenzt, während der Risikobegriff auf die Möglichkeit des Schadens bezogen wird. Dadurch kann ein vom Gefahrenbegriff unabhängiger Begriff des Risikos gewonnen werden. Dieser auf ungewisse Schadensmöglichkeiten bezogene Risikobegriff ist in den 1990er Jahren entstanden und hat sich in der Literatur inzwischen durchgesetzt.*

## 2. Risikobegriffe in der Gesetzgebung

### a) Der Wandel vom wahrscheinlichen zum möglichen Schaden im deutschen Recht

(6) Der Wandel vom Wahrscheinlichkeitsbezug zum Möglichkeitsdenken lässt sich auch in der Gesetzgebung nachvollziehen. Das Gentechnikgesetz ist das legislatorische Dokument des Wandels zum Zweistufenmodell.

### b) Die Rückkehr zum wahrscheinlichen Schaden im Europarecht

(7) Die Rechtslage im Europarecht ist durch die Rückkehr zur Abgrenzung nach Wahrscheinlichkeitsgraden gekennzeichnet.

### c) Auswirkung auf das Verständnis des Vorsorgeprinzips

(8) Die Differenzen zwischen deutschem und europäischem Recht wirken sich auf die nähere Bestimmung des Vorsorgeprinzips aus. Vor dem europarechtlichen Hintergrund ist das deutsche Zweistufenmodell ein Auslaufmodell, so dass die rechtswissenschaftliche Erwartungshaltung in Deutschland auf mehr gerichtet ist, als der europarechtliche Risikobegriff einlösen wird.

## II. Risiko als ungewisse Möglichkeit

(9) Die Möglichkeit eines Schadenseintritts kann kein Gegenstand rechtlicher Regelungen sein. Ein solches Risikoverständnis erzeugt illusionäre Erwartungen und muss aufgegeben werden.

### 1. Verhalten statt Technik als Regelungsgegenstand

(10) Gegenstand des Rechts kann nicht die Technik selbst, sondern nur der Umgang des Menschen mit ihr sein. Wollte das Recht die Möglichkeit von Gefahren ausschließen, müsste es die Möglichkeit freien menschlichen Verhaltens ausschließen.

(11) Selbst ein Forschungs- und Anwendungsverbot wäre zum Ausschluss möglicher Gefahren ungeeignet. Ob sich die Normadressaten tatsächlich an die normative Erwartung halten, obliegt der freien Entscheidung jedes Einzelnen. Jedes normgemäße Verhalten ist ein individueller Entschluss, auf den das Recht Einfluss nimmt, den es aber nicht ersetzt.

### 2. Subjektive statt objektiver Erkennbarkeit technischer Ungewissheit

(12) Technik ist kein objektiver Zustand, sondern Ergebnis subjektiver Handlungen. Ihre Wirkungszusammenhänge können nur durch Handlungs-

*erfahrung aufgedeckt werden. Die Schadensmöglichkeit ist daher kognitiv immer nur als Problem der Wahrscheinlichkeit erkennbar. Objektiv gefahrlose Zustände können rechtlich nicht bezweckt werden.*

*(13) Juristen geben sich als die letzten Vertreter zu erkennen, die der Natur eine apriorische Objektivität zubilligen und glauben, das Verständnis der Natur sei ohne subjektive Konstruktionsleistung möglich. Der Risikobegriff ist eine moderne Emanation des klassischen erkenntnistheoretischen Problems, technische Realität und naturwissenschaftliche Kausalität als objektives Sein dem Sollen überzuordnen und dadurch praktisches Handeln zu lähmen.*

### *3. Experimente und flexibles Erfahrungswissen*

*(14) Erst das Experimentieren mit neuen Techniken liefert das nötige Wissen für eine Risikobewertung. Durch Ausschluss möglicher Risiken Sicherheit zu erstreben, ist weder theoretisch noch praktisch sinnvoll. Rechtliche Regelungen müssen einerseits Experimente zulassen, aus ihnen andererseits Erfahrungen ziehen, also individuelle Verhaltensregelungen treffen und sie als Normen verallgemeinern.*

*(15) Komplexität ist eine Ausgangsbedingung demokratischer Rechtsetzung und nicht Ausdruck einer Zivilisationskrise.*

## *III. Die Entindividualisierung der Zurechnung*

*(16) Die illusionäre Ausdehnung des Regelungsgegenstandes auf die Möglichkeit von Schäden basiert auf zwei Prämissen, die als Naturalisierung und Vergesellschaftung der Zurechnung bezeichnet werden können.*

### *1. Risiko als Naturalisierung und Vergesellschaftung der Zurechnung*

*(17) Technikfolgen werden naturalisiert, wenn sie auf naturwissenschaftliche Wirkungszusammenhänge bezogen werden, die individuellen Handlungen vorausliegen sollen. Umweltschäden werden vergesellschaftet, wenn die zeitversetzten, kumulierenden und grenzüberschreitenden Effekte als ein gesellschaftliches Phänomen begriffen werden, zu dem alle beitragen. Die Zurechnung von Ungewissheit verändert sich: von der subjektiven zur objektiven Beherrschbarkeit, vom Einzelnen zum Kollektiv.*

*(18) Mit der naturalisierten oder vergesellschafteten Zurechnung von Risiken wird die Abkehr von einer akteurszentrierten Rechtsordnung in Kauf genommen. Dies führt zu erheblichen Folgeproblemen. Die Diskussion um den Risikobegriff hat eine verfassungsrechtliche Dimension, die um die*

*Stellung des handelnden Subjekts in der Rechtsordnung kreist. Die Debatte ist Ausdruck einer kognitiven Verschiebung vom Einzelnen auf die Gesellschaft.*

## 2. *Rezeption sozialwissenschaftlicher Problemwahrnehmungen*

*(19) Die Begriffe „Risiko“ und „Steuerung“ sind terminologische Transmissionsriemen, mit denen technische und gesellschaftliche Erwartungshaltungen disziplinenübergreifend gebündelt werden. Auch unter dem Eindruck einer sozialwissenschaftlichen Öffnung der Rechtswissenschaft sollten solche Erwartungshaltungen nicht zu einem kognitiven und dogmatischen Auftrag des Verwaltungsrechts erklärt werden, zumal die gesellschaftstheoretische Problemformulierung des Risikos weder für die Rechtswissenschaft verpflichtend noch in den Sozialwissenschaften unumstritten ist.*

## 3. *Rückkehr zu individualisierenden Zurechnungen als soziale Leistung des Rechts*

*(20) Der Regelungsanspruch muss von der Ungewissheit der Möglichkeit auf die Ungewissheit der Wahrscheinlichkeit und von einer kollektiven Zuschreibung auf eine subjektive Zurechnung reduziert werden. Andernfalls würden soziale oder technische Erwartungen geweckt, die das Recht schon theoretisch nicht erfüllen kann und die praktische Enttäuschungen hervorrufen müssen.*

## IV. *Risiko als ungewisse Wahrscheinlichkeit*

*(21) Die Aufgabe des Risikoverwaltungsrechts kann nur die individuelle Zurechnung ungewisser Wahrscheinlichkeit sein.*

### 1. *Relations- und Selektionsbedürftigkeit*

*(22) Wahrscheinlichkeit kann nicht absolut, sondern immer nur im Verhältnis verschiedener Parameter bestimmt werden. Relationen müssen juristisch ermittelt werden, damit Wahrscheinlichkeitsurteile überhaupt getroffen werden können. Das Recht trägt durch Zurechnungen zur Beseitigung faktischer Ungewissheit bei.*



2. *Normative Nachverdichtung der offenen Relationierung des Gefahrenbegriffs*

(23) *Das Grundmuster einer Relationierung enthält der Gefahrenbegriff des Polizeirechts. Die Gefahrenabwehrdogmatik lässt alle Parameter des Wahrscheinlichkeitsurteils offen und kann erst durch den Bezug zu den Fakten des Einzelfalls relationiert werden. Gerade weil der offene Gefahrenbegriff potentiell auf jede faktische Relation anwendbar ist, ist er auf ungewisse Wahrscheinlichkeiten nicht anwendbar, wenn diesen die Konkretisierbarkeit des Einzelfalls fehlt.*

(24) *Nur aus faktischen Gründen genügt der Gefahrenbegriff nicht zur Bewältigung von Risiken. Normative Bewertungen müssen die Funktion der faktischen Konkretisierung übernehmen. Die Lösung liegt nicht in der prinzipiellen Abkehr von der ordnungsrechtlichen Gefahrenabwehrdogmatik, sondern in ihrer normativen Nachverdichtung.*

3. *Instrumentelle Umsetzung auf der Ebene des einfachen Rechts*

a) *Adressatentypisierung, Handlungstypisierung, Erfolgstypisierung*

(25) *Die materielle Nachverdichtung kann bei der Normativierung eines der drei offenen Parameter des Gefahrenbegriffs ansetzen: des Störers, der Kausalbeziehung und des Rechtsguts. Hierbei kann zwischen der Adressatentypisierung, der Handlungstypisierung und der Erfolgstypisierung unterschieden werden.*

b) *Instrumentenvielfalt*

(26) *Je genauer die Parameter normativiert werden, desto leichter lassen sich ungewisse Wahrscheinlichkeiten ermitteln und bewerten. Erfolgstypisierungen und Adressatentypisierungen sind dafür besser geeignet als Handlungstypisierungen, weil die Vielfalt menschlicher Verhaltensmöglichkeiten eine entsprechend umfangreiche Normproduktion erforderte.*

(27) *Ziel muss es immer sein, Risiken zu individualisieren. Dabei empfiehlt es sich, unterschiedliche Zurechnungen vorzunehmen, um möglichst viele Wahrscheinlichkeitsrelationen normativ zu erfassen.*

c) *Unzweckmäßige Relationierungen*

(28) *Nicht wenige Gesetze werden dem Anspruch an eine normative Nachverdichtung nicht gerecht. Bedenklich erscheint eine Ausrichtung am Leitbild des Verursacherprinzips, denn dieses fördert einseitig Handlungszurechnungen und privilegiert damit die regelungstechnisch schwierigste Relationierung.*

#### 4. Institutionelle Umsetzung auf der Ebene des Verfassungsrechts

##### a) Umsetzung als juristische Rationalität individuell-konkreter Rechtsetzung

(29) Momentan wird Risikoregulierung institutionell in erster Linie als Auftrag der Verwaltung begriffen. Wenn die Lösung aber nur im Wege der abstrakt-generellen und nicht der individuell-konkreten Normsetzung zu finden ist, wird Risiko als Rechtsproblem an der falschen Stelle institutionalisiert.

(30) Auch die sozialen Aspekte des Problems werden institutionell falsch verortet, wenn man bei der individuell-konkreten Rechtsetzung die Vergesellschaftung durch die Einbeziehung partizipativer gesellschaftlicher Teilhabe und die Naturalisierung durch die Delegation an Experten lösen will.

##### b) Umsetzung als politische Rationalität abstrakt-genereller Rechtsetzung

(31) Weil sich Risiko als Rechtsproblem nur mit abstrakt-genereller Rechtsetzung bewältigen läßt, handelt es sich um ein politisches Problem, das institutionell die kognitiven Fähigkeiten des Parlaments erfordert. Der politische Prozess vermag die faktischen Voraussetzungen für eine normative Relationierung zu erbringen und vermittelt die subjektiv unterschiedliche Wahrnehmung von Risiken.

(32) Die richtige Rechtsform gesellschaftlicher Lernfähigkeit ist die abstrakt-generelle Normsetzung. Neben dem Parlamentsgesetz ist auch die Verordnunggebung als eine Handlungsform des politischen Prozesses zu verstehen. Sie sollte nicht zu stark verrechtlicht werden, sonst kann sie ihre Aufgabe zur flexiblen und schnellen Normierung nicht mehr wahrnehmen.

(33) Nicht nur der Gesetzesvorbehalt, sondern auch die Delegationsschranken bedürfen im Hinblick auf die Erkenntnisleistungen der Institutionen stärkerer Konturierung.

(34) Durch die Konstitutionalisierung gesetzlicher Inhalte oder die Verrechtlichung politischer Formen findet eine Verrechtlichung am falschen Platz statt, weil der Rationalität politischer Institutionen zu wenig zutraut und das Rechtsstaatsprinzip über das Demokratieprinzip gestellt wird.

#### V. Der Mensch als Risiko?

(35) Falschen Regelungserwartungen und einer übertriebenen Expansion des Präventionsgedankens auf utopische Regelungsziele muss entgegengetreten werden. Da Risiken nur zugerechnet, nicht aber beseitigt werden können, bleibt immer ein Bereich ungewisser Gefährdungen bestehen. Letzte Sicherheit kann kein rechtliches Ziel sein.

*(36) Nichts ist so ungewiss wie das Verhalten des Menschen. Daher ist es die vordringlichste Aufgabe eines Risikoverwaltungsrechts zu verhindern, dass der Mensch selbst zum Risiko erklärt wird.*

### 3. Aussprache und Schlussworte

## **Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?**

**Vorsitzender (Schuppert):** So, meine Damen und Herren, lassen Sie uns ungesäumt mit unserer Diskussionsrunde beginnen. Wir haben – wenn ich es recht sehe – vor allem drei Problemgruppen zu diskutieren. Die erste und – was nicht überraschen kann – umfanglichste Problemgruppe bezieht sich auf den Risikobegriff, also die Abgrenzung von Risiko und Gefahr, von Wahrscheinlichkeit und Risiko und all das. Nach den dazu vorliegenden 11 Wortmeldungen werden wir hoffentlich alle wissen, was es mit dem Risikobegriff auf sich hat. Dann gibt es drei Wortmeldungen zum Problem der Konstituierung eines Risikoverwaltungsrechts sowie eine weitere zum Stichwort „Risikopsychologie“. Die letzte Fallgruppe rangiert unter dem Begriff „Verschiedenes“; darunter sind diejenigen Wortmeldungen zu finden, die auf den ersten Blick nicht ohne weiteres zuzuordnen waren. Ich finde es richtig, wenn wir mit einem gestandenen Polizeirechtler beginnen und deswegen wird Herr *Denninger* eröffnen.

**Denninger:** Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich habe heute Morgen mit großer Aufmerksamkeit zwei hervorragende Referate gehört, die zum Weiterdenken auffordern und eigentlich zwingen. Nach dem und während des Referates von Herrn *Scherzberg* habe ich mir überlegen müssen, ob ich nicht meinen Abschied als Polizeirechtler – sozusagen als ein mittelalterlicher Dinosaurier – nehmen müsse. Herr *Lepsius* hat mich dann mit seiner These 12, dass es zwecklos sei, gefährlose Zustände rechtlich zu bezwecken, von dieser Sorge und Furcht wieder erlöst. Und ich glaube, so gegensätzlich die beiden Referate zunächst scheinen, sie handeln von identischen Problemen, bedienen sich aber ganz unterschiedlicher Sprachen, und wir müssen, glaube ich, das in der Diskussion sehr genau berücksichtigen. Herr *Lepsius* hat die klassische, wenn ich so sagen darf, Sprache „akteurszentrierter“ Rechtsbetrachtung, also handlungsorientiert, gewählt, Herr *Scherzberg* hat, eher systemtheoretisch orientiert, eine Sprache des Technikverständnisses gewählt. Das nur zum allgemeinen Hintergrund, der es auch ermöglicht, die Brücke zu schlagen zu dem Thema des gestrigen Nachmittags: „Freiheit und Sicherheit“, die, meine ich, hier geschlagen werden muss. Sie hat sich bei mir in

der Fragestellung konzentriert: Wie ist es denn, wenn technische Risiken von extremen Handlungsrisiken begleitet werden beziehungsweise wenn beide kombiniert werden, zum Beispiel durch selbstmordentschlossene Terroristen, die Massenvernichtungsmittel irgendeiner Art einsetzen? Da kommen sozusagen beide Ströme der Technikrisikosteuerung und der Handlungsrisikosteuerung zusammen. Also große Zustimmung zu den Ausführungen von Herrn *Lepsius*, insbesondere finde ich es richtig und notwendig, dass er die verfassungsrechtliche Dimension hier hervorgehoben hat. Die Individualisierbarkeit der Zurechnung, wenn ich das als eine kleine Ergänzung anmerken darf, zeigt sich ja spätestens auch bei der judiziellen Bewältigung solcher Konflikte, denn die Richter haben ja letztlich dann immer über Anträge, die sie ablehnen oder genehmigen, beziehungsweise über Strafsanktionen und Ähnliches zu entscheiden. Also irgendwo muss die Rechtsordnung dann die Kurve von der Steuerung wieder zur individuellen Zurechnung bekommen. Und das ist Ihnen, Herr *Lepsius*, hervorragend gelungen, und dafür möchte ich Ihnen danken. Ein letztes Fragezeichen aber, von vielen kleineren Fragezeichen abgesehen: Bitte überdenken Sie doch Ihren Begriff der „ungewissen Wahrscheinlichkeit“ noch einmal. Also, ich kann mir unter „wahrscheinlich“ etwas vorstellen und ich kann mir unter „unwahrscheinlich“ etwas vorstellen, aber eine „ungewisse Wahrscheinlichkeit“ ist wahrscheinlich eine sprachliche Verkürzung in der Weise, dass sich die Ungewissheit auf Elemente dessen, was die Wahrscheinlichkeit ausmacht, bezieht, und dann sind wir doch wieder bei der Graduierung des Wahrscheinlichkeitsbegriffs.

**Lege:** Es fällt natürlich schwer, angesichts der Komplexität dieser Referate eine genaue Frage zu stellen. Ich habe trotzdem eine Ergänzung zu Ihnen, Herr *Scherzberg*, und eine sehr grundlegende Frage an Sie, Herr *Lepsius*. Zunächst glaube ich allerdings, dass Sie beide sich in den praktischen Konsequenzen durchaus unterscheiden, und zwar in der Frage, wenn ich das so plakativ sagen darf, wem der Schwarze Peter für bestehende Ungewissheiten zugeschoben werden soll. Ich glaube, da unterscheiden Sie sich sogar ganz gewaltig.

Zu Ihnen, Herr *Scherzberg*: Sie haben sehr schön unterschieden zwischen dem Risiko erster und zweiter Ordnung. Das Risiko erster Ordnung ist die Höhe der Wahrscheinlichkeit des Schadens, das Risiko zweiter Ordnung die Gefahr der Fehleinschätzung dieser Gefahr. Nun sind Sie aber Systemtheoretiker genug um zu wissen, dass damit die Sache nicht zu Ende ist. Es gibt sicherlich auch noch Risiken dritter und vierter Ordnung. Insofern fiel mir bei Ihren Ausführungen spontan ein: Ein Risiko dritter Ordnung sind zum Beispiel die Chancen und Risiken, die sich

mit den gewählten Mitteln der Risikovorsorge verbinden – etwa mit Monitoring oder EMAS, die Sie genannt haben. Ich erinnere mich an ein Gespräch in Dresden mit den Kollegen aus der Biologie, das ich im Zusammenhang mit dem Gentechnikrecht geführt habe. Diese Kollegen sagten mir zunächst einmal, dass die administrative Kontrolle ihrer gentechnischen Arbeiten sich nach einiger Zeit gut eingespielt hatte. Das administrative Wissen hatte sich so weit konsolidiert, dass es keine Probleme mehr gab. Dann aber wurde an der TU Dresden, erstmals übrigens an einer Universität, ein EMAS-Verfahren durchgeführt, und seither gibt es damit große Probleme, die gar nicht unbedingt mit der Gentechnik zusammenhängen, sondern mit vielen anderen Dingen. Offensichtlich wird also durch das EMAS-Verfahren gleichsam Ungewissheit an die Akteure zurückgegeben. Sie bekommen den Schwarzen Peter, dessen Effekt vor allem eines ist, nämlich bremsen, und genau darin besteht ein Risiko dritter Ordnung. Mit anderen Worten: Die Risiken erster, zweiter, dritter, vierter und so weiter Ordnung steigern sich zu immer höherer Komplexität, und dann stellt sich für jeden, der dennoch handeln will oder muss, die Frage: Wo zieht man die Grenze? Bei Ihnen habe ich einen Ansatz vermisst, wie das Recht diese Erkenntnisproblematik handhaben kann oder soll. In der Tendenz habe ich es so empfunden, dass Sie das Risiko jeglicher Ungewissheit auf diejenigen abschieben wollen, die als Akteure Risiken verursachen könnten.

Zu Herrn *Lepsius*: Mir ist eines nicht klar geworden, und das sind Ihre beiden Grundbegriffe „Wahrscheinlichkeit“ und „Möglichkeit“. Was ist der Unterschied? Es könnte ein quantitativer Unterschied sein oder ein qualitativer Unterschied, und ich denke, Sie verstehen Möglichkeit quantitativ als ein Minus zur Wahrscheinlichkeit. Demgegenüber meine ich: „Wahrscheinlichkeit“ ist ein erfolgsbezogenes Kriterium, während „Möglichkeit“ an das Handeln anknüpft. Deshalb muss ich Ihren Thesen 21 und 28 widersprechen, vor allem These 21: „Die Aufgabe des Risikoverwaltungsrechts kann nur die individuelle Zurechnung ungewisser Wahrscheinlichkeit sein“. Nein, Zurechnung ist die Zurechnung von Handeln, hier: von Handeln trotz Ungewissheit. Und da habe ich *Sie* dann so verstanden, dass Sie den Schwarzen Peter für diese Ungewissheit eher der Gesellschaft zuschieben wollen als den Akteuren.

**Schwabe:** Einen Einwand hat eben Herr *Lege* vorweggenommen. Auch ich habe eine präzise Umschreibung der Wahrscheinlichkeit und damit eine Trennung zwischen Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit vermisst. Das wäre also etwas, was noch nachzuholen wäre. Angesichts der großen Bedeutung dieser beiden Begriffe möchte ich nochmals hinweisen auf den meines Erachtens absurden Umgang, den wir – freilich schon seit

Jahrzehnten – mit dem Begriff der Wahrscheinlichkeit pflegen. Selbst Risikopotentiale von 1:100000 werden ja bei uns noch eingefangen unter die Gefahr und damit unter die Wahrscheinlichkeit. Ich verstehe nicht, wie wir hier bei diesem Begriff der Gefahr und der Wahrscheinlichkeit uns vom allgemeinen Sprachgebrauch so absondern konnten, wie das die ganze Zeit und ohne irgendwelche Proteste und Einwände (außer von mir gelegentlich) geschieht. Meine Damen und Herren, wenn wir uns am Samstag verabschieden, und Sie fahren nach Hause, und ich sage Ihnen „wahrscheinlich werden Sie auf der Autobahn verunglücken“, dann werden Sie mich für meschugge erklären. Ich bin aber nicht meschugge, einfach deswegen, weil Sie sicherlich auf der Autobahn der Gefahr eines Unfalls ausgesetzt sind und wir Gefahr mit Wahrscheinlichkeit definieren: Also muss ich doch sagen dürfen „wahrscheinlich werden Sie verunfallen“. Und jetzt ahne ich, wie Sie sich aus der Schlinge ziehen wollen, Sie wollen nämlich sagen: „Wir sprechen nicht nur von Wahrscheinlichkeit, sondern von *hinreichender* Wahrscheinlichkeit“. Das lasse ich nicht gelten, einfach deshalb, weil ein Adjektiv einen Begriff nicht denaturieren kann, und ich begründe das so, dass nach meinem Sprachempfinden jetzt eben Tag ist, und nicht etwa eine nicht hinreichende oder gerade noch hinreichende Nacht.

**Mager:** Meine sehr geehrten Damen und Herren, auch ich habe ein Frage zu der für Ihren Vortrag, Herr *Lepsius*, grundlegenden Unterscheidung zwischen Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit. Mir haben insoweit die Definitionen am Anfang gefehlt. Bei dem Begriff Möglichkeit denke ich gleich an die Klagebefugnis. Die für die Klagebefugnis geforderte Möglichkeit der Rechtsverletzung wird in ständiger Rechtsprechung definiert als eine Rechtsverletzung, deren Vorliegen nicht von vornherein ausgeschlossen sein ist. „Nicht von vornherein ausgeschlossen“ ist aber auch ein Grad der Wahrscheinlichkeit. Bei dem Begriff der Wahrscheinlichkeit denke ich natürlich gleich an den Gefahrenbegriff. Wie Herr *Schwabe* eben schon sagte, ist für den Gefahrenbegriff die hinreichende Wahrscheinlichkeit entscheidend. Dieser wird bestimmt nach der „je-des-to“-Formel: je größer der zu erwartende Schaden, umso geringer die Anforderung an die Möglichkeit des Schadenseintritts. Also auch hier sind Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit aufeinander bezogen. Ähnlich wie auch schon Herr *Lege* gefragt hat, wüsste ich gerne: Meinen Sie, dass zwischen Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit nur ein gradueller Unterschied besteht und wollen Sie nur eine Neuausrichtung der Perspektive in Bezug darauf, welcher Grad bzw. welche Grade auf dieser Skala rechtliche Bedeutung entfalten? Oder meinen Sie einen kategorialen Unterschied?

**Breuer:** Wir haben heute Morgen zwei ausgezeichnete, sich hervorragend ergänzende Referate gehört. Im Grundsätzlichen bin ich zur Zustimmung geneigt; was konkret aus den Referaten folgt, möchte ich mit einigen Nachfragen nach Möglichkeit noch deutlicher werden lassen. Zustimmung möchte ich Herrn *Scherzberg* bei seiner Situationsanalyse. In der Tat besteht das Kernproblem darin, wie wir mit der Ungewissheit umgehen. Zustimmung möchte ich Herrn *Lepsius* insoweit, als er von einem allzu weit gespannten Möglichkeitsdenken wegkommen will. Ich meine, darin die Aussage verstanden zu haben, dass wir uns wieder bemühen sollten, zu differenzieren und nicht in einem allzu weit ausgreifenden Denken illusionärer Forderungen gefangen zu bleiben. Zwei Fragenkreise knüpfen sich für mich daran an. Der erste Fragenkreis kann unter das Thema gestellt werden: Was folgt für das Verwaltungsrecht daraus? Das Verwaltungsrecht muss Kompetenzen und Entscheidungsbefugnisse festlegen, es muss Rechte und Pflichten der Beteiligten bestimmen. Diese Frage ist, jedenfalls traditionell, im deutschen Umwelt- und Technikrecht an der Begriffstria der Gefahr, des Risikos und des Restrisikos festgemacht worden. Wo es um Gefahren geht, ist absoluter Schutz geboten; dabei kann man auch auf das gestrige Thema zurückgreifen, Freiheit und Sicherheit sind letztlich grundrechtliche und rechtsstaatliche Postulate. Im Bereich des Risikos handelt es sich um eine offene Abwägung, so dass bestimmt werden muss, wer im demokratischen Rechtsstaat befugt ist, hierüber die Entscheidung zu treffen. Das Restrisiko gehört einfach zu unserer Welt, und hier spricht in der Tat vieles dafür, dass wir Optionsspielräume Privater anerkennen sollten. Insoweit waltet dann die private Freiheit, und der Staat hat bestenfalls einen ordnungsrechtlichen Rahmen zu setzen. Mir wäre daran gelegen, noch mehr Klarheit zu bekommen, was in dem institutionalisierten System der parlamentarische Gesetzgeber zum Grundrechts- und Freiheitsschutz zu bestimmen hat, was die Verwaltung aufgrund gesetzlicher Ermächtigung und in Wahrnehmung einer Risikovorsorge so oder anders bestimmen kann und was schließlich der privaten Freiheit dort überlassen ist, wo nur Restrisiken anstehen. Insbesondere ist das Stichwort „Optionsspielräume Privater“, das ich bei Herrn *Scherzberg* vernommen habe, ein interessanter Ansatz. Auch die Öffentlichrechter sollten zur Kenntnis nehmen, dass es nicht nur staatliche Institutionen gibt, sondern in der freien Gesellschaft Individuen eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen haben.

Zweiter Fragenkreis: Mich bewegt der Unterschied des Risikodenkens auf der deutschen und auf der europäischen Ebene. Im deutschen Recht sind wir es gewohnt, vom Ordnungsrecht auszugehen, von Rechten und Pflichten, insbesondere Betreiberpflichten, von technischen Standards, insbesondere Emissionsstandards; damit sind die wesentlichen Vorteile



im innerstaatlichen Umweltrecht erzielt worden. Im europäischen Recht treten mehr und mehr holistische Postulate in den Vordergrund: Der integrierte Umweltschutz wird verlangt, ferner die Umweltverträglichkeit und die Umweltqualitätsziele. Hier liegen gewaltige Unterschiede, wenn wir versuchen, die Differenz praktisch zu erfassen. Die Europäische Gemeinschaft nimmt mehr und mehr Abschied von Emissionsgrenzwerten und strikten technischen Anforderungen, und auf der anderen Seite haben wir große Schwierigkeiten, diese holistischen Postulate überhaupt noch in das nationale Recht aufzunehmen. Wo bisher zur Luftreinhaltung Emissionsgrenzwerte verlangt werden, sind diese mehr und mehr in den Hintergrund getreten. Mir wäre an einer Klarstellung gelegen, ob gerade Ihren Prinzipien, Herr *Lepsius*, diese holistischen Postulate gerecht werden oder ob Sie dies verneinen würden.

**Ladeur:** Ich möchte auch etwas sagen zum Gefahrenbegriff. Zunächst zu Herrn *Scherzberg*: Mir scheint, dass man doch noch stärker betonen muss, dass der Gefahrenbegriff mit einem bestimmten gesellschaftlich begründeten Wissensverständnis, einer Wissensbasis verknüpft ist, und das Besondere daran ist, dass sie eben gemeinsam, sowohl von den Privaten als auch von der Verwaltung/Polizei genutzt werden kann, was die Anwendbarkeit vereinfacht. Damit schwingen natürlich immer auch Wertungen mit, die ebenfalls geteilt werden von der Verwaltung und der Öffentlichkeit, über die dann nur noch im Einzelnen gestritten wird, nicht aber grundsätzlich. Mir scheint ganz wichtig zu sein, dass dort inzwischen ein Bruch eingesetzt hat. Es gibt nicht mehr diese früher gemeinsamen Überzeugungen und die geteilte Wissensbasis. Dahin gibt es auch kein Zurück mehr. Und man muss sich stärker darum bemühen, nach funktionalen Äquivalenten zu suchen: Gibt es nicht eine neue gemeinsame Wissensbasis, die geeignet ist, die Risiken, die sich eben jenseits der Erfahrung und jenseits des gemeinsamen Erfahrungswissens bilden, zu beschreiben und zu bewerten? Dies eine ganz wichtige Frage, und sie lässt sich nach meiner Ansicht nur durch Höherlegung des Abstraktionsniveaus, durch Rekurs auf ein neues gemeinsames Methodenverständnis, aufnehmen. Und da würde ich – um ein paar Argumentationsschritte zu überspringen – doch meinen, dass man eine Lanze brechen sollte für die quantitativen Methoden, weil sie vielleicht geeignet sein könnten, eine neue von Privaten wie vom Staat zu nutzenden gemeinsame Wissensbasis zu stiften. Und dies trotz aller Einwände, die dagegen erhoben werden – etwa, dass natürlich immer normative Annahmen mitschwingen, was aber früher, ja auch früher, der Fall war. Zu fragen ist aber, ob es nicht sinnvoller ist, gewisse Faktoren zu quantifizieren, gerade im Hinblick auf die Vergleichbarkeit von Risiken, und zwar auch wenn man sich immer

darüber verständigen muss, dass man natürlich da mit durchaus fiktiven, hypothetischen Annahmen rechnet – aber die Vergleichbarkeit ist dann sehr viel stärker gewährleistet. Das wäre sozusagen ein funktionales Äquivalent zu der früher gemeinsamen Erfahrung, zu der eine Vielzahl von Unternehmen zum Beispiel beigetragen haben. Dann zu Herrn *Lepsius*, das schließt sich direkt daran an: Mir scheint, dass die Annahme etwas zu kurz gegriffen wäre, anzunehmen, dass der Unterschied zwischen dem Gefahrenbegriff und dem Risikobegriff sich an der Einzelfallorientierung festmachen lässt. Das glaube ich gerade nicht: Auch der Gefahrenbegriff greift auf die allgemeine Erfahrung zurück, die dann nur auf den Einzelfall bezogen wird, aber die Einzelfallrelation macht ihn gerade nicht aus, und deshalb ist es auch sehr zweifelhaft, ob es ein gangbarer Weg ist, eine normative Konkretisierung des Gefahrenbegriffes über den Gesetzgeber erreichen zu wollen. Ich glaube, es führt kein Weg daran vorbei, diese doch eben über außerparlamentarische Expertise zu bewältigen, die dann ein funktionales Äquivalent zur Herstellung gemeinsamen Erfahrungsbasis liefern müsste.

**Murwiak:** Herr *Lepsius* hat einen eindrucksvollen rhetorischen Kampf gekämpft. Er hat allerdings gegen einen Gegner gekämpft, den ich in der Realität unserer Rechtsordnung und der wissenschaftlichen Auseinandersetzung der letzten zwanzig Jahre nicht zu erkennen vermag. Gegen einen Popanz, den er sich für die Zwecke seines Referats konstruiert hat. Natürlich, Herr *Lepsius*: Es ist unvernünftig, den Ausschluss jedes Risikos rechtlich zu verlangen, es ist unvernünftig, die Ungewissheit beseitigen zu wollen. Aber es gibt kein einziges Gesetz, das den Ausschluss jedes Risikos verlangt, und es gibt, soweit ich weiß, keinen unter den Fachkollegen des Umweltrechts, keinen Autor der wissenschaftlichen Literatur, der dies will. Und dieses Vorbeireden an der Realität des Rechts und der rechtswissenschaftlichen Diskussion spiegelt sich auch in Ihren Begriffsbildungen wider. Wenn Sie als eine zentrale Gegenüberstellung uns vorführen einerseits die Möglichkeit des Schadenseintritts, andererseits die Wahrscheinlichkeit, und wenn Sie Risiko und Gefahr entsprechend zuordnen, dann verkennen Sie, dass es einerseits sehr unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsgrade gibt und Gefahren Risiken mit einer „hinreichend großen“ Wahrscheinlichkeit sind, dass es andererseits aber oft nicht möglich ist, den Wahrscheinlichkeitsgrad annähernd zuverlässig zu ermitteln. Die Annahme, dass derjenige, der Risiko mit der Möglichkeit des Schadenseintritts definiert, verlangen würde, es müsste jeder Ausschluss der Möglichkeit eines Schadens gefordert werden, ist eine unzulässige Unterstellung. Risiko ist insofern nur eine beschreibende Kategorie. Welche rechtlichen Folgerungen daran geknüpft werden, das ist dann

eine zweite Sache. Herr *Scherzberg* hat sehr schön gezeigt, dass es dazu einen großen Variantenreichtum von Möglichkeiten gibt: vom Ausschluss von Gefahren als hinreichender Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts angefangen, bis hin zu verschiedenen Möglichkeiten der Vorsorge, der Risikoverminderung, und Risikovermeidung; das ist etwas anderes als Ausschluss jeden Risikos. Bei Ihnen, Herr *Lepsius*, hat es den Eindruck erweckt, als ob es immer nur diese Ja-Nein-Alternative, entweder Bekämpfung einer Gefahr oder eines Risikos oder überhaupt nichts gebe, aber dazwischen gibt's doch die Möglichkeit der Minderung, und darauf sind Sie nicht eingegangen.

Noch eine Bemerkung zur Individualisierung des Risikos, die Sie gefordert haben: Sie haben gesagt, das Risiko sei eigentlich ein Problem nur wegen der Kollektivierung, die man vorgenommen habe. Ich halte das für falsch unter zwei Aspekten. Einerseits: Individuell zurechenbare Risiken – im Unterschied zu Gefahren – waren schon lange ein großes Problem, wenn Sie etwa an die Risiken der Atomenergie denken, die individuell zugerechnet werden können, aber wo Risikoreduzierung auch unterhalb der Schwelle der auf das Individuum bezogenen Gefahr geboten sein kann. Auf der anderen Seite: Denken wir an die globalen Umweltprobleme wie etwa Klimaschutz. Zu versuchen, den Beitrag jedes Einzelnen zur Entstehung des Ozonlochs ausrechnen zu wollen, könnte zur Bewältigung des Problem nichts beitragen. Das Risikoproblem ist hier als solches ein Kollektivproblem. Gebote und Verbote zur Bewältigung eines solchen Problems müssen dann freilich individuell sein, aber das schließt doch nicht aus, das Risiko bzw. die Gefahr kollektiv (also unabhängig von der Größe des individuellen Verursachungsbeitrags und von der Größe des individuellen Schadenspotentials) zu verstehen.

**Ronellenfitsch:** Herr *Scherzberg*, ich möchte Sie beglückwünschen, dass Sie fast jeden Ausdruck der postökologischen Epoche aufgegriffen, einige neue dazugedichtet und das zu einem System verdichtet haben. Wir werden das diskutieren, wenn diese Epoche – so schätzungsweise in drei Jahren – zu Ende sein wird; es sei denn, die Umwelt kommt in Form einer Flut ihren Schützern wieder zugute. Herr *Lepsius*, bei Ihnen möchte ich mich bedanken, dass Sie die Aufmerksamkeit wieder auf den Gefahrenbegriff zurückgelenkt haben. Sie haben sich jedoch eine offene Flanke eröffnet durch die Möglichkeit und die Eintrittswahrscheinlichkeit. Wenn Sie das formal betrachten – wenn Sie die Möglichkeit und die Eintrittswahrscheinlichkeit als Quotient betrachten – wenn also auch die Möglichkeit im Zähler eine eins hat, gelangen Sie zur Gewissheit, also gibt es keinen kategorialen Unterschied zwischen Eintrittswahrscheinlichkeit und Möglichkeit. Trotzdem haben Sie Recht: Die Wahrscheinlichkeitsbe-

trachtung wird nämlich meistens falsch gesehen. Die Möglichkeit ist der empirische Befund: „Es kann bei der Gentechnik etwas passieren“. Die Wahrscheinlichkeit betrachten wir nicht abstrakt: „Was sind die Gefahren und die Risiken der Gentechnik?“, sondern die Wahrscheinlichkeit betrachten wir konkret so: „Wie wahrscheinlich ist es, dass die Schutzvorkehrungen im Zusammenhang mit gentechnischen Vorhaben nicht greifen?“ Das sind unsere realen, der Wirklichkeit verpflichteten, Risikobetrachtungen. Wir ermitteln, „Wie kann es passieren, dass die Schutzvorkehrungen eines Kernkraftwerks geknackt werden?“ „Steht etwa wieder eine Flutkatastrophe an? Wie wahrscheinlich ist es, dass so etwas passiert?“ Damit sind wir aber wieder bei den normalen klassischen Gefahrenbegriffen, bei den Gefahrenkategorien angelangt, bei Stufen der Eintrittswahrscheinlichkeit. Und weil Sie schon die Gentechnik erwähnt haben: Das Gentechnikgesetz rechtfertigte keineswegs den Siegeszug des Risikobegriffs in der Dogmatik der 90er Jahre. Die gesetzlichen Regelungen beschränkten sich vielmehr auf die Übernahme von Risk-Konzeptionen aus dem medizinischen Bereich der Vereinigten Staaten. Daraus wurden vier Sicherheitsstufen gebildet, die man Risikostufen genannt hat. Bei näherem Zusehen lässt sich das Gentechnikgesetz nur sinnvoll interpretieren, wenn man den Begriff „Gefahr“ statt „Risiko“ setzt. Denn die erste Risikostufe ist die Risikostufe 1, d.h., die Stufe, bei der kein Risiko besteht. Jetzt möchte ich das Risiko bestimmen, bei dem kein Risiko besteht. Das ist gelinde gesagt schwierig. Deswegen meint Risikostufe 1 die Stufe, bei der nur ein Risiko als Möglichkeit eines Schadens besteht, aber das auf Grund normativer Entscheidung sanktionslos bleibt. Das ist eigentlich der exakte Unterschied zwischen Risiko und Gefahr: Gefahr ist ein normativer Begriff, eine Eingriffsschwelle. Risiko ist ein empirischer Begriff. Die klare Unterscheidung verschwamm durch den undifferenzierten Gebrauch des Begriffs „Restrisiko“ und der „Risikovorsorge“, auf den ich aus Zeitgründen nicht eingehen kann. Deswegen nochmals vielen Dank, Herr *Lepsius*, dass Sie tendenziell zu den klassischen polizeirechtlichen Kategorien der Gefahr und des Risikos zurückgefunden haben.

**Stoll:** Meine Frage bezieht sich auf den Titel der Referate – „Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen“. Ich habe in beiden Referaten Ansätze dafür gefunden, die unseren Begriff der rechtlichen Risikoregulierung erweitern, indem sie in Tendenzen davon ausgehen, dass Innovation auch eine Methode der Bewältigung bestehender Risiken sein kann. Herr *Scherzberg*, Sie haben das in Ihren Thesen 12 und 13 etwas ausgeführt, und es würde mich freuen, mehr dazu zu hören. Ich habe aber noch eine Frage zu Ihrer These 9. Herr *Scherzberg*, Sie haben davon gesprochen, wie sich eine Gesellschaft einen Begriff von einem Risiko

macht, das wir als soziales Konstrukt verstehen. Nach Ihrem Vortrag konnte man den Eindruck gewinnen, als seien Innovationen ein Risiko an sich. Dafür könnte man anführen, dass „Neues“ eben erst noch staatlich und gesellschaftlich analysiert, „kontrolliert“ und reguliert werden muss. Aber wie passt das dann zu der Vorstellung einer Risikobewältigung durch Innovation? Herr *Lepsius*, die gleich Frage nach dem risikobegründenden und dem risikobewältigenden Charakter von Innovation würde ich gerne auch Ihnen stellen – und denke da besonders an die These 14. Beide Referenten wollte ich fragen, ob sich aus der wichtigen Rolle, die der Staat bei der Innovation, u.a. durch Förderung von Forschung und Entwicklung und durch Anreize spielt, nicht auch eine Verpflichtung des Staates erwachsen kann, zur Risikobewältigung, etwa auch durch Begleitforschung beizutragen. Wenn man sich die Förderung der Gentechnik und der Nukleartechnologie in den letzten Jahrzehnten ansieht, wird man feststellen, dass letzteres erst in jüngerer Zeit an Gewicht gewonnen hat.“

**Vorsitzender:** Mit Frau *Kokott* wird der erste Problembereich abgeschlossen, und es geht dann über zu den Konstituierungsaspekten.

**Kokott:** Herr *Lepsius*, Sie fordern, wenn ich Sie recht verstehe, die Rückkehr zum wahrscheinlichen Schaden – analog zu dem von Ihnen so gesehenen Europarecht. Jetzt die Frage: Impliziert das eine erhebliche Einschränkung des unter anderem auch völkerrechtlich anerkannten Vorsorgeprinzips?

**Hoffmann-Riem:** Den Ausführungen von Herrn *Murswiek* schließe ich mich ausdrücklich inhaltlich voll an. Ich möchte die beiden Referate jedoch von einer anderen Fragestellung her ansehen: Was sagen Sie uns über das Verhältnis von Recht und Realität? Dabei habe ich Herrn *Scherzberg* so verstanden, dass er uns Mut machen will, die Herausforderungen der Gegenwart offen und auch mit dem Risiko anzugehen, sich der Wirklichkeit zu stellen. Herr *Lepsius* will uns stattdessen Mut zur Reduktion der Komplexität bei der normativen Einbeziehung der Realität machen. Das ist eine traditionelle Strategie, die für das Recht und seine Durchsetzung bisher in vielem sehr erfolgreich war: Man kann die Juristen und die von ihnen verantwortete Rechtswissenschaft häufig nicht dadurch angreifen, dass man auf einen Widerspruch zwischen der allgemeinen Wahrnehmung der Realität und ihrer rechtsnormativen Wahrnehmung verweist, weil ja ein Teil dieser Realität durch normative Filterung ausgeblendet wird. Gesichert wird durch diese Unangreifbarkeit auch ein Autoritätsgefälle zu Nichtjuristen.

Wenn wir aber die beiden Vorträge von Herrn *Vesting* und Frau *Kokott* gestern mit den Vorträgen von heute verbinden, dann müsste eigentlich deutlich werden, dass diese traditionelle Strategie der Ausfilterung von Realitäten selbst riskant ist, weil dadurch auch normativ Wesentliches übersehen werden kann. Recht zeichnet sich gegenwärtig vielfach durch neue und komplexe Problemlagen und durch ein Netzwerk unterschiedlicher Möglichkeiten des Umgangs mit Problemen aus, insbesondere durch das Zusammenspiel rechtlicher Instrumente verschiedener Art auf vielen unterschiedlichen, wenn auch einander zugeordneten Regulationsschichten mit pluralen und heterogenen Akteuren. Auf Netzwerkkonstellationen aber ist unser überkommenes Recht nicht eingerichtet. Eben hat Herr *Lepsius* uns zum normativen Nachverdichten aufgefordert. Bei einem Thema, das auch von internationalen und globalen, in ihrer Entstehung vernetzten Risiken handelt, fordert die Problemlösung die Respektierung solcher Vernetzungen. Diesen Weg schlägt Herr *Lepsius* aber nicht vor. Er blendet vielmehr durch Rückkehr zu traditionellen Vorgehensweisen Schwierigkeiten aus und begnügt sich zum Teil mit normativen Fiktionen über die Realität. Sein Vertrauen in das Parlament – das ja in einer Demokratie zur Legitimationssicherung unverzichtbar ist – gilt überraschenderweise nicht dessen volitiven und damit politischen Fähigkeiten, sondern seinen kognitiven. Dass letztere aber vielfach zur Wahrnehmung der vollen Realität nicht ausreichen oder durch strategisch taktische Überlegungen aus dem Feld geschlagen werden, wird wohl jeder bestätigen, der Parlamentsarbeit durch eigene Anschauung kennt.

Eindrucksvoll erscheint mir die These von Herrn *Scherzberg*, der Gesetzesvorbehalt müsse neu und zwar als Mittel zur Qualitätssicherung eingerichtet werden. Dann muss der Gesetzesvorbehalt mehr sein als ein Eingriffsvorbehalt. Er ist auch als Vorbehalt einer gesetzlichen Sorge dafür einzurichten, dass die Möglichkeit zum Freiheitsgebrauch in der Risikogesellschaft und unter Bedingungen hoher Vernetzungen gesichert wird. Unter Innovationsaspekten bedeutet dies die Vorsorge für Problemlösungen durch Gesetze, die einen Weg zwischen den Polen möglichst hoher Innovationsoffenheit und hinreichender Innovationsverantwortung bahnen. Ein freiheitsermöglichendes Recht kann nicht auf Steuerung verzichten. Dabei darf der Steuerungs begriff nicht so missverstanden werden, wie es Herr *Lepsius* in seiner Kritik getan hat. In der Steuerungsdiskussion der neueren Rechtswissenschaft sagt niemand, es ginge um die „Sicherung der rechtlichen Beherrschbarkeit des menschlichen Verhaltens“. Unter Nutzung eines pragmatischen Steuerungs begriffs lautet die Forderung in Abkehr von einem nur hermeneutischen Verständnis der Rechtswissenschaft vielmehr: „Recht hat sich um das Bewirken von Wirkungen zu bemühen und es hat möglichst zu vermeiden,

dass unerwünschte Wirkungen eintreten“. Das ist eine traditionelle Aufgabe des Rechts. Unter heutigen, vielfach vernetzten Bedingungen aber muss sie anders bewältigt werden als früher.

**Pitschas:** Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Herren Referenten, in dem von Ihnen fortgesetzten Prozess normativer Nachverdichtung liegt so etwas wie die beginnende Ausdifferenzierung eines neuen Teils des Verwaltungsrechts, nämlich des Risikoverwaltungsrechts. Wollte man sich dieser Meinung anschließen, dann muss man jedoch zuerst fragen, was unter dem Konstrukt „Risiko“ zu verstehen sei. Darüber haben wir mancherlei gehört, aber ich bin mir noch nicht sicher, ob wir überhaupt schon wissen, was den Unterschied zwischen Gefahr und Risiko ausmacht und woran der Gesetzgeber anknüpfen sollte, wenn er einen allgemein verständlichen Teil dieses Risikoverwaltungsrechts entwickeln wollte.

Ich empfinde deshalb in Bezug auf die Thesen von Herrn *Lepsius* eine entsprechende Reserve. Ich meine, er ist der Semantik erlegen: Gefahr, Risiko, Restrisiko – oder auch ein zweistufiger Risikobegriff – das sind alles Formeln, die uns eigentlich nicht weiterhelfen. Wenn ich etwas im Risikoverwaltungsrecht regeln muss und diese Bezeichnungen verwenden will, dann muss ich den Ausgangspunkt klären und Klarheit darüber fordern: „Was ist das Risiko? Bitte beschreib' es in zwei Sätzen“. Daran können dann Rechtsfolgen anknüpfen.

Im Übrigen habe ich zwei konkrete Fragen zu konkreten Themen. Zunächst geht es um das Problem der Effizienz. Wenn man Risikoverwaltungsrecht als soziales Schutzrecht gegen Risiken verstehen und ihm ein an marktwirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeiten orientiertes Innovationsrecht entgegensetzen wollte, dann stellt sich doch die Frage, lieber Herr *Scherzberg*, ob man nicht für bestimmte unterschiedliche Risikobereiche einen differenzierten Effizienzbegriff einführen müsste. Denn mir scheint, für die Regelung von technischen Innovationsprozessen wäre das Gewicht der Effizienzüberlegungen anders zu bestimmen als etwa im Polizeirecht, dem eine andere Schutzrichtung innewohnt. So gesehen wäre wohl doch zu klären, ob man ihre einschlägigen Thesen für alle Risikofelder im Recht, im Gentechnikrecht wie im Arzneimittelrecht, im Atomrecht oder im Polizeirecht für aussagekräftig hält, oder ob man nicht Abstufungen im Schutzzumfang nach dem Grad der Innovation zulassen muss, die jeweils bewirkt werden sollen. Dadurch würde deutlich, dass man mehr innovative Prozesse ermöglichen will.

Meine zweite Frage geht zu dem Bereich der Prävention an beide Referenten. Ich meine, dass in einem künftigen Risikoverwaltungsrecht auch ein Anteil an Präventionsrecht enthalten sein müsste. Nun hatten

Sie, Herr *Scherzberg*, Prävention im Risikorecht auf Art. 20a GG bezogen und von hier aus die grundrechtlichen Schutzpflichten als Grundlage für die Prävention im Risikorecht eingebracht. Darf ich fragen, ob es so etwas gibt wie eine Verpflichtung des Staates auf der Grundlage dieser Schutzpflichten, für Prävention, also auch für einen Regelungskomplex zur Prävention im Risikoverwaltungsrecht, zu sorgen? Und ich bitte Herrn *Lepsius* freundlicherweise um die Erläuterung seiner letzten These Nr. 35, in der er die „übertriebene Expansion des Präventionsgedankens auf utopische Regelungsziele“ bemängelt. Aber ich denke, es ist sehr wichtig, dass dem Risikorecht ein Präventionsaspekt innewohnt. Wo ist denn der Umschlag zur Utopie?

*Calliess*: Herr *Lepsius*, Sie haben in Ihrem anregenden Referat – ich möchte fast sagen, in bewährter Manier – effektiv gegen den Strich gerüstet, gegen das schwierige und hochkomplexe Risikorecht, das in den letzten zehn Jahren ja zunehmend dogmatische Strukturen entwickelt und gewonnen hat, wobei mich, das sei angemerkt, Ihre Trennung zwischen Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit nicht überzeugt hat. Denn ich meine, dass die Möglichkeit als Merkmal der Risikovorsorge ein an die Wahrscheinlichkeit als Merkmal der klassischen Gefahrenabwehr anknüpfender Teil des Dreistufenmodells ist. Sie trennen überdies nicht zwischen dem Risiko auf der Tatbestandsseite und Risikovorsorge als zu ergreifende Maßnahme in Reaktion auf ein Risiko auf der Rechtsfolgenseite. Aber insbesondere möchte ich fragen: Was ist nun Ihre Lösung in Reaktion auf die unbestrittene Herausforderung des Rechts durch die sog. Risikogesellschaft? Ist es die Rückkehr zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff? Ich glaube, diese Rückkehr, so dogmatisch eindeutig sie wäre, löst die Probleme nicht. Ihr Aufruf am Schluss des Referats „Vertraut dem Gesetzgeber“ – völlig richtig, aber machen Sie es sich da nicht ein wenig zu leicht und verkennen die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, die eine gesetzgeberische Entscheidung konturieren? Übersehen Sie dabei nicht eine Dimension von Freiheit, die in den grundrechtlichen Schutzpflichten verkörperte Freiheit von Risiken? Ich meine, dass jede gesetzgeberische Risikoentscheidung die verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Freiheitsverteilung zu achten hat und daher zur Vermeidung von rechtsstaatlich bedenklichen Schutzlücken über die Gefahrenabwehr hinaus auf die Risikovorsorge nicht verzichten kann. Daran schließt sich auch meine Frage an das Referat von Herrn *Scherzberg* an. Müsste man aus diesem Grunde nicht auch die verwaltungsrechtlichen Strukturen des Risikorechts, die Sie überzeugend aufgezeigt haben, stärker verfassungsrechtlich konturieren, gerade um die in jeder Risikoentscheidung liegende Freiheitsverteilung grundrechtsadäquat zuzuordnen?



**Rengeling:** Ich möchte zwei Aspekte ansprechen, die mir praktisch besonders bedeutsam erscheinen und konkret sind (das ist vielleicht auch nicht ganz unwichtig). Der erste Punkt ist der, dass Herr *Lepsius* sehr schön in den Thesen 32 bis 34 auf die untergesetzlichen Regelungen hingewiesen hat, und deren Bedeutung möchte ich unterstreichen. Insbesondere im europäischen Bereich sind diese meines Erachtens nicht hinreichend erkannt, obwohl sie in der Praxis eine immense Rolle spielen. Wir werden die *lege lata* in der Verfassung der Europäischen Union das Institut einer Durchführungsverordnung bekommen, die der deutschen Rechtsverordnung entspricht, und damit ist auch gesagt – und so heißt es im Verfassungsentwurf, dass die nicht wesentlichen Regelungen (was auch immer das sein mag, wir kennen die Diskussion aus dem deutschen Recht) in einer solchen Durchführungsverordnung stehen dürfen. Ferner möchte ich ergänzen, dass dort die Regelungsverfahren (Stichwort *Komitologie*) eine außerordentlich große Rolle spielen. Sie werden häufig unterschätzt. 87% der Gemeinschaftsgesetzgebung geschieht nicht im normalen Gesetzgebungsverfahren mit Verordnungen und Richtlinien, sondern in diesem Bereich. Wenn man hinzunimmt, dass der Vorgang des Anpassens an den Stand der Technik in eben diesen Verfahren erfolgt, dann kommt es hier zum Schwur, nämlich dazu zu bestimmen, was wir hier unter Gefahr, Risiko usw. zu verstehen haben. Da spielt, wenn ich das einmal so platt sagen darf, wirklich dann die Musik. Soweit der erste Punkt.

Der zweite Punkt, den ich ansprechen möchte, betrifft die Instrumente, jetzt in einem engeren Sinne, und hier wollte ich eigentlich auch einen kleinen Schwerpunkt legen. Herr *Scherzberg* hat dazu in These 13 etwas gesagt, nämlich dass hier eine Auswahlmöglichkeit bestünde. Ich darf auch dazu wieder hinweisen auf die europäische Ebene. Es gibt ein wahrscheinlich auf die Dauer nicht ganz unbedeutendes Papier der Kommission über sogenanntes Gutes Regieren, wo der Auswahl der Instrumente für den Umweltschutz und überhaupt für das Gemeinschaftsrecht eine große Rolle zugemessen wird, und zwar in voller Breite. Das wiederum bedeutet, dass unsere Instrumente, wie wir sie bisher im deutschen Recht schon kennen, vielleicht noch erweitert werden. Wir haben eine Vielzahl: Wir haben Ordnungsrecht, wir haben Selbstverpflichtungen, wir haben Abgaben verschiedenster Art, wir haben EMAS sprich Ökoaudit, wir haben demnächst Zertifikate, und wir haben noch die Möglichkeit (jedenfalls wird es in der Praxis so verfolgt), über die öffentlichen Aufträge sogenannte vergaberfremde Zwecke zu verfolgen, die praktisch für den Umweltschutz und die Steuerung auch nicht zu unterschätzen sind – vor allem können sie erhebliche Innovationen hervorrufen. Übrigens möchte ich hier Herrn *Stoll* beipflichten, dass die Berücksichtigung des Begriffs

der Innovation ein bisschen kurz gekommen ist. In der interdisziplinären Forschung zum Umweltschutz, wo die Juristen vielleicht in der Gesamtpalette nur einen kleinen Prozentsatz ausmachen, spielt dieser Gesichtspunkt eine immense Rolle. Meine konkrete Frage zu diesen Instrumenten ist die: Wenn wir eine solch riesige Palette haben, gibt es eigentlich Überlegungen (oder müsste man nicht vielleicht welche anstellen, vielleicht sogar von Verfassungen wegen), ob der Beliebigkeit, der Auswahl und der Anwendung dieser Instrumente insgesamt eigentlich auch einmal Grenzen gesetzt sind?

**Vorsitzender:** Wir kommen jetzt zu einem Beitrag zum Stichwort Risikopsychologie, Herr *Engel* bitte. Anschließend folgt die Gruppe „Verschiedenes“.

**Engel:** Ich will versuchen, Sie davon zu überzeugen, dass man ein Risikoverwaltungs- und ein Risikoverfassungsrecht nicht ohne Rücksicht auf risikopsychologische Einsichten schreiben sollte. Die erste Frage ist schon: Besteht überhaupt Anlass zu ... seit gestern bin ich vorsichtig geworden mit dem Wort staatlich, also sagen wir, öffentlichem Handeln? Die erste Einsicht, die uns die Risikopsychologie vermittelt, und die in den Referaten auch vorkam, wird mit dem Begriff *loss aversion* bezeichnet. Wir fürchten uns mehr davor, etwas zu verlieren, als wir bereit sind, zu investieren, um etwas zu gewinnen. Das heißt, Chancen sind konstitutiv vernachlässigt gegenüber der Sicht auf die Gefahren. Es könnte gesellschaftlich nützlich sein, dass wir dagegenhalten und ein Risikorecht haben, das nicht nur Risiken beherrschen, sondern Risikoübernahme in der Gesellschaft erst ermöglichen will.

Zum zweiten, und an Herrn *Lepsius* gewandt, sagt uns die Risikopsychologie etwas darüber, wie wir Risiko definieren sollten. Ontologisch und erst recht rationaltheoretisch haben Sie natürlich unzweifelbar Recht. Die Möglichkeit lässt sich interpretieren als eine beliebig kleine Wahrscheinlichkeit. Psychologisch besteht aber ein gewaltiger Unterschied zwischen Sicherheit und Möglichkeit. Das *Allais-Paradox* hat das sehr früh gezeigt. Fast alle Menschen bewerten ein noch so kleines Risiko ganz anders als Sicherheit. Daraus lässt sich möglicherweise psychologisch sehr gut erklären, dass die Politik Dinge tut, von denen sie in Wahrheit weiß, dass sie gar nicht gehen. Das Recht macht Sicherheitsbehauptungen. Es übernimmt Verantwortung. Es sorgt dafür, dass sich die Aufmerksamkeit auf ganz andere Risiken richtet.

Dritte Frage: Suche nach den Instrumenten. Herr *Lepsius*, Sie sagen, wir sollen tunlichst individualisieren. Das ignoriert aber auch wieder das psychologische Problem der *loss aversion*. Aus der Perspektive der *loss*

aversion ist das, was Sie geißelt haben, nämlich Naturalisierung und Vergesellschaftung, eine geniale Strategie. Sie verhindert nämlich die Zurechnung des Risikos und erlaubt damit, gesellschaftlich auszuhalten, dass wir in einer riskanten Welt leben.

Letzte Frage: Was heißt das nun für das Verfassungsrecht? Nach dem, was ich bis jetzt gesagt habe, könnte man befürchten, dass die Politik risikoscheu ist. Sie würde dann zu wenig Risiken übernehmen, gemessen an dem, was aus einer wie auch immer gearteten normativen, etwa utilitaristischen, Perspektive als angemessen erschiene. Praktisch sieht es tatsächlich ja aber eher anders aus. Die Politik ist geradezu hungrig danach, Risiken an sich zu ziehen. Erklärungen für diese Beobachtung finden sich an ganz anderer Stelle. BSE war natürlich ein wunderbares Instrument, um endlich der Landwirtschaftslobby beizukommen. Der Irakkonflikt war wunderbar, weil endlich niemand mehr über BSE sprach. Vor allem wird die staatliche Risikoübernahme psychologisch aber den handelnden Politikern zugerechnet und nicht dem Staat. Juristisch übernimmt das Risiko aber der Staat als juristische Person. Wenn das nun langfristige Risiken sind, ist es fast risikolos für die handelnden Politiker, dem Staat ein Risiko aufzubürden. Durch das Auseinanderfallen der politischen und der juristischen Zurechnung erhalten die Politiker die Risikoübernahme nämlich praktisch kostenlos. Für sie selbst zählt, ob sich die Chancen verbessern, die nächste Wahl zu gewinnen. Diese Chancen sind in keiner Weise beeinträchtigt, wenn sich das Risiko viel später realisiert und vom Staat als juristischer Person getragen werden muss. Aus dieser Perspektive mag es also wirklich sein, dass die staatliche Freude an der Übernahme von Risiken der Kontrolle bedarf. Dafür sind aber nicht die Gründe maßgeblich, die Sie uns vorgeführt haben, Herr *Lepsius*, sondern politökonomische Gründe.

Meyer (Zwischenfrage): Herr *Lepsius*, ich verstehe nicht ganz, wie Sie Ihre letzte These, dass das Risikoverwaltungsrecht jedenfalls nicht den Menschen selbst zum Risiko erklären soll, vereinbaren wollen mit dem Insistieren darauf (These 21), dass nur eine individuelle Zurechnung möglich sein soll. Und in These 25 rekurren Sie auf den Störer, der in der gesetzlichen Nachverdichtung sozusagen klarer herausgearbeitet werden soll. Müssten Sie nicht eigentlich zum Ergebnis kommen, dass der Mensch das Grundrisiko überhaupt ist und dass unser Problem darin besteht, dass dieses Grundrisiko zunächst einmal von der Verfassung erlaubt wird, weil die Freiheit des Menschen ja ein wesentlicher Bestandteil der Verfassung ist und unser Problem ja nur darin besteht, wie weit diese Freiheit gehen kann, oder umgekehrt, wann der Staat sagen kann: Dieser Freiheitsgebrauch ist unter Risikogesichtspunkten nicht mehr erlaubt?

**Albers:** Meine Frage geht an Herrn *Lepsius*. Ich habe in Ihrem Vortrag die Beispiele vermisst, an denen sich die Plausibilität Ihrer Thesen messen lassen müsste. Ich möchte dazu einen zentralen Punkt herausgreifen. Das Risikorecht hat sich mit Blick auf die sogenannten Katastrophentpotentiale entwickelt, für die die Kernkraftwerke das klassische Beispiel sind. Wir wissen heute, dass sich dieses Problem nicht nur auf bestimmte großtechnische Anlagen, sondern etwa auch auf kumulierte Gewässerbelastungen, auf Waldschäden, oder, wie Herr *Calliess* schon anführte, auf den Klimawandel erstreckt. Mit Blick auf diese anschaulichen Phänomene war für das Recht erkennbar, dass es ein so differenziertes und mit vielfältigen Instrumenten arbeitendes Risikoverwaltungsrecht entwickeln muss, wie Herr *Scherzberg* uns das sehr schön vorgeführt hat. Kann man solche Probleme, wenn Sie jetzt diese Beispiele nehmen, wirklich mit dem doch ganz anderen Konzept der normativen Nachverdichtung der ordnungsrechtlichen Gefahrenabwehrdogmatik überhaupt erfassen oder sogar lösen? Ich habe da Zweifel in grundsätzlicher Hinsicht und auch bei vielen Ihrer detaillierteren Ausführungen. Wenn Sie etwa Erfahrungswissen durch Experimente gewinnen wollen, dann kann das bei Kernkraftwerken wohl kaum die Lösung sein.

**Winter:** Ich würde gerne mit einem Fall anfangen: Zwischen Bremen und Bremerhafen liegen ungefähr 50 km, und nun telefoniert eine zunehmende Menge von Personen in Bremen und Bremerhafen mobil. Das führt dazu, dass die gesammelten Signale in Bremen nach Bremerhafen transportiert werden sollen und umgekehrt, und hierfür soll ein Richtfunkturn, etwa 100 m hoch, in der Mitte zwischen den beiden Städten gebaut werden. Die Anwohner haben Besorgnis wegen möglicher nicht-ionisierender Strahlen, und es gibt auch ein gewisses Problem mit dem Landschaftsbild. Was tut man jetzt? Wir haben hier die Situation der ungewissen Risiken. Man weiß noch nicht viel Bescheid, man weiß noch nicht viel über die Strahlenschäden. Nun ergibt sich aber, dass zwischen Bremen und Bremerhafen bereits ein Glasfaserkabel liegt. Der Turm soll von Vodafone gebaut und betrieben werden, das Glasfaserkabel wurde von Telecom verlegt. Telecom bietet an, die Signale durch das Glasfaserkabel zu schicken. Damit baut man keinen Turm. Ist es nun rechtlich sinnvoll, diese Frage der alternativen Zielverwirklichung – man könnte auch sagen, die Frage des Nutzens, die sich hier stellt – in dem Verfahren mit einzubringen, oder den Turm rein umwelt- und planungsrechtlich zu beurteilen? Ich lasse mal außen vor, dass wir da gewisse Hinweise in § 35 Abs. 1 Nr. 3 Baugesetzbuch finden, das sollten wir einmal außer Betracht lassen. Mich interessiert die grundsätzlichere Frage, ob in der Risikoentscheidung eine Nutzen- und Alternativenerwägung eine Rolle spielen

sollte, und zwar nicht nur in Zusammenhängen, in denen die öffentliche Hand – wie etwa bei Infrastrukturmaßnahmen – gefordert ist, Alternativen vorzustellen, sondern auch in solchen Verfahren, in denen Private tätig werden, wie Vodafone. Herr *Hoffmann-Riem* hat einmal einen schönen Aufsatz geschrieben über die Optionenprüfung, das Optionenermessen, und Herr *Scherzberg* hat in der These 26 die Figur der ökologischen Erforderlichkeit in die Debatte gebracht. Und hierhin richtet sich jetzt meine Frage, und mich würde auch interessieren, was Herr *Lepsius* dazu sagt: Wie würden Sie dieses Gebot dimensionieren? Erstens: Würden Sie den privaten Betreibern abverlangen, dass sie Alternativen vorstellen, und sagen, sie hätten sie geprüft, und die hätten sich nicht als sinnvoll erwiesen? Zweitens: Wie können Sie vermeiden, dass wir durch solch eine Risiko-Nutzenabwägung zu Situationen kommen, dass ein deutlicher Schaden über eine Nutzenprüfung hinnehmbar gemacht wird? Drittens: Wie ist es mit den europarechtlichen Bezügen? Im Europarecht gibt es zunehmend die Kategorie des hinnehmbaren Risikos, neuere Entwicklungen im Gentechnikrecht und im Chemikalienrecht, ich empfehle da, die neueren Rechtsakte dazu zu lesen, die Entwürfe. Und letzte Frage: Was ist die verfassungsrechtliche Grundlage einer solchen möglichen ökologischen Erforderlichkeitsprüfung? Sind das Grundpflichten (Sie sprechen von Art. 20a), und wie ist dann das Verhältnis zu den Freiheitsrechten zu beurteilen?

**Schoch:** Verehrte Kolleginnen und Kollegen! Wer sich mit einem solch anspruchsvollen Thema beschäftigt, muss sich – um es bewältigen zu können – zunächst der Bedingungen im Realbereich vergewissern. Es geht dabei um Erkenntnisse, die aus dem Realbereich gewonnen werden, aber auch um Interessen, um Handlungsabläufe und um vieles anderes mehr. Sodann muss man die betreffenden Rechtsgebiete differenziert analysieren, um die jeweilige rechtliche Systemrationalität erfassen zu können; dabei muss man auch, was angesprochen worden ist, das Europarecht einbeziehen, und zwar nicht nur selektiv, sondern umfassend, um die richtige rechtliche Basis zu gewinnen.

Wenn man dies voraussetzt, dann kommt man – wobei ich zu zwei Punkten Stellung nehmen will – zunächst sehr rasch dazu, dass das uns hier angebotene Konzept der (generellen) administrativen Rechtsetzung die Lebenswirklichkeit in weiten Teilen ausblendet. Herr *Rengeling* hat bereits darauf hingewiesen, wie unter europarechtlichen Vorzeichen – jenseits der selbstverständlich notwendigen Rechtsetzung – tatsächlich Entscheidungen in unserem Zusammenhang gewonnen werden. Ferner kann ich Ihnen berichten, dass die Entscheidung zum „Nanopulver“ des 10. Senats des VGH Baden-Württemberg, über die Herr *Scherzberg* be-

richtet hat, selbstverständlich nicht in diesem relativ „blutleeren Raum“ der administrativen Rechtsetzung gewonnen werden konnte. Das angebotene Konzept der abstrakt-generellen Normsetzung formuliert notwendige, aber bei weitem nicht hinreichende Bedingungen für die Problembewältigung; darüber müssen wir uns Rechenschaft ablegen. Es genügt eben nicht, nur auf die differenzierte Rechtsetzung zu sehen; man muss auch den Verwaltungsvollzug einbeziehen und man muss die Erkenntnisse der Rechtsprechung in den Blick nehmen. Tut man dies, scheint mir das Zwischenfazit zu den Vorträgen eindeutig zu sein.

Was in den Vorträgen präsentiert worden ist, gibt – zweiter Punkt – teilweise den Stand der Rechtswissenschaft nicht richtig wieder. Herr *Hoffmann-Riem* hat bereits darauf aufmerksam gemacht, dass der steuerungswissenschaftliche Ansatz wesentlich differenzierter ist, als aus diesen mitunter etwas „schwarz-weiß“ operierenden Argumentationsmustern deutlich geworden ist. Herr *Lepsius*, ich darf Sie direkt ansprechen und zugespitzt formulieren: Sie haben am Beginn und am Ende Ihres Referats eine ziemlich weit gehende Abrechnung mit Teilen der deutschen Staatsrechtslehre vorgenommen, indem Sie im Kern den Vorwurf erhoben haben, dass eine „Dogmatik des Unmöglichen“ entwickelt worden sei. Ich meine, ich habe Sie so richtig verstanden. Ihre Position wird am Ende Ihres Thesenpapiers nochmals in These 35 deutlich, wo Sie von „falschen Regelungserwartungen“ sprechen. Dazu möchte ich fragen, was Sie uns nun angeboten haben, und ich möchte genauso hart erwidern: Sie haben uns vor dem Hintergrund hochkomplexer Probleme einer ausdifferenzierten Rechtsordnung ein rechtliches Denken auf dem Stand des Kreuzberg-Urteils des Preußischen Oberwaltungsgerichts angeboten und gemeint, wir könnten hier mit den Rezepten des Polizeirechts arbeiten. Ich verstehe zwar, da ich mich mit dem Polizeirecht auch schon einmal befasst habe, dass Polizeirechtler in unseren Reihen von nostalgischen Gefühlen beschlichen werden und dem einfach strukturierten Konzept eine gewisse Sympathie abgewinnen können; ich fürchte nur, dass dieser Ansatz in unserem Zusammenhang nicht weiterführt. Ich möchte, wenn Sie erlauben, noch einen Schritt weiter gehen. Sie haben nicht nur einen „Frontalangriff“ gegen Teile der Staatsrechtslehre unternommen, sondern leider mit Ihrem Modell auch noch ein rechtlich nicht brauchbares Konzept geliefert. In These 27 sagen Sie, „Ziel muss es immer sein, Risiken zu individualisieren“. Nicht etwa „Beiträge“ zu einem Risiko, sondern „Risiken“ sind zu individualisieren. Ich frage, wie individualisieren Sie (und wie rechnen Sie zu) beispielsweise die Schädigung der Ozonschicht, die Verschmutzung der Meere und von mir aus auch die Schädigungen des Schwarzwalds? Darauf hätte ich gern eine Antwort.

**Vorsitzender:** Ja, vielen Dank Herr *Schoch* für diesen grundsätzlichen Beitrag zum Begriff „Dogmatik des Unmöglichen“. Wir kommen jetzt zu den letzten beiden Wortmeldungen, und zwar diejenige von Herrn *Streinz*, der noch ein praktisches Beispiel uns vorführen möchte, und dem Beitrag von Herrn *Meßerschmidt* zur Frage der Beweislastumkehr.

**Streinz:** Zunächst etwas zum Europarecht und dann ein praktisches Beispiel. Von den beiden Referenten sind ja die europarechtlichen Vorgaben zutreffend einbezogen worden, insbesondere die Unterscheidung risk assessment, risk management und risk communication mit der zu Recht betonten Trennung von naturwissenschaftlicher Bewertung, mehr oder weniger based on science, und der politischen Entscheidung, auf deren Grundlage und im verfassungsrechtlichen Rahmen. Diese Trennung zeigt sich ja auch jetzt bei der Neuorganisation des Verbraucherschutzes in Deutschland nach der BSE-Krise. Aber dazu gehört auch die internationale Ebene, das möchte ich noch ergänzen, aus der diese Differenzierung stammt, im Rahmen der WTO. Hier zeigen sich ja deutliche Bewertungsunterschiede insbesondere zu den USA, wie die Fälle BST, d.h. Wachstumshormone, Novel Food, insbesondere hinsichtlich gentechnisch veränderten Organismen, zeigen. Normative Verdichtung ist hier besonders schwierig. Zu dem EuGH-Urteil und zur These 7 von Herrn *Lepsius* auch im Anschluss an die Frage von Frau *Kokott*: Wir haben hier das Problem, die Entscheidungen des Gerichtshofs zu systematisieren und zu generalisieren, die zu einzelnen Fällen ergehen und auf einzelne Fragen antworten. Die Tendenz sehe ich allerdings im Wesentlichen auch so. Nun das Beispiel, angeregt durch die These 20 von Herrn *Lepsius* und die These 25 von Herrn *Scherzberg*, nämlich der Verantwortungsteilung zwischen öffentlicher Steuerung und privatwirtschaftlicher Selbstregulierung – ein praktischer Fall, weil man sich ja oft die Frage stellt, ob unsere dogmatischen Erwägungen und Erkenntnisse auch zur Lösung praktischer Fälle beitragen können. Es geht hier um Folgendes – ich möchte es bringen, obwohl es kein innovatives, sondern ein traditionelles Produkt betrifft und banal erscheinen mag, aber von großer wirtschaftlicher Bedeutung ist: Es ist offenbar nicht auszuschließen und technisch auch nicht zu vermeiden, dass wegen – um es so zu umschreiben – natürlicher Umwelteinwirkungen in bestimmten Teebeuteln Salmonellen vorkommen können. Diese werden zuverlässig abgetötet, wenn der Tee mit heißem Wasser, in mindestens 70 Grad Celsius, aufgebrüht wird. Dass man dies machen soll, steht auch auf der Verpackung des Tees. Frage: Genügt dies, oder ist es so, dass wenn in einem Beutel Salmonellen festgestellt werden, die Regale geräumt werden müssen, wie die deutsche Verwaltungspraxis ist? Wenn man das deutsche Recht ansieht, § 8 LMBG, hat diese

wahrscheinlich sogar Recht, wenn man das Gemeinschaftsrecht ansieht, Art. 14 EG-Basisverordnung, der am 1. 1. 2005 in Kraft tritt und der dem einzelnen Endverbraucher wohl mehr Eigenverantwortlichkeit zutraut, also auf dieser Stufe die Verantwortlichkeit ansiedelt, ist dies vielleicht anders zu sehen. Meine Frage daher: Wie würden Sie die Verantwortung teilen oder wem die Verantwortung hier zuteilen?

**Meßerschmidt:** Ich habe offensichtlich so unleserlich geschrieben, dass Sie meine Bemerkung nicht einordnen konnten. Entgegen meiner Gewohnheit muss ich eine kleine Vorbemerkung machen. Sich zu Risikoverwaltungsrecht zu äußern, ist offensichtlich selbst ein großes Risiko, auch eine Frage dazu zu stellen, denn man wird wohl immer eingeteilt: Gehört man zu denjenigen, die im Namen des Risikos Freiheit und Innovation erdrosseln wollen, oder gehört man zu denjenigen, die sozusagen auch unvertretbare Risiken hinzuzunehmen bereit sind. Ich glaube, beide Referenten haben dieses Risiko vermieden, auch wenn ihre Grundpositionen sehr unterschiedlich sind. Obwohl sich meine Fragen auf den Vortrag von Herrn *Scherzberg* beziehen, möchte ich doch nicht dem einen oder anderen Lager zugeordnet werden. Meine erste Frage bezieht sich auf die Beweislastverteilung bei Ungewissheitsrisiko. Ich habe Sie wahrscheinlich ein wenig einseitig verstanden, Herr *Scherzberg*, aber es klang so, als ob Sie es für möglich halten, dass der Hersteller eines Produkts oder eines chemischen Stoffes selbst beweisen muss, dass sein Stoff ungefährlich ist und dies selbst in der Situation des Ungewissheitsrisikos. Das liefe dann allerdings darauf hinaus, dass er im Grunde genommen gar nichts mehr machen kann, weil ein endgültiger Beweis der Ungefährlichkeit vielfach gar nicht zu führen ist. Wenn man so weit mit dem Begriff des Risikos geht und diese Koppelung von Beweislastumkehr und Ungewissheitsrisiko vornimmt, so scheint mir dies wirklich riskant zu sein. Ich glaube, mit dem Begriff des Ungewissheitsrisikos verträgt sich gerade keine eindeutige Beweislastverteilung. Aber vielleicht haben Sie ja auch mit Ihrem Abwägungsmodell eher in die andere Richtung weisen wollen. Das war mein erster Punkt, da bitte ich um Aufklärung, wie das zu verstehen ist. Der zweite Punkt: Wir kommen als Juristen ja nicht aus dem binären Kode heraus. Wir müssen uns festlegen: Was für ein Risiko ist es, ist es die Gefahr oder ist es das weniger schlimme Risiko? Wenn wir einen wissenschaftlich informierten Begriff und nicht nur eine opportunistische Ad-hoc-Dogmatik, wie das in der Vergangenheit in der Rechtsprechung der Fall war, verwenden, ergeben sich daraus Veränderungen bei der Zuordnung dessen, was wir bislang Gefahr und was wir bislang bloßes Risiko genannt haben? Kann es also sein, dass auf der Grundlage Ihrer Definition das, was wir bislang für bloßes Risiko gehalten haben,



nun doch in den Gefahrenbereich abwandert oder kann es sich auch umgekehrt verhalten? Meine dritte Frage gilt den risikospezifischen Instrumenten: Ich habe da gewisse Zweifel, ob man immer sagen kann: Ordnungsrecht, das ist Gefahrenabwehr, und alle neuartigen Instrumente dienen der Vorsorge. Ich glaube, wir haben viele Instrumente, die sowohl eine Risikovorsorgekomponente besitzen als auch eine Gefahrenabwehrkomponente. Ich bin nicht sicher, ob es eine feste Relation zwischen Instrument und Schutzzweck gibt. Das müssten wir aber jedenfalls nicht nur für jedes Instrument, sondern bei jeder einzelnen gesetzlichen Regelung ganz genau prüfen.

**Püttner** (Zwischenfrage): Ich möchte nur Fragen – ich habe in den Referaten und in der Diskussion wenig gehört zur Risikofreudigkeit: Ist der Begriff mit Recht ausgeklammert worden, oder wie steht es damit?

**Vorsitzender**: Vielen Dank, das war wirklich ein kurzer Beitrag. Sie sehen mich, meine Damen und Herren, von der allerbesten Laune. Ich fand die Diskussion äußerst anregend, niveauvoll und auch von einer gewissen Konfliktbereitschaft gekennzeichnet. Damit sind wirklich zentrale Fragen angesprochen worden, und ich freue mich jetzt natürlich auf die Repliken der beiden Referenten. Wir werden so verfahren wie immer, dass der Zweitreferent beginnt, das passt von der Dramaturgie ja auch gut, weil Sie, Herr *Lepsius*, besonders viele Pfeile auf sich gezogen haben.

**Lepsius**: Danke, Herr Vorsitzender. Meine Damen und Herren, ich bedanke mich sehr herzlich für die vielen Fragen, kritischen Punkte, Anregungen, weiterzudenken, und bitte um Nachsicht, wenn ich nicht auf alle Aspekte mit der gebührenden Ausführlichkeit eingehen kann. Meines Erachtens sollten wir nach zwanzig Jahren Risikodogmatik eine Zäsur setzen, um nachzudenken: Was hat sich verändert, welche Entwicklungen sind passiert, wollen wir sie weitergehen, was soll auch in Europa vertreten werden, worauf sollten wir unsere Energien richten und in welchem Bereich sollte man vielleicht auch mal eine Innovation des Jahres 1980 dem Antiquitätenhandel übergeben? Die von mir als Zäsur angenommene Trennung von Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit wurde angegriffen und „Vorbeireden an der Realität“ genannt. Ich denke, es ist genau das Gegenteil. Wer die entscheidenden Schritte in der Rechtsentwicklung verfolgt, wird feststellen, dass diese Trennung immer wieder vorkommt, etwa in den Begriffsdefinitionen der UGB-Entwürfe. Das substanziell Neue dort ist der Möglichkeitsgedanke, der in die Risikodefinition einfließt, ebenso bei der Zielformulierung des § 1 Gentechnikgesetz. Oder nehmen sie die Rechtsprechung des 7. Senats des Bundesverwaltungsge-

richts aus den 1980er Jahren: In dem Moment, in dem der Senat die Möglichkeit in die Vorsorge einbezieht, muss er den Beurteilungsspielraum akzeptieren, weil er kein Kriterium zur Verfügung hat, um die Möglichkeit rechtlich zu überprüfen. Also immer wenn die Möglichkeit ins Spiel kommt, stehen wir vor großen Problemen. Daher ist diese Beschreibung nicht unterkomplex, sondern sie markiert die entscheidende Linie, an der die Rechtsprobleme beginnen.

In der Diskussion wurde gefordert, sich stärker mit dem Polizeirecht zu beschäftigen. Diese Tendenz finde ich unterstützenswert, nicht weil wir damit alle Probleme bewältigen können, sondern um uns der Grundlagen der Zurechnung bei der Gefahrenabwehr wieder zu vergewissern. Dies verstehe ich auch als Einwand gegen die Ausdifferenzierung weiterer Sonderbereichsdogmatiken. Es ist nicht hilfreich zu versuchen, die Komplexität der Rechtsentwicklung in ihren Verästelungen abzubilden, wenn die systembildenden Faktoren und die Grundlagen, von denen sich diese Sonderbereichsdogmatiken abwenden, in demselben Maße vernachlässigt werden. Wir stehen daher, glaube ich, vor einer Renaissance des allgemeinen Polizeirechts – gewiss mit der Einsicht, dass dieses alleine nicht reichen wird. Ich hoffe, das auch mit hinreichender Deutlichkeit im Vortrag gesagt zu haben. Aber dies sollte der Ausgangspunkt der Entwicklungen sein, und ich bin immer überrascht festzustellen, wie viele polizeirechtliche Grundprobleme seit *Bill Drews* noch ungeklärt sind. Der Begriff der Wahrscheinlichkeit ist in der Tat ein wichtiger Merkposten.

Wir sollten aber nicht nur das Verhältnis des Polizeirechts zu anderen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts bedenken. Auch das Verhältnis von Recht und Politik bedarf einer Besinnung und Rückversicherung. Ich wiederhole: wir trauen der Politik zu wenig zu, wenn wir nach der Verrechtlichung von gesellschaftlichen Problemlösungsinstanzen suchen. Wir haben diese Instanzen bereits: Es sind die Parlamente. Warum wollen wir die Funktionen des Parlaments mit den Mitteln des Verwaltungsrechts mühsam nachbilden? Warum wollen wir beispielsweise das Verwaltungsrecht mit partizipativen Strukturen überfordern, obwohl wir eine ganze Institution dafür unterhalten, diese partizipativen Strukturen zu erbringen? Ehrlich gestanden sehe ich darin keine Innovation. Auch inhaltlich wird das Parlamentsgesetz in seiner Problemlösungskompetenz unterschätzt. Natürlich kann der Gesetzgeber die Probleme des Umwelt- und Technikrechts regeln. Schauen Sie in die Vereinigten Staaten: Ich möchte die Detailfreudigkeit der Gesetzgebung dort nicht als Vorbild darstellen, aber dass der Gesetzgeber spezielle Regelungen im Umwelt- und Technikrecht vornehmen kann, verdeutlicht jeder Blick in amerikanische Gesetzbücher. Wir sollten uns hier auch von einem gewissen deutschen Traditionalismus verabschieden. Im Übrigen billigen wir dem Gesetzge-

ber ja sogar zu, dass er Planfeststellungsbeschlüsse erlassen kann. Also wer die Südumfahrung Stendals kognitiv bewältigt, der kann auch noch ganz andere Dinge. Die Frage ist allerdings, warum wir bei bestimmten Sachfragen so leicht einknicken und sagen: „Nein, das kann der Gesetzgeber nicht“. Warum geben wir uns eigentlich zufrieden mit § 7 Atomgesetz oder mit § 5 Bundesimmissionsschutzgesetz? Ich sehe keinen Grund, in bestimmten Sachbereichen auf die verfassungsrechtlich gebotenen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts zu verzichten. Der Gesetzesvorbehalt funktioniert in allen Bereichen, in denen er wirklich ernst genommen wird: etwa im Strafvollzugsrecht oder, wie die letzten Tage gezeigt haben, im Schulrecht. Ich sehe keinen empirischen, keinen rechtsvergleichenden, keinen kognitiven, ich sehe überhaupt keinen Grund, warum der Gesetzesvorbehalt nicht auch im Bereich des Umwelt- und Technikrechts ernst genommen werden sollte und der Gesetzgeber dann auch mit den Mitteln des Verfassungsrechts dazu aufgefordert werden müsste, die Dinge zu regeln. Wenigstens die Konkretisierungsdichte einer Landesbauordnung dürfen wir auch im Umwelt- und Technikrecht erwarten.

Dann ist nach dem Einfluss der Schutzpflichten gefragt worden, also dem Verhältnis des Verfassungsrechts zum Verwaltungsrecht. Zu den Schutzpflichten habe ich eine skeptische Position. Die Schutzpflichten haben wir seit 1975 und danach begannen die Schwierigkeiten! In dem Moment, in dem die Gefahrenabwehrdogmatik Schutzpflichten bewältigen musste, beginnt die Überforderung der Verwaltungsrechtsdogmatik, auch wenn die Überforderung in der Rechtsprechung des 7. Senats elegant gelöst wurde. Wir sehen zugleich die Überforderung der Gesetzgebung und auch ein wenig die Überforderung unserer eigenen Problemlösungskompetenzen. Ich sehe keinen Gewinn darin, diese Richtung weiterzuführen. Die Schutzpflichtendimension der Grundrechte ist vielmehr kritisch zu befragen, was sie eigentlich in den letzten 25, 30 Jahren eingebracht hat. Ich glaube, sie hat mehr Probleme verursacht als gelöst. Wir haben auch gar kein Bedürfnis für die Schutzpflichten, weil der Förderzweck, der Schutzzweck, entweder schon im grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt selbst angelegt ist, nämlich in einem parlamentarisch zentrierten Gesetzesvorbehalt, der nicht nur der Eingriffsrechtfertigung dient, oder aus dem Sozialstaatsprinzip folgt. Mich interessiert, warum wir weder das Sozialstaatsprinzip noch den Gesetzesvorbehalt für die Schutzdimension heranziehen, sondern diese Frage über die Grundrechte konstitutionalisieren. Das ist, glaube ich, auch die staatsorganisatorisch falsche Verankerung. Wir überantworten der Grundrechtsdogmatik zu viel und überfordern sie hier bei der Problemlösung.

Das Problem des Risikos stellt das Verwaltungsrecht vor eine sehr interessante Herausforderung, nämlich vor die Herausforderung, seine Gren-

zen zu thematisieren. Man ist vielleicht versucht, über den Vorsorgegedanken, der ja auch in der Tradition der Daseinsvorsorge steht, die Grenzen auszudehnen, und ich habe durchaus provokativ auf diese Grenzen hingewiesen. Das Verfassungsrecht ist dem Verwaltungsrecht insofern überlegen, weil es die Debatte nach seinen Grenzen schon geführt hat (etwa am Beispiel der sozialen Grundrechte oder des Sozialstaatsprinzips). Das Verwaltungsrecht hingegen muss die Debatte über die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit erst noch führen. Momentan traut es sich zuviel zu, wenn es meint, verfassungsrechtliche Aspekte erneut abbilden zu können.

Damit komme ich zum letzten Punkt, dem Verhältnis des nationalen Rechts zum Europarecht. Vielleicht kommt die Lösung vieler Probleme doch aus Europa, und wir sollten europarechtliche Entwicklungen nicht nur als Verfallserscheinungen thematisieren. Gerade im Bereich der Gefahrenabwehr empfind ich die europarechtlichen Einflüsse als wohlthuend. Angelsächsischer Pragmatismus führt uns vielleicht eher auf den Boden der Tatsachen zurück als deutscher Idealismus, der natürlich im Unterricht an anderer Stelle zu seinem Recht kommen sollte, aber vielleicht nicht im Umweltrecht. Das führt mich zu einer letzten Bemerkung: Wir gehen, glaube ich, zu leichthändig von der Auffassung aus, dass deutsche Ideen, wenn sie denn nach Brüssel exportiert werden, als deutsche Ideen zurückstrahlen. Der Begriff der Vorsorge, der ja eine deutsche Erfindung ist und auf deutsches Betreiben ins Primärrecht eingeführt wurde, kommt aus Europa anders zurück, als er dorthin geschickt wurde, und für das Verursacherprinzip kann man nur das Gleiche hoffen. Jedenfalls beobachten wir Entwicklungen mit interessanten Ergebnissen, und ich meine, wir sollten sie als Chance begreifen, uns von manchen Entwicklungen der letzten 20 Jahre auch wieder zu befreien.

**Scherzberg:** Meine sehr verehrten Damen und Herren. Leider kann ich aus Zeitgründen nur zu einigen zentralen Punkten der heutigen Diskussion Stellung nehmen. Ausgangspunkt ist dabei für mich die Feststellung, dass das Recht die Aufgabe hat, die Probleme zu bearbeiten, die die gesellschaftliche Wirklichkeit ihm stellt. Die Risikogesellschaft stellt dem Recht ein besonderes Problem: in ihr geht es um die Beurteilung von Produkten, Verfahren und Anwendungen, deren Nutzen regelmäßig bekannt, deren Nebenfolgen aber ebenso regelmäßig unbekannt sind. Die rechtliche Bewältigung dieser Lage kann mit dem klassischen Instrument der Abwägung von Kosten und Nutzen – etwa im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips – allein nicht gelingen. Denn es stehen sich nicht Kosten und Nutzen oder Sicherheit und Unsicherheit, sondern relative Sicherheit der Nutzen mit Ungewissheit der Nebenfolgen gegenüber. Das stellt das Recht vor ein neues Problem.

Bislang konnte man Ungewissheit im Reich der Gefahrenabwehr durch Rückgriff auf das Erfahrungswissen des Vollzugsbeamten lösen. Erfahrungswissen gibt es aber zu den meisten Regelungsproblemen der Risikogesellschaft nicht. Nehmen Sie etwa ein Holzschutzmittel: Das Holzschutzmittel beugt Fäulnis vor – das weiß man, das hat man untersucht, deshalb ist es auf den Markt gebracht worden – und es sichert damit die Stabilität der Dachkonstruktion. Aber wir wissen nicht genau, welche weiteren Wirkungen der Kontakt mit Holzschutzmittel im menschlichen Körper auslöst. Ein anderes Beispiel ist der gentechnisch veränderte Mais. Er erspart die Nutzung von Pflanzenschutzmitteln, aber wir wissen noch nicht genau, wie er auf die Bakterien im menschlichen Darm wirkt. Wir wissen nur, dass er dort wirkt. In diesen Fällen bedarf es einer Bewertung des Risikos, und zwar, Herr *Püttner*, auch der Risikofreude. Die Aufgabe dieser Bewertung hat natürlich – da stimme ich meinem Kollegen *Lepsius* durchaus zu – primär der Gesetzgeber. Er hat über die Risikobereitschaft der Rechtsordnung zu entscheiden. Er muss dabei aber auch ein Instrumentarium nutzen, das dem Faktum gerecht wird, dass wir es mit einer ungewissen Situation zu tun haben. Der Gesetzgeber muss also von der erfahrungsbasierten Steuerung auf eine ungewissheitsbasierte Steuerung übergehen. Man kann dabei nicht mit alten Konzepten und Begrifflichkeiten des Polizeirechts arbeiten. Wenn man das versucht, Herr *Ronellenfötsch*, endet man in einem Zirkelschluss. Ich möchte Ihnen das am Beispiel der Abgrenzung von Vorsorge und Restrisiko vorführen. Auf der Basis der klassischen polizeilichen Unterscheidungen soll in Fällen der Ungewissheit bei potentiell irreversiblen Schäden bereits eine geringe Prognosesicherheit für die Gefahrenannahme ausreichen. Nicht etwa eine geringe Wahrscheinlichkeit, sondern eine geringere Prognosesicherheit. Dabei wird übersehen, dass die Annahme der Irreversibilität des Schadens selbst auf der betreffenden schwachen Prognosebasis beruht. Die Anwendung klassischen Polizeirechts auf Fälle der Ungewissheit führt mithin in einen Zirkelschluss.

Das Recht braucht neue Instrumente zur Ungewissheitsbewältigung. Das wichtigste ist dabei, dass es reflexiv wird. Man muss sich vergegenwärtigen, dass das Recht selbst Risiken schafft, wenn es in ungewissen Tatsachenlagen reguliert. Das ist in der Diskussion verschiedentlich zutreffend vermerkt worden. Ich würde die Notwendigkeit, die Folgen des Handelns unter Ungewissheit zu berücksichtigen, verfassungsrechtlich primär in Art. 20 a GG verorten, aber – Herr *Pötschas* – auch in den grundrechtlichen Schutzpflichten, und zwar in der Art, dass die Schutzpflichten zur Risikobegleitforschung verpflichten, wenn das Recht ein grundrechtlich relevantes Risiko eröffnet, und zwar auch ein Restrisiko. Die Risikobegleitforschung kann entweder der Staat selber unternehmen

oder dem Betreiber auferlegt. Bei der Berücksichtigung des Risikos zweiter Ordnung, also der Gefahr der Fehlsteuerung der Gefahr, muss man natürlich die in Frage stehenden Innovationen gewichten und den möglichen Wert der Innovation einstellen, und deswegen kann man bei der Risikosteuerung durchaus graduell abgestuft nach Maßgabe des erwarteten Nutzens der Innovation agieren, wie ein Diskussionsteilnehmer zu Recht gefragt hatte.

Ich möchte als Beispiel noch mal den VGH Mannheim mit seinen Nanopartikeln anführen. Es gibt für Nanotechnologie noch keine Grenzwerte. Deswegen hilft hier auch der Ruf nach dem Gesetzgeber nichts. Die Behörden knüpfen stattdessen an den Grenzwert für Dieselruß an und setzen dazu einen Sicherheitszuschlag von zwei Zehnerpotenzen. Warum nicht drei Zehnerpotenzen, warum nicht vier, warum überhaupt einen Sicherheitszuschlag? Es gibt keine Sachverständigen, die dazu eine rationale, sichere Antwort geben würden. Deshalb stellt sich hier der Verwaltung die Aufgabe, ein Risikokzept zu entwickeln. Sie muss dabei auch den zur Umsetzung gesetzlicher Schutzvorgaben angemessenen Sicherheitszuschlag bestimmen. Die Gerichte überprüfen diese Entscheidung dann nur auf ihre Vertretbarkeit. Und so ist es in der Tat in den Vorgesorgeerwägungen der VGH auch geschehen.

Ein letzter Punkt, den ich ansprechen möchte, betrifft die Wahrscheinlichkeit. Ich bin kein Wahrscheinlichkeitstheoretiker, aber ich muss Ihnen sagen, ich glaube nicht an die rationale Kraft dieses Begriffs. Zum einen deswegen nicht, weil man in Ungewissheitssituationen die Wahrscheinlichkeit regelmäßig nicht kennt. Die Wahrscheinlichkeit wird fingiert. Sie entsteht aus Extrapolationen, Modellrechnungen, Simulationen, die sich häufig genug in der Wirklichkeit als ungenau oder unrichtig erweisen. Zum anderen deshalb, weil sich der Wahrscheinlichkeitsbegriff außerhalb sich regelmäßig wiederholender Ereignisse für die Risikosteuerung überhaupt nicht eignet. Denn wenn man in die Welt hineinschaut, dann ist sie voll von unwahrscheinlichen Ereignissen. Dass sich die Mitglieder der deutschen Staatsrechtslehrervereinigung so auf ihre Stühle in diesem großen Hörsaal zuordnen, wie sie sich zugeordnet haben, das ist höchst unwahrscheinlich und doch genau so eingetreten. Und wenn Sie sich vorstellen, meine Damen und Herren, dass jeder von Ihnen das Produkt der Rekombination des Erbmaterials Ihrer Eltern sind und es dabei drei Milliarden verschiedener Buchstaben gibt, die da kombiniert werden müssen, dann müsste man Sie, meine sehr verehrten Damen und Herren, wenn man an Wahrscheinlichkeiten glaubt, allesamt nach praktischer Vernunft vernachlässigen. Man darf, wenn man in die Zukunft schaut, nicht einfach die wahrscheinlichen Entwicklungen erwarten, sondern muss mit dem Eintritt des Unwahrscheinlichen, des Möglichen eben, rechnen.

**Vorsitzender:** Vielen Dank noch einmal an die Referenten für die unwahrscheinlich guten Referate und für die inhaltsreiche Diskussion. Wir machen jetzt unsere verdiente Mittagspause und treffen uns um 14.15 pünktlich zur Fortsetzung unserer wissenschaftlichen Diskussion.

Vierter Beratungsgegenstand:

**Transparente Verwaltung:  
Konturen eines Informationsverwaltungsrechts**

1. Bericht von Prof. Dr. *Rolf Gröschner*, Jena

Inhalt

|  | Seite |
|--|-------|
| I. Transparenz als gemeineuropäische Rechtsidee . . . . .  | 346   |
| 1. Verwaltungstransparenz im europäischen Rechts-<br>vergleich . . . . .                           | 346   |
| a) Akteneinsicht in Skandinavien . . . . .   | 346   |
| b) Arkantradition des deutschen Verwaltungsrechts . . . . .  | 347   |
| 2. Transparenz in der Entwicklung des Gemeinschafts-<br>rechts . . . . .                           | 348   |
| a) Referenzgebiet Umweltrecht . . . . .  | 348   |
| b) Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane . . . . .   | 349   |
| c) Transparenztheoretische Irritationen . . . . .  | 350   |
| 3. Alteuropäische Traditionen der Öffentlichkeit . . . . .   | 351   |
| a) Allgemeinheit in der athenischen Demokratie . . . . .   | 351   |
| b) Publizität in der römischen Republik . . . . .  | 353   |
| c) Transparenz im neuzeitlichen Rechtsstaat . . . . .  | 354   |
| 4. Von der Idee zur Dogmatik: Das <i>ius publicum</i> als <i>ius</i><br><i>politicum</i> . . . . . | 355   |
| II. Transparenz als Grundsatz des Informationsverwaltungs-<br>rechts . . . . .                     | 358   |
| 1. Informationsverwaltungsrecht als Begriff der Rechts-<br>dogmatik . . . . .                      | 358   |
| a) Paradoxie der Informationsgesellschaft . . . . .  | 358   |
| b) Dogmatik der Informationsrechtsverhältnisse . . . . .   | 360   |
| 2. Status der Öffentlichkeit im allgemeinen Informations-<br>rechtsverhältnis . . . . .            | 361   |
| a) Öffentlichkeit und Allgemeinheit . . . . .  | 361   |
| b) Verfahrensabhängige und verfahrensunabhängige<br>Öffentlichkeit . . . . .                       | 362   |
| c) Informationsfreiheit als Rechtsgrundsatz . . . . .  | 363   |



|  |     |
|--|-----|
| 3. Status des Bürgers in besonderen Informationsrechts-<br>verhältnissen . . . . . | 365 |
| a) Der status politicus . . . . .  | 365 |
| b) Das Recht auf politische Mitgestaltung . . . . .                                | 366 |
| c) Geheimhaltung und Datenschutz . . . . .   | 367 |
| 4. Angewandte Dogmatik: Agora statt E-Gora . . . . .                               | 369 |

## I. Transparenz als gemeineuropäische Rechtsidee

Transparenz ist die jüngere Schwester der Publizität. Familienähnlich wie sie sind, fordern beide Öffentlichkeit; alters- und charakterverschieden wie sie sind, begründen sie ihr Öffentlichkeitspostulat auf unterschiedliche Weise. Die alteuropäische Publizität verweist zurück auf die athenische Agora und das römische Forum als öffentliche Stätten der Politik; die neuzeitliche Transparenz verlangt eine durchsichtige oder gar „gläserne“ Verwaltung, die nicht nur Akteneinsicht für Verfahrensbeteiligte, sondern Kontrolle durch die Allgemeinheit ermöglicht. Bei aller dogmatischen Verwandtschaft ist der Alters- und Charakterunterschied unverkennbar: Transparenz legitimiert sich rechtsstaatlich, Publizität demokratisch beziehungsweise – im Falle Roms evident – republikanisch. In einem von Verfassungs wegen auf so traditionsreiche Prinzipien verpflichteten Informationsverwaltungsrecht sind es demnach die spezifischen Differenzen des Rechtsstaates, der Demokratie und der Republik, die der Dogmatik transparenter Verwaltung Konturen verleihen können. Zur systematischen Verbindung einer öffentlichen Angelegenheit mit ihrer Offenlegung in den Verfahren politischer Willensbildung und rechtlicher Entscheidung bedarf es aber auch der Rückbesinnung auf eine gemeinsame, die Einheit der Differenzen bewahrende Familientradition: diejenige des *ius publicum* als *ius politicum*. Diese politische Tradition des öffentlichen Rechts verdrängt, wer nicht mehr bereit ist, das alte im neuen Europa präsent zu sehen. Solche Bereitschaft vorausgesetzt, wird Transparenz im ersten Teil als gemeineuropäische Rechtsidee behandelt, aus der im zweiten Teil ein Grundsatz des Informationsverwaltungsrechts entwickelt werden soll, der die Informationsrechtsverhältnisse zwischen Behörden und Bürgern im Geltungsbereich des Grundgesetzes gemeinschafts-, verfassungs- und verwaltungsrechtlich konturiert.\*

### I. Verwaltungstransparenz im europäischen Rechtsvergleich

#### a) Akteneinsicht in Skandinavien

Im Vergleich der Verwaltungstransparenz innerhalb der Europäischen Union verdienen die skandinavischen Mitgliedstaaten besondere Beachtung. Die schwedische Druckfreiheitsverordnung des Jahres 1766 ge-

---

\* Auf dem weiten Weg von der athenischen Agora (I. 3.) zur virtuellen E-Gora einer Internetwahl (II. 4.) war *Oliver Lembcke* ein ausdauernd aufmerksamer Begleiter, der die politischen Traditionen des alten Europa ebenso anregend zu diskutieren verstand wie die dogmatischen Novationen des Informationsverwaltungsrechts.

währleistete weltweit zum ersten Male sowohl Presse- und Meinungsfreiheit als auch freien Zugang zu amtlichen Dokumenten für jedermann.<sup>1</sup> Das Pressegesetz, das nach schwedischer Verfassung eines der „Grundgesetze des Reiches“ ist, garantiert dieses voraussetzungslose Jedermannsrecht bis heute.<sup>2</sup> Schweden konnte die Öffentlichkeit der Verwaltung in der Vereinbarung des EU-Beitritts 1994 daher als Bestandteil seines „verfassungsrechtlichen, politischen und kulturellen Erbes“ bezeichnen und, in Übereinstimmung mit Finnland, zum „fundamentalen Grundsatz“ erklären.<sup>3</sup> In Norwegen und Dänemark wurde dieser Grundsatz – unter Bezugnahme auf schwedische Erfahrungen – durch Öffentlichkeitsgesetze des Jahres 1970 eingeführt.<sup>4</sup>

b) *Arkantradition des deutschen Verwaltungsrechts*

Während in Skandinavien buchstäblich „jeder kommen kann“, um Einsichts- oder Auskunftsansprüche geltend zu machen, kennzeichnet der Satz „da könnte ja jeder kommen“ die Arkantradition des deutschen Verwaltungsrechts.<sup>5</sup> Und die Zeiten der *arcana imperii*, der geschützten Innenräume einer nach monarchischem Prinzip geheimhaltungsbefugten Exekutive,<sup>6</sup> sind noch nicht vorbei, wie zwei signifikante Beispiele doku-

<sup>1</sup> Umfassende Darstellungen: *Bergner* Das schwedische Grundrecht auf Einsicht in öffentliche Akten, 1968 und *Conradi* Das Öffentlichkeitsprinzip in der schwedischen Verwaltung, 1968. Aufsätze: *Wolgast* DVBl 1956, 752 ff.; *Petrén* VerwArch. 49 (1958), 323 ff.; *Mahrer* ZSR 1969, 317 ff.; *Askelöf/Fernemann Heurgren* in: Winter (Hrsg.) Öffentlichkeit von Umweltinformationen 1990, 473 ff.; *Österdahl* ELRev. 1998, 336 ff. Zum historischen Hintergrund der „skandinavischen Trias“ von König, Reichsrat und Reichstag *Reinhard* Geschichte der Staatsgewalt, 1999, 74 ff.

<sup>2</sup> Kapitel I, § 3 SchwedVerf. v. 1. 1. 1975. Kommentierung bei *Stjernquist* JöR 26 (1977), 317 ff. Deutsche Fassung des Pressegesetzes bei *Askelöf/Fernemann Heurgren* (Fn. 1), 500 ff.

<sup>3</sup> BGBl II 1994, 2022, 2318.

<sup>4</sup> In Auszügen abgedruckt bei *Schwan* Amtsgeheimnis oder Aktenöffentlichkeit?, 1984, 128 ff. Überblick über den Informationszugang nach dem Recht europäischer Staaten bei *Kugelmann* Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, 170 ff. und *Scherzberg* Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 237 ff. Kritische Distanz zum vielzitierten Freedom of Information Act der Vereinigten Staaten von Amerika bei *Scherer* Verwaltung und Öffentlichkeit, 1978, 41 ff.

<sup>5</sup> Zur Herkunft des Begriffs „*arcana imperii*“ aus dem „*Tacitismus*“ der Jahre 1570 bis 1650 *Stolleis* Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990, 37 ff.; zur Tradition der Geheimhaltung im deutschen Verwaltungsrecht umfassend *Trantas* Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, 1998, 257 ff.; ausgewogenes Plädoyer für die „rechte Mischung“ aus Öffentlichkeit und Vertraulichkeit bei *Jestaedt* AöR 126 (2001), 204 ff., 243.

<sup>6</sup> *Jesch* Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968, 90. Gegen die „Geheimregierungen“ mit „all' ihren geheimen Hof- und Justiz- und Regierungsräthen“ und emphatisch für ein

mentieren: die fehlende Einbeziehung der Behördenakten in die „allgemein zugänglichen Quellen“ der grundrechtlichen Informationsfreiheit und die Beschränkung der Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren auf die Verfolgung der „rechtlichen Interessen“ von Verfahrensbeteiligten.<sup>7</sup> Verstärkt durch die beamtenrechtliche Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bestätigt sich so der herrschaftssoziologische Befund *Max Webers*: Der Begriff des „Amtsgeheimnisses“, eine Erfindung der typisierend so bezeichneten „bürokratischen Herrschaft“, sei von der modernen Bürokratie weit über die Gebiete sachlich begründeter Geheimhaltung hinaus verteidigt und als „Attitüde“ gepflegt worden.<sup>8</sup> Eine solche Attitüde – nicht die bürokratische Herrschaft an sich – verhindert eine administrative Öffentlichkeitspflege im einundzwanzigsten Jahrhundert ebenso wie im zwanzigsten.<sup>9</sup>

## 2. *Transparenz in der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*

### a) *Referenzgebiet Umweltrecht*

Vor Gründung der EU sind die stärksten Transparenzimpulse vom europäischen Umweltrecht ausgegangen. Ungeachtet der bekannten Schwierigkeiten des deutschen Gesetzgebers mit der Umsetzung der Umweltinformationsrichtlinie<sup>10</sup> hat das Umweltinformationsgesetz einen bereichsspezifischen Abschied vom Anachronismus der Arkanverwal-

---

„System der öffentlichen Regierung“ schon *Welcker* in: *Rotteck/Welcker* (Hrsg.) *Das Staatslexikon X*, 2. Aufl. 1848, 246.

<sup>7</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und § 29 VwVfG.

<sup>8</sup> *Weber* *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1976, 573.

<sup>9</sup> Das eingängigste Beispiel für verfassungsrechtlich gebotene Vertraulichkeit ist Art. 47 GG. Überblick über weitere Gebiete sachlich begründeter Geheimhaltung bei *Kloepfer* *Informationsrecht*, 2002, 368 ff. „Quod non est in actis non est in mundo“ wird in einer Weltgeschichte der Aktenführung literarisch skizziert von *Vissmann* *Akten*, 2. Aufl. 2001. Zur „Aktenmäßigkeit der Verwaltung“ nach der Büroreform um 1920: 269 ff. Wenn in der deutschen Fassung der EuGH-Rechtsprechung von „ordnungsgemäßer Verwaltung“ statt von „guter Verwaltung“ wie in der englischen („good administration“) und französischen Fassung („bonne administration“) die Rede ist – dazu *Bauer* *Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2002, 137 –, dann spricht daraus keine bürgerfreundliche, sondern eine bürokratische Attitüde.

<sup>10</sup> Zur Richtlinie ausführlich *Engel* *Akteneinsicht und Recht auf Information über umweltbezogene Daten*, 1993 und *Turiaux* *Zugangsrechte zu Umweltinformationen nach der EG-Richtlinie 90/313 und dem deutschen Verwaltungsrecht*, 1995; *Roll* *Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information*, 2003; zusammenfassend *König* *DÖV* 2000, 45 ff.; rechtsvergleichend *Winter* und *Gurlit* in: *Winter* (Fn. 1), 1 ff. Zum Urteil des EuGH v. 9. 9. 1999 – Rs. C-217/97 – *DVBl* 1999, 1494 ff.: *Becker* *NVwZ* 1999, 1187 ff.; *Heselhaus* *EuZW* 2000, 298 ff.; *Wegener* *EuR* 2000, 227 ff.

tung genommen und jedermann einen nicht begründungsbedürftigen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Umweltdaten eingeräumt.<sup>11</sup> Nach verbreiteter Auffassung ist das Umweltrecht so zum dogmatischen Referenzgebiet für einen grundsätzlichen Wandel im Recht der Akteneinsicht geworden.<sup>12</sup> In der Begründung der betreffenden Richtlinie, „der Zugang zu umweltbezogenen Informationen im Besitz der Behörden“ werde „den Umweltschutz verbessern“, sind andere als umweltpolitische Zielsetzungen des Rates allerdings nicht erkennbar.<sup>13</sup> Dogmatisch unhaltbar ist insbesondere die undifferenzierte Berufung auf demokratische und rechtsstaatliche Intentionen der Richtlinie. Weder die Mitwirkung an den Politiken der Gemeinschaft noch die Kontrolle der Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Generellen war intendiert worden, sondern ein strengerer Vollzug des Umweltrechts, ausgelöst durch verstärkte Geltendmachung eines besonderen Informationsanspruchs im Bereich der Umweltdaten.<sup>14</sup> Da diese den Zustand unserer natürlichen Lebensgrundlagen dokumentieren, ist der Datenschutz hier geradezu naturgemäß von geringerer Brisanz als im Bereich personen-, betriebs- oder sicherheitsbezogener Daten. Zu einer durch das Umweltinformationsrecht induzierten Transparenzeuphorie besteht demnach keine Veranlassung.

b) *Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane*

Außerhalb des Umweltrechts hat die Verordnung über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (2001) die Entwicklung eines gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Transparenz abgeschlossen.<sup>15</sup> Als Grundsatz

<sup>11</sup> UIG v. 8. 7. 1994, BGBl I 1490, § 4 Abs. 1. Rechtsprechung hierzu: *Rossi* UPR 2000, 175 ff.; *Wegner* ZuR 2001, 93 ff. Rechtsvergleichende Analyse des deutschen und englischen Umweltinformationsrechts: *Pisani*, Kooperation in der Wissenschaftsgesellschaft, 2001. Praktische Erfahrungen in Deutschland: *Schmillen* Das Umweltinformationsrecht zwischen Anspruch und Wirklichkeit, 2003.

<sup>12</sup> Begriffsprägend *Schmidt-Abmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, 1998, 8 ff.: „Die Bedeutung von Referenzgebieten“. Für das Umweltrecht *ders.* Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Perspektiven der Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 405 ff., 407; *Koebke* Das Recht auf Umweltinformation, 1999.

<sup>13</sup> ABIEG Nr. L 158/56.

<sup>14</sup> Ganz in diesem Sinne *Strohmeier* Das europäische Umweltinformationszugangsrecht als Vorbild eines nationalen Rechts der Aktenöffentlichkeit, 2003, 21 ff., 78, 198.

<sup>15</sup> ABIEG Nr. L 145/43. Grundlage: Art. 1 Abs. 2 EUV und Art. 255 EGV. Entwicklung: Mitteilungen der Kommission an Rat, Parlament und Wirtschafts- und Sozialausschuß vom 8. 6. 93, ABIEG Nr. C 156/5 (mit einem vergleichenden Anhang „Zugang der Öffentlichkeit zu den Informationen“) sowie vom 17. 6. 93, ABIEG Nr. C 166/4 („Trans-

formuliert er kein Prinzip, sondern eine Regel unter Ausnahmeverbehalt; Geheimhaltung ist danach die in jedem Einzelfall begründungsbedürftige Ausnahme, während sie nach deutschem Verwaltungsrecht die generelle Regel darstellt, die keiner individuellen Begründung bedarf.<sup>16</sup> Einer Deutung des gemeinschaftsrechtlichen Transparenzgrundsatzes als Optimierung gebietendes Prinzip steht die Erwiderung auf die zitierte Positionsbestimmung Schwedens im Beitrittsjahr 1994 entgegen: „Die derzeitigen Mitgliedstaaten“, heißt es dort, „gehen davon aus“, Schweden werde „als Mitglied der Europäischen Union den diesbezüglichen Gemeinschaftsvorschriften in vollem Umfang nachkommen“.<sup>17</sup> Die EU-Mitgliedschaft soll danach nicht die Regel der Transparenz, sondern die Ausnahmen der Geheimhaltung unterstützen. In einer gleichzeitig mit der Maastrichter Vertragsunterzeichnung abgegebenen Erklärung hatte es dagegen Ende 1991 ganz regelfreundlich geheißen, die „Transparenz“ der Verfahren stärke „den demokratischen Charakter der Organe und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung“.<sup>18</sup>

### c) *Transparenztheoretische Irritationen*

Diese uneinheitliche Haltung der Europäischen Union in Sachen Transparenz ist ebenso irritierend wie die Beschwörung eines „demokratischen Charakters“ der Unionsorgane. Vor allem wird das weite – um nicht zu sagen weiche – Demokratieverständnis europäischer Integrationspolitik noch verstärkt, wenn unter dem vielbeklagten Demokratie-defizit der EU kein Legitimationsdefizit mehr verstanden werden soll, sondern lediglich ein Transparenzdefizit.<sup>19</sup> Das ist die dritte und stärkste transparenztheoretische Irritation des bisherigen Befundes: das Fehlen

---

parenz in der Gemeinschaft“). Erläuterungen: *Wägenbaur* EuZW 2001, 680ff.; *Partsch* NJW 2001, 3154ff.; *Wölker* in: Magiera/Sommermann (Hrsg.) *Verwaltung in der Europäischen Union*, 2001, 103 ff. Monographische Verarbeitung: *Heitsch* Die Verordnung über den Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane im Lichte des Transparenzprinzips, 2003. Gesamtdarstellung des Themas „Information und Kommunikation in der Europäischen Union“: *Bogdandy* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 12), 133 ff. „Transparenz in den Rechtssetzungsverfahren der Europäischen Union“ behandelt monographisch *Sobotta* 2001.

<sup>16</sup> Urteil des Gerichts erster Instanz vom 7. 2. 2002 Rs. T-211/00, Slg. 2002, II-485 (486); Generalanwalt *Tesaro* Schlußanträge vom 28. 11. 1995, Rs. C-58/94, Slg. 1996, I-2169 (2179). Aus der Literatur *Kugelmann* (Fn. 4), 184; *Scherzberg* (Fn. 4), 252; *Schlachter* Mehr Öffentlichkeit wagen, 1993, 140 ff.

<sup>17</sup> BGBl II 1994, 2318.

<sup>18</sup> ABIEG Nr. C 156/5. Ein „Transparenzprinzip“ zur Offenlegung staatlicher Unternehmensbeteiligungen entwickelt *Storr* Der Staat als Unternehmer, 2001, 537 ff.

<sup>19</sup> So *Oeter*, ZaöRV 1995, 659 (703). Für „doppelte Legitimation“ der EU *Classen* AöR 119 (1994), 238 ff. (259); im Ergebnis ebenso *Heitsch* EuR 2001, 809 ff.

eines einheitlichen Begründungsansatzes. Einmal ist es der Umweltschutz, der Verwaltungstransparenz begründen soll, das andere Mal der Rechtsstaat oder – fast schon beliebig – die Demokratie, die wiederum gemeinschaftsrechtlich ganz anders verstanden wird als nationalstaatlich. „Transparenz“, daran darf in einer solchen Situation erinnert werden, firmiert zwar unter einem modernen Terminus, die damit gemeinte Sache ist aber weit älter als das in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts entstandene Wort „Öffentlichkeit“.<sup>20</sup> Der dogmatische Fortschritt kann in diesem Falle nur mit einem dogmengeschichtlichen und dogmenphilosophischen Schritt zurück beginnen.<sup>21</sup> Denn es ist nicht der rechtsstaatliche Fortschritt im Verständnis der Öffentlichkeit allein, der die Transparenz in den Rang einer gemeineuropäischen Rechtsidee erhebt, sondern erst ihre Verbindung mit den Öffentlichkeitserfahrungen der athenischen Demokratie und der römischen Republik. Erst in diesem dogmatischen Verbund wird der bürgerliche oder liberale, Privatheit und Vertraulichkeit gewährleistende Rechtsstaat wieder politisch, Freiheit wieder öffentlich und das *ius publicum* zum *ius politicum*.

### 3. Alteuropäische Traditionen der Öffentlichkeit

#### a) Allgemeinheit in der athenischen Demokratie

Die athenische Demokratie des fünften und vierten vorchristlichen Jahrhunderts verwirklichte weder eine vorgegebene Einheit des „demos“ noch eine politische Theorie seiner Souveränität.<sup>22</sup> Was auf der Agora und später der Pnyx tendenziell täglich in Volksversammlungen und Geschworenengerichten praktiziert wurde, war auch nicht plebiszitär im

<sup>20</sup> Umfassend zur Begriffsgeschichte *Hölscher* Öffentlichkeit, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.) *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, 413 ff. Zum Spannungsverhältnis zwischen „Öffentlichkeit“ und „Publizität“ *Smend* Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, GS Jellinek, 1955, 11 ff.: „unangemessene Übersetzung“ (11). Zur aktuellen Begriffsverwendung *Neidhardt* in: ders. (Hrsg.) *Öffentlichkeit, Öffentliche Meinung, soziale Bewegungen*, 1994, 7 ff. Bekannteste Analyse des Typus „bürgerliche Öffentlichkeit“ *Habermas* Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuauf. 1990. Für eine enge, „streng juristische“ Begriffsbildung *Martens* Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969; Gegenkonzept *Häberle* Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat, in: ders. (Hrsg.) *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, 126 ff.

<sup>21</sup> Erläuterung der Begriffe „Dogmengeschichte“ und „Dogmenphilosophie“ bei *Gröschner* Einführung, in: *ders./Dierksmeier/Henkel/Wiehart* Rechts- und Staatsphilosophie, 2000, 3 ff.

<sup>22</sup> *Platon* und *Aristoteles* gehören bekanntlich zu den Kritikern der Demokratie; jener, weil die Herrschaft des Volkes Instabilität verursache (*Politeia* VIII), dieser, weil sie zur Despotie führe (*Politika* III). Dazu *Wiehart* in: *Gröschner u.a.* (Fn. 21), 16, 51.

Sinne heutiger Volksentscheide.<sup>23</sup> Das Volk trat nicht erst am Ende eines Verfahrens als institutionalisierte, zur Abstimmung aufgerufene Größe in Erscheinung; vielmehr war es jeder einzelne „polites“, jeder politisch gleichberechtigte Bürger Athens, der als einer von 500 Ratsherren, 6000 Richtern oder noch mehr Teilnehmern der ekklesia in aller Öffentlichkeit über die Ordnung seiner polis mitverhandelte und mitentschied:<sup>24</sup> nach attischem und daran anschließend aristotelischem Verständnis als natürlicher Teil einer Gemeinschaft von Freien und Gleichen, für deren gute Verfassung („politeia“) er sich persönlich verantwortlich fühlte.<sup>25</sup> So selbstverständlich ihm als Vollbürger diese im ursprünglichen Wortsinne politische Verantwortung für das Ganze der Gemeinschaft und ein entsprechender Gemeinsinn war, so selbstverständlich war das öffentliche Mitreden- und Beschließenkönnen und die Bekanntmachung der Beschlüsse.<sup>26</sup> Die nomoi wurden seit Solons Gesetzgebung ohnehin an öffentlichen Gebäuden oder auf Säulen publiziert und die Popularklage, die jedem polites als solchem zustand, war die politische Klage schlechthin.<sup>27</sup> Aus all diesen Selbstverständlichkeiten permanenter Praxis partizipativer Demokratie – etymologisch früher und begrifflich präziser als „demokratia“: „isonomia“<sup>28</sup> – erwuchs so die erste politische Kultur der Publizität im alten Europa. Getragen war sie von jenem „Könnens-Bewußtsein“,<sup>29</sup> das die Entstehung des Politischen bei den Griechen ermög-

<sup>23</sup> Lebendige Schilderung der Entwicklung Athens zur Demokratie, ihrer Institutionen, Verfahren und Leistungen bei *Bleicken* Die athenische Demokratie, 4. Aufl. 1995. Weil der Kreis der Stimmberechtigten größer und die Agora zu eng geworden war, tagte die Volksversammlung ab etwa 400 auf der Pnyx, einem „fast perfekten Theater-Halbrund“ für etwa 15000 Bürger Attikas (192).

<sup>24</sup> *Bleicken* (Fn. 23), 190ff. (zur Volksversammlung); 216ff. (zum Gesetzgebungsverfahren); 224ff. (zum Rat); 240ff. (zu den Geschworenengerichten); 269ff. (zur Beamten-schaft); 392ff. (zum politischen Engagement der Athener).

<sup>25</sup> Zur „politeia“ bei Aristoteles: *Wiehart* in: *Gröschner u. a.* (Fn. 21), 52f.

<sup>26</sup> *Bleicken* (Fn. 23), 30 (zu Solon); 202, 219, 413 (zur Veröffentlichung der Beschlüsse und Gesetze); 409 (zur Öffentlichkeit der Verhandlungen); 482 (zur Öffentlichkeit der Politik). Ganz im Sinne solcher Publizität des Politischen bezeichnet das altgriechische Wort „stele“ sowohl den Ort (die Säule) als auch den Gegenstand der Publikation (das Gesetz). *Hölkeskamp* Schiedsrichter, Gesetzgeber und Gesetzgebung im archaischen Griechenland, 1999, 278: „Durch die Fixierung in Inschriften an Wänden und auf Stelen“ wurde eine Norm „ein öffentlich, unter aller Augen auf- und ausgestellt Dokument ... So verweisen das Monument als Träger und seine Inschrift, die Form und der Inhalt aufeinander und werden sogar in eins gesetzt“.

<sup>27</sup> Zur Popularklage *Bleicken* (Fn. 23), 29, 31, 58, 243, 328f.

<sup>28</sup> *Bleicken* (Fn. 23), 46, 66ff., 340, 534, 538f. 636. Zur „demokratia“: *Tarkiainen* Die athenische Demokratie, 1966, 154ff.

<sup>29</sup> *Meier* Die Entstehung des Politischen bei den Griechen, 3. Aufl. 1995, 469ff. „Die Polis wurde mit der Bürgerschaft identisch, der Begriff für Bürgerschaft (politeia) wurde



lichte und über die betreffende „politike techne“ unserem Begriff der Politik bis heute den Namen gibt.<sup>30</sup> Bis heute ist aber auch der begriffliche Gegensatz zwischen politischer und despotischer Herrschaft und damit der Begriff politischer Freiheit staatsphilosophisch nicht schärfer zu konturieren als mit Aristoteles.<sup>31</sup>

b) *Publizität in der römischen Republik*

Hatte die Publizität in der griechischen Verfassungskultur isonomischen Charakter, indem sie gleichen Anteil an der öffentlichen Gestaltung des nomos in einer Ordnung politischer Freiheit gewährte, wird sie bei den Römern republikanisch. Die Herkunft des Adjektivs „publicus“ (altlateinisch „poplicus“) aus dem Substantiv „populus“ ist der wortgeschichtliche Beleg, das berühmte ciceronische Motto „res publica res populi“ der begriffliche.<sup>32</sup> Eine öffentliche Angelegenheit war in der römischen Republik per definitionem als Sache des Volkes zu verstehen, das heißt: für das Volk zu entscheiden und in der Entscheidung vor dem Volk zu rechtfertigen. Demokratisch durch das Volk entschieden wurde in Rom, dessen politisches Zentrum der Senat war, zu keiner Zeit seiner Geschichte.<sup>33</sup> Gleichwohl ist die Volksversammlung nie zu einem bloßen Akklamationsorgan für die Politik der Nobilität degeneriert. Noch am Ende der Republik hat der Senat die comitia als Forum angesehen, vor dem in politicis, in den allgemeinpolitischen Entscheidungen des Gemeinwesens, auf das Gemeinwohl hin zu argumentieren war – inhaltlich im Sinne der „res publica“ und öffentlich im Sinne der „res populi“.<sup>34</sup> Auch die für den Magistrat, die römische Erfindung institutionalisierter Gemeinwohlorientierung im Amt,<sup>35</sup> verbindlichen senatus consulta wurden bei hochpolitischer Bedeutung reichsweit und dauerhaft, in Stein

---

zum Begriff rechter Verfassung, an dem sich der spezifisch normative Sinn von politisch (als polis-gemäß) orientierte“ (40). Zur Öffentlichkeit des Politischen: 62, 256.

<sup>30</sup> Zur Herkunft aus der „politike techne“ der Griechen *Wartburg* Französisches etymologisches Wörterbuch, Bd. 9, 1959, 131.

<sup>31</sup> *Gröschner* Die Republik, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 23 Rn. 13 ff.

<sup>32</sup> Zur Wortgeschichte *Hölscher* (Fn. 20), 420 mwN; Zur Begriffsgeschichte *Gröschner* (Fn. 31), Rn. 16 ff., 19 ff. mwN.

<sup>33</sup> *Heuß* Römische Geschichte, 8. Aufl. 2001, 40 zum Senat als „Souverän des römischen Staates“ – „der Sache, nicht der Form nach“.

<sup>34</sup> *Bleicken* Die Verfassung der römischen Republik, 7. Aufl. 1995, 130, 213 zur Volksversammlung als Garantie der „Öffentlichkeit der Politik“.

<sup>35</sup> Zur Magistratur ausführlich *Bleicken* (Fn. 34), 97 ff., knapp *Heuß* (Fn. 33), 37: „Die begrenzte Dauer des Amtes ließ keinen persönlichen Amtsbesitz aufkommen“. Zu den Magistratsgrundsätzen Annuität, Kollegialität und Einspruchsrecht *Dulceit/Schwarz/Waldstein* Römische Rechtsgeschichte, 9. Aufl. 1995, 88 f.

oder Bronze, verbreitet.<sup>36</sup> Die für das Verfassungsprinzip der Republik konstitutive Gemeinwohlverpflichtung aller öffentlichen Gewalt erfolgte in Rom mithin im Modus der Publizität.<sup>37</sup> Fundament solch publizistischer Praxis des Politischen waren, wie wohlbekannt, jene zwölf Tafeln der *lex duodecim tabularum*, die vor der Rednerbühne des Forums öffentlich aufgestellt waren, damit – so Pomponius in den *Digesten* – „das Gemeinwesen auf Gesetze gegründet“ werden konnte, die „leicht zur Kenntnis zu nehmen“ waren.<sup>38</sup> In dieser Publizitätsfunktion der Gesetze stimmte das republikanische Rom mit dem demokratischen Athen überein; wenn man so will: in einer antiken Form gesetzlich geordneter politischer Herrschaft als Urform öffentlicher Rechtlichkeit.

c) *Transparenz im neuzeitlichen Rechtsstaat*

Während die objektivrechtliche Herrschaft des Gesetzes griechisch-römischen Ursprungs ist,<sup>39</sup> schützt der neuzeitliche Rechtsstaat als Menschenrechtsstaat die subjektiven Rechte einzelner und als solcher privater Individuen, die der Antike und dem Mittelalter fremd waren.<sup>40</sup> Der moderne, mitunter als Modewort aber ganz undogmatisch gebrauchte Begriff der Transparenz ist dogmengeschichtlich und dogmenphilosophisch mit der im Grunde unpolitischen Vorstellung verbunden, das

<sup>36</sup> Eck in: Manthe/Ungern-Sternberg (Hrsg.) *Große Prozesse der römischen Antike*, 1997, 130; zu einem „tief in der römischen politischen Kultur verwurzelten Verschwörungssyndrom“, dem alles Geheime gefährlich und Publizität als Prinzip des Politischen geboten erschien: *Nippel* ebd., 72. Erhellend auch *Sueton* Kaiserbiographien, v. Wittstock (Hrsg.) 1993, 271 gegen *Caligula*, der eine Abgabepflicht „nur verkündet, nicht aber öffentlich angeschlagen hatte“ – worauf *Josef Isensee* mich dankenswerterweise hingewiesen hat.

<sup>37</sup> Zur Übereinstimmung mit dem „republikanischen Modus“ einer Gemeinwohlkonkretisierung in Amtsrechtsverhältnissen: *Gröschner* (Fn. 31), Rn. 71.

<sup>38</sup> D. 1, 2, 4: „ut possint leges apertius percipi“. Dazu *Bleicken* *Lex publica*, 1975, 92: „Das Neue und Revolutionierende an den XII-Tafeln lag weniger in einzelnen ihrer Bestimmungen als darin, daß es die Tafeln gab“. Sie wollten das Recht also „zum Zwecke der Herstellung von Rechtssicherheit lediglich publizieren“ (93). Zur öffentlichen Bedeutung der Jurisprudenz in der römischen Republik: *Wieacker* *Römische Rechtsgeschichte*, Erster Abschnitt, 1988, 522 ff., 524 – Brechung des pontifikalischen Wissensmonopols durch Publikation der *dies fasti* und der *legis actiones* mwN.

<sup>39</sup> Klassisch für die griechische Antike *Aristoteles* *Politika* III 16, 1287a 18 ff. Zu den Amtswaltern als „Hütern“ und „Dienern der Gesetze“ die Nachweise zu Platon und Aristoteles in der Edition der Bücher II und III der *Politik* von *Schütrumpf*, 1991, 564.

<sup>40</sup> Prägnant zur Ideengeschichte *Dreier* in: ders. (Hrsg.) *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 1 ff.

Recht diene vor allem der Verwirklichung individueller Rechte.<sup>41</sup> Die beiden positivrechtlichen Exempel aus dem heutigen Verwaltungsrecht finden sich in der Verwaltungsgerichtsordnung und im Verwaltungsverfahrensgesetz.<sup>42</sup> Danach ist den Beteiligten eines Verwaltungs- bzw. eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zur Durchsetzung ihrer rechtlich geschützten Interessen Akteneinsicht zu gestatten, das betreffende Verfahren also zum Zwecke der jeweils eigenen Rechtsverfolgung transparent zu gestalten. Aus lediglich subjektivrechtlicher Sicht des Rechtsstaates ist diese Beschränkung der Aktenöffentlichkeit auf den Rechtsschutz im förmlichen Verfahren konsequent. Aus objektivrechtlicher Perspektive bleibt hier allerdings geheim, was nach klassischem Verständnis des Republikprinzips von öffentlichem Interesse ist: wie die Gemeinwohlverpflichtung der Verwaltung im Einzelfall konkretisiert und dabei mit dem gesamten Akteninhalt umgegangen wird.<sup>43</sup> Klassisch republikanisch verlangt nicht nur das Gemeinwohl im Sinne des öffentlichen Interesses, sondern auch das Amt im Dienste jenes öffentlichen Interesses die grundsätzliche Öffentlichkeit amtlicher Akten. Erst dadurch wird das „öffentliche Amt“ (Art. 33 Abs. 2 GG) „öffentlich“ in der amtsrechtlichen Bedeutung des Wortes.<sup>44</sup>

#### 4. Von der Idee zur Dogmatik: Das *ius publicum* als *ius politicum*

Die unterschiedlichen Öffentlichkeitsbezüge der drei einschlägigen Verfassungsprinzipien lassen sich demnach wie folgt auf den Begriff bringen: „Demokratische Öffentlichkeit“ meint Mitwirkung der Allgemeinheit an der allgemeinen (wörtlich: allen gemeinen, also gemeinsamen) politischen Willensbildung entweder in den Verfahren unmittelbarer Bürgerbeteiligung wie im alten Athen und im neuen Europa oder vermittelt durch die verschiedenen Legitimationsketten nationalstaatlicher Volks-

<sup>41</sup> Zum Begriff des Politischen: Fn. 29.

<sup>42</sup> § 100 VwGO und – nach dessen Vorbild – § 29 VwVfG. Zur Herleitung aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs: BVerfGE 63, 45, 59f.

<sup>43</sup> Zu diesem Gestaltungsprinzip der Republik und zur Bedeutung der Amtsrechtsverhältnisse für die Konkretisierung des Gemeinwohls *Gröschner* (Fn. 31), Rn. 55ff.

<sup>44</sup> Zum Begriff des Amtes historisch *Kroeschell* Amt, in: HRG I Sp. 150ff.; systematisch *Stettner* Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983. Zum Berufsbeamtentum allgemein *Wunder* Geschichte der Bürokratie in Deutschland, 1986. Zur Kritik an administrativen Arkanbereichen: *Vößkuhle* Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-ABmann (Fn. 12), 349, 378f.

souveränität.<sup>45</sup> „Republikanische Öffentlichkeit“ bezieht sich hingegen auf das Gemeinwohl als Ziel aller Staatstätigkeit, konkretisiert in Amtsrechtsverhältnissen, die dem Publizitätsanspruch einer offenen Konkretisierung des öffentlichen Interesses – kurz: dem Modus der Publizität – genügen. „Rechtsstaatliche Öffentlichkeit“ schließlich nimmt Bezug auf die Bindung staatlichen Handelns an die Verfassung, an das Gesetz und an die Grundrechte sowie auf die Kontrolle dieser Bindung durch Transparenz der Verfahren gesetzgebender, vollziehender und rechtsprechender Gewalt. Soweit es auf die Wahrung des Rechts (in subjektiv- und objektivrechtlichem Sinne) ankommt, sollte daher von „rechtsstaatlicher Transparenz“ gesprochen werden, soweit es um Gemeinwohlkonkretisierung in den spezifischen Gestaltungsspielräumen von Amts- und Mandatsträgern geht, von „republikanischer Publizität“. Rechtsstaatliche Transparenz zielt auf die Legalität staatlichen Handelns, demokratische Allgemeinheit auf seine Legitimation und republikanische Publizität auf seine Legitimität.<sup>46</sup> Die Öffentlichkeit der Verhandlungen von Bundestag, Bundesrat und Länderparlamenten sowie vor den Gerichten des Bundes und der Länder ebenso wie die Veröffentlichung von Gesetzen und Gerichtsentscheidungen<sup>47</sup> ist demnach nicht nur eine Frage rechtsstaatlicher Transparenz, sondern immer auch eine Frage demokratischer Allgemein-

<sup>45</sup> Zu letzteren: *Böckenförde* HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24.

<sup>46</sup> In dieser dogmatischen Triade dürfte die – im Dialog mit *Oliver Lembcke* entstandene – Begriffsbildung neu sein. Vorbildlich *Heller* Gesammelte Schriften III, 2. Aufl. 1992, 355: die Autorität der Staatsgewalt „gründet sich nur insofern auf ihre Legalität, als diese durch Legitimität fundiert ist“.

<sup>47</sup> Über die Verhandlungsöffentlichkeit von Bundestag (Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG) und Bundesrat (Art. 52 Abs. 3 S. 3 GG) hinaus sei auf das Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge hingewiesen ([www.dip.bundestag.de](http://www.dip.bundestag.de)). Dort finden sich laufend aktualisierte Informationen unter anderem über den Stand der Gesetzgebung, über parlamentarische Vorgänge im Bundestag und Bundesrat sowie Volltexte der Drucksachen und Plenarprotokolle. Vergleichbares bietet der Parlamentspiegel für die Länderparlamente ([www.parlamentspiegel.de](http://www.parlamentspiegel.de)). Zur Publizität der Gesetze (Art. 82 Abs. 1 GG) als rechtshistorischer Beleg § 10 Einl. ALR 1794: „Das Gesetz erhält seine rechtliche Verbindlichkeit erst von der Zeit an, da es gehörig bekannt gemacht worden“. Rechtssystematisch ganz in dieser Tradition BVerfGE 65, 283, 291: „die Verkündung stellt einen integrierenden Teil der förmlichen Rechtsetzung dar, ist also Geltungsbedingung“. Zur Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen (§ 169 GVG) schon BGHSt 2, 56, 57: „Die Allgemeinheit soll jederzeit die Möglichkeit haben, einem Gerichtsverfahren beizuwohnen und zu beobachten, ob das Recht gewahrt wird“. Zum Verhältnis von Saal- und Medienöffentlichkeit BVerfGE 103, 44, 59ff. Zur Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen BVerwGE 104, 105 (LS 1). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Sammlung nicht amtlich veröffentlichter BFH-Entscheidungen (BFH/NV): *Tipke* Die Steuerrechtsordnung, Bd. 1, 1993, 68.

heit und republikanischer Publizität.<sup>48</sup> Es ist an der Zeit, diese dogmatischen Zusammenhänge samt ihren begrifflichen Unterscheidungen auch für den Bereich der vollziehenden Gewalt anzuerkennen. Wie eine Geheimjustiz keine rechtsstaatliche Justiz ist und ein Geheimparlament kein demokratisches Parlament, ist eine Geheimverwaltung keine republikanische Verwaltung.<sup>49</sup>

Unter „ius politicum“ kann nach all dem jenes öffentliche Recht verstanden werden, das die gute Ordnung eines auf Freiheit gegründeten Gemeinwesens betrifft und auf der Basis dieser fundamentalsten Form aller Freiheiten, der öffentlichen Freiheit, gleichermaßen republikanische Legitimität, demokratische Legitimation und rechtsstaatliche Legalität beansprucht.<sup>50</sup> Der Begriff des „politischen Rechts“ wird so zum Oberbegriff für die Öffentlichkeitswirkungen der Publizität, der Allgemeinheit und der Transparenz in der freiheitlichen Ordnung einer Republik oder syno-

<sup>48</sup> Häberle (Fn. 20), 132 spricht deshalb zurecht von „der *einen* konstitutionellen Publizität des GG“ (Kursivierung im Original). In der hier vorgeschlagenen Systematik sind rechtsstaatliche Transparenz, demokratische Allgemeinheit und republikanische Publizität dogmatische „Momente“ dieser Einheit: integrale Eigenheiten, nicht aber isolierbare „Elemente“. Legalität, Legitimation und Legitimität lassen sich deshalb auch nicht voneinander „trennen“, sehr wohl aber (begrifflich) „unterscheiden“.

<sup>49</sup> Mit beachtlicher Weitsicht hat Häberle (Fn. 20), 135 für die „Verwaltungspublizität“ schon 1970 gefordert: „mehr Akteneinsichts- und Auskunftsrechte und mehr Öffentlichkeit für die Verwaltungsverfahren, Verfeinerung von Publizitätsinstrumenten im Bereich der Planung, Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften“. Für die hier nicht behandelten großen Bewegungen und Autoren eines wahrhaft „öffentlichen“ Rechts im Staat des 19. und 20. Jahrhunderts kann verwiesen werden auf *Wyduckel Ius Publicum*, 1984, 211 ff.

<sup>50</sup> Ein solches „ius politicum“ knüpft an staatswissenschaftliche Traditionen in der Konzeption des *ius publicum* an, wie sie – in je spezifischer Weise – vertreten wurden von *Hermann Heller*, *Martin Draht*, *Ernst-Wolfgang Böckenförde* und *Konrad Hesse*, von Autoren also, die das positive Recht als notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für die Wissenschaft von Recht und Staat behandelt haben. Das beeindruckendste monographische Plädoyer für das öffentliche Recht als „politisches Recht“ findet sich bei *Rinken* Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem (obwohl dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände), 1971 (Zitat 282). Zutreffend heißt es dort: „Der Positivismus entpolitisierte und formalisierte das Öffentliche“ (181). In ähnlicher Intention wendet sich *Preuß* Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969 gegen eine „Entmaterialisierung“ der „politischen Elemente“ der Verfassung (95). Die gesamtgesellschaftliche Lage wird richtig eingeschätzt von *Depenheuer* Einleitung, in: ders. (Hrsg.) Öffentlichkeit und Vertraulichkeit, 2001, 15: „Politikverdrossenheit durch Entpolitisierung des Öffentlichen“. Ein Beispiel zur Privatisierung des Öffentlichen sub II. 4. Um Fehlverständnissen vorzubeugen, sei mit *Müller* Juristische Methodik und Politisches System, 1976, 49 betont: „Der Rechtsstaat stellt den Anspruch, Recht und Politik durch verbindliche rechtliche Formalisierung auseinander halten zu können“. Auch das *ius politicum* ist deshalb eine als Recht identifizierbare „Superstruktur des Politischen“ (50).

nym eines Freistaates, in der die Delegitimierung jeder Herrschaft aus höherem Recht dogmatisch in eins fällt mit der Delegitimierung jeder Geheimherrschaft.<sup>51</sup>

## II. Transparenz als Grundsatz des Informationsverwaltungsrechts

### 1. Informationsverwaltungsrecht als Begriff der Rechtsdogmatik

#### a) Paradoxie der Informationsgesellschaft

Ob der Begriff „Informationsgesellschaft“ die Struktur oder sogar das Zeitalter einer „nachindustriellen Gesellschaft“ zutreffend beschreibt, ist keine Frage der Staats- und Verwaltungsrechtslehre.<sup>52</sup> Sie kann und sollte den Begriff aber heuristisch verwenden, als Arbeitshypothese für die eigene Systembildung.<sup>53</sup> Die exponentiell gestiegenen Möglichkeiten digitaler Speicherung, Vernetzung, Verarbeitung und Verbreitung von Informationen mit den Mitteln elektronischer Informations- und Kommunikations- Technik<sup>54</sup> (IuK-Technik) werden dann zu einer dogmatischen

<sup>51</sup> In entschiedener Opposition gegen einen lediglich formalen, zum Monarchieverbot verkümmerten Republikbegriff wird eine freistaatliche Konzeption der Republik respektive der „freiheitlichen Ordnung“ des Grundgesetzes entwickelt bei *Gröschner* (Fn. 31), § 23.

<sup>52</sup> Die wohl erste Untersuchung, in der die „Informationsgesellschaft“ mit soziologischem Theorieanspruch auf den Begriff gebracht wurde, ist *Bell The Coming of Post-Industrial Society. A Venture in Social Forecasting*, 1973; gekürzte deutsche Übersetzung *Die nachindustrielle Gesellschaft*, 2. Aufl. 1976. Schon vor dreißig Jahren wurde dort thematisiert, was heute die „Paradoxie der Informationsgesellschaft“ (Fn. 56), genannt wird: „mehr Information“ ist „keineswegs gleichbedeutend mit umfassender Information – eher im Gegenteil“ (353 mit Bestimmung der „nachindustriellen Gesellschaft“ als „Informationsgesellschaft“). Auch eine etwaige Vorzugswürdigkeit des Terminus „Wissensgesellschaft“ ist keine rechtsdogmatische Frage. Dazu *Willke* *Supervision des Staates*, 1997, 39: „Eine Wissensgesellschaft wird sich erst etablieren, wenn eine kritische Masse an Wissensbasierung in die ‚normalen‘ Operationsformen aller Funktionssysteme eingeladen ist“. Ein Blick in *Kneer/Nassehi/Schroer* (Hrsg.) *Soziologische Gesellschaftsbegriffe* 332 ff., zeigt zudem die Variationsbreite der angebotenen Konzeptionen. Berechtigte Warnung vor einem „Mythos“ der Informationsgesellschaft bei *Baller* in: *Haratsch/Kugelmann/Repkewitz* (Hrsg.) *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, 1996, 36. Weitere Literaturnachweise bei *Trute* *VVDStRL* 57 (1998), 218.

<sup>53</sup> *Hoffmann-Riem* in: *ders./Schmidt-Abmann* (Fn. 12), 10; ebenso *Schmidt-Abmann* ebd., 406.

<sup>54</sup> Ähnlich *Schulte* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann* (Fn. 12), 334 in Anlehnung an den Rat für Forschung, Technologie und Innovation: *Informationsgesellschaft*, 1995. Ausführlich *Schoch* *Die Rolle des Staates in der Informationsgesellschaft*, in: *Leipold* (Hrsg.) *Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft*, 2002, 83 ff.

Herausforderung.<sup>55</sup> Dasselbe gilt für die allenthalben konstatierte Paradoxie der Informationsgesellschaft, derzufolge die informatisierte Gesellschaft nicht notwendig eine informierte Gesellschaft ist:<sup>56</sup> Wer informiert wurde, braucht deshalb noch nicht informiert zu sein, weil Informiertheit eine eigene Interpretationsleistung des Informationsempfängers voraussetzt.<sup>57</sup> Für eine erfolgsversprechende, die Paradoxie überwindende Informationsstrategie – auf die das Verwaltungsrecht und seine Wissenschaft nicht verzichten kann – sind die Einbeziehung des Empfängerhorizonts und die Bildung eines normativen Rezipientendurchschnitts daher zwingend.<sup>58</sup> Das heißt: Information und Kommunikation gehören rechtsdogmatisch betrachtet nicht erst in der IuK-Technik zusammen, sondern schon im hermeneutischen Wechselbezug zwischen Information und Interpretation. Die Intersubjektivität dieses Wechselbezugs macht den Informationsbegriff zu einem dialogischen Begriff, für dessen dogmatische Erfassung das Verwaltungsrechtsverhältnis den adäquaten Rahmen liefert.<sup>59</sup> Auf den Gedanken, das betreffende, durch Informationsbezie-

<sup>55</sup> *Vöbkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 12), 350.

<sup>56</sup> *Kloepfer* (Fn. 9), 1; *Scherzberg* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 12), 195; *Schoch* VVDStRL 57 (1998), 168; *Würtenerberger* Wandel des Rechts in der Informationsgesellschaft, in: Leipold (Fn. 54), 7. Enquete-Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, BT-Drs. 13/11004, 3: „Informationsgesellschaft“ ist nicht mit „informierter Gesellschaft“ gleichzusetzen.

<sup>57</sup> Treffend *Vesting* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 12), 108: Information ist „nichts Festes und Fertiges, sondern ein Ereignis im Fluß der Zeit, das Moment einer kommunikativen Sequenz, das im Zeitpunkt des Verstehens aktualisiert wird. Aber auch nur dann!“. Zu Recht gegen einen „subjektneutralen“ Informationsbegriff *Hochhuth* in: Cottier/Rüetschi/Sahlfeld, Information und Recht, 2002, 91.

<sup>58</sup> Beispiel: Entwurf eines Verbraucherinformationsgesetzes, in: *Kloepfer* (Hrsg.) Die transparente Verwaltung, 2003, 186ff. mit der Selektion einer Teilöffentlichkeit der „Verbraucherinnen und Verbraucher“ in § 1 und der Definition des Schutzzwecks in § 3. Dazu *Künast* ebd., 35: „Mindestens ebenso wichtig wie Sicherheit sind Information und Transparenz ... Dabei setzen wir auf die mündigen Bürgerinnen und Bürger“ – in normativer Unterstellung ihrer Mündigkeit.

<sup>59</sup> *Gröschner* Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses, Die Verwaltung 30 (1997), 301ff. mit „Perspektivenwechsel von einem teleologischen zu einem dialogischen Verständnis des Verwaltungsrechts“ (337). Grundlage *Henke* Das subjektive öffentliche Recht, 1968, 4: Deutung subjektiver Rechte als „intersubjektive Erscheinung“. *Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 12), 421 sieht die Chance, das Verwaltungsverfahren durch das Internet „zu einem wirklich dialogischen Prozeß“ zu entwickeln. *Vöbkuhle* VerwArch 92 (2001), 200, spricht von einer „Verdichtung der Kommunikationsbeziehungen zwischen Behörde und Bürger“, *Schulte* Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, 38, von „Interaktion und Information“ als „Schlüsselbegriffen der verwaltungsrechtlichen Systembildung“ und vom „Rechtsverhältnis“ als „Strukturele-

hungen zwischen Behörden und Bürgern spezifizierte Rechtsverhältnis „Informationsrechtsverhältnis“ zu nennen, sind auch andere schon gekommen.<sup>60</sup>

b) *Dogmatik der Informationsrechtsverhältnisse*

Die Grundunterscheidung zwischen Innen- und Außenrechtsverhältnissen ist auch in einer digitalisierten Verwaltung nicht überholt. Im Innenbereich der Behörden kann ein Intranet genutzt werden, im Außenbereich selbstverständlich das Internet.<sup>61</sup> Als Oberbegriffe für die beiden Bereiche bieten sich, unabhängig von Art und Ausmaß technischer Innovationen, die Begriffe Verwaltungsinformationsrecht und Informationsverwaltungsrecht an.<sup>62</sup> „Verwaltungsinformationsrecht“ als Informationsrecht der Verwaltung bezieht sich auf den Informationsaustausch im Binnenbereich der Behörden, „Informationsverwaltungsrecht“ als Verwaltungsrecht der Informationen dagegen auf das Informationshandeln im Verhältnis zwischen Behörden und Bürgern.<sup>63</sup> Eine andernorts entwickelte Unterscheidung aufgreifend, kann hierbei zwischen einem allgemeinen Informationsrechtsverhältnis und besonderen Informationsrechtsverhältnissen differenziert werden.<sup>64</sup> Letztere sind durch besondere Behörden-Bürger-Beziehungen mit korrelativen Informationsrechten und -pflichten charakterisiert, während Kennzeichen des allgemeinen Informationsrechtsverhältnisses das Vorliegen einer behördlichen Informationsaufgabe ist. Wie jede Aufgabe verpflichtet diese gegenüber der Allgemeinheit, berechtigt aber nur zur allgemeinen Aufgabenerfüllung, ohne besondere Befugnisse gegenüber einzelnen Grundrechtsträgern und ohne

---

ment des Verwaltungsrechtssystems“. Bei *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann (Fn. 12), 39 ist treffend von einer „Freiheit auf Gegenseitigkeit“ die Rede.

<sup>60</sup> *Schoch* VVDStRL 57 (1998), 161. *Knirsch* DÖV 1988, 25 nennt es das „informationelle Verhältnis zwischen öffentlicher Verwaltung und Bürger“, *Kugelmann* (Fn. 4), 368 spricht von „Verfahrensrechtsverhältnissen“, „die zu informatorischen Rechtspositionen Einzelner führen“, *Schmidt-Abmann* in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann* (Fn. 12), 356 von einer „Informations- und Kommunikationsbeziehung zwischen Bürger und Staat“.

<sup>61</sup> Überblick: *von Lucke* Regieren und Verwalten im Informationszeitalter, 2003.

<sup>62</sup> Begriffsprägend *Pitschas* Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert* (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 242; ihm folgend *Kugelmann* (Fn. 4), 3 und *Scherzberg* (Fn. 4), 385.

<sup>63</sup> Weitere zweckmäßige Unterscheidungen bei *Schmidt-Abmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 238 ff.: „individualrechtliche“ und „institutionelle Schichten“, „Abwehr-“ und „Teilhabedimension“, „Informationsinfrastruktur“ und „Informationsvorsorge“.

<sup>64</sup> *Gröschner* Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, 111 f., 141 f., 214 f., 336 f.; erster Ansatz *Henke* DÖV 1980, 621, 624.



einen Anspruch auf die Erfüllung der Aufgabe zu begründen. Die gleichwohl bestehende Rechtsbeziehung zwischen der Behörde und der Allgemeinheit wird durch die dogmatische Figur des allgemeinen Verwaltungsrechtsverhältnisses zum Ausdruck gebracht.<sup>65</sup> Der Wert dieser Differenzierung soll zunächst am Status der Öffentlichkeit demonstriert werden und anschließend für die besonderen Informationsrechtsverhältnisse am Status des Bürgers.

## 2. Status der Öffentlichkeit im allgemeinen Informationsrechtsverhältnis

### a) Öffentlichkeit und Allgemeinheit

Zur Präzisierung des Begriffs der Öffentlichkeit kann ein Beispiel aus dem Bereich der Publikumsinformationen dienen:<sup>66</sup> die dem Umweltbundesamt obliegende Aufgabe einer „Aufklärung der Öffentlichkeit in Umweltfragen“.<sup>67</sup> Dieser positivrechtliche Öffentlichkeitsbegriff bezeichnet schlicht den Adressatenkreis der Behördeninformation. Die „Umweltfragen“ verweisen dagegen auf das präsumtive Allgemeininteresse, ein Interesse also, das der Gesetzgeber mit normativer Wirkung zum Interesse der Allgemeinheit erklärt hat.<sup>68</sup> Synonym als „öffentliches“ Interesse bezeichnet,<sup>69</sup> begründet es nicht nur die Zuständigkeit des Umweltbundesamtes, sondern auch dessen Aufgabe der Öffentlichkeitsaufklärung. Die semantische Ambivalenz der Wörter „allgemein“ und „öffentlich“ und die Möglichkeit ihres synonymen Gebrauchs<sup>70</sup> mögen

<sup>65</sup> Gröschner Die Verwaltung 30 (1997), 326 mit einem polizeirechtlichen Beispiel: „Solange der Streifenwagen der Polizei nur patrouilliert, handelt es sich um Aufgabenerfüllung im allgemeinen Verwaltungsrechtsverhältnis, sobald eine Personenkontrolle vorgenommen wird, um ein (durch Erfüllung des entsprechenden Tatbestandes des Landespolizeigesetzes begründetes) besonderes Verwaltungsrechtsverhältnis“.

<sup>66</sup> Da dieser Bereich jedenfalls in der Rechtslehre klare Konturen gewonnen hat, braucht er hier nicht behandelt zu werden. Die im Glykoffall gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht geäußerte Kritik – statt aller Schoch DVBl 1991, 667 ff. und Gröschner JZ 1991, 628 ff. – trifft nun auch das Bundesverfassungsgericht: Huber JZ 2003, 290 ff.; Murswiek NJW 2003, 1 ff.; Ruge ThürVBl 2003, 49 ff.

<sup>67</sup> Gesetz über die Errichtung eines Umweltbundesamtes vom 22. 7. 1974, BGBl I 1505, § 2 Abs. 1 Nr. 2.

<sup>68</sup> Der in Fn. 58 angesprochene normative Rezipientendurchschnitt korreliert also mit einem unterstellten Durchschnittsinteresse der Allgemeinheit (dort an Verbraucher-, hier an Umweltschutz).

<sup>69</sup> Grundlegend Häberle Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970.

<sup>70</sup> Die Doppelbedeutung findet sich auch im griechischen „koinos“ und im lateinischen „publicus“. „Nirgends verbinden sich der politisch-soziale und der visuell-intellektuelle Aspekt jedoch in gleicher Weise wie im deutschen ‚öffentlich‘“: Hölscher (Fn. 20), 414.

manch schönes Wortspiel erlauben, erschweren aber scharfe dogmatische Schnitte. Vorgeschlagen sei deshalb, das aufgabenbegründende Sachinteresse dasjenige der „Allgemeinheit“ zu nennen, damit für den Informationsadressaten die „Öffentlichkeit“ reserviert bleibt.<sup>71</sup> Das dann „allgemein“ zu nennende Interesse an Angelegenheiten, die kraft Gesetzes alle angehen – und zwar unabhängig davon, ob und wie sie öffentlich werden –, hat klassisch republikanischen Charakter.<sup>72</sup> Bei der im ersten Teil behandelten demokratischen Allgemeinheit geht es dagegen nicht um das Ziel, sondern um den Träger der politischen Willensbildung: das Volk. Wer die Demokratie nicht ihres Trägers und die Republik nicht ihres Zieles berauben will, darf das Volk deshalb nicht mit der Öffentlichkeit gleichsetzen und Legitimation nicht mit Legitimität verwechseln.<sup>73</sup> Die Bediensteten des Umweltbundesamtes sind in ihr Amt nicht durch Wahl, sondern durch Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gelangt. Und eben diese amtsrechtlichen Kriterien sollten auch ihre tägliche Aufgabenerfüllung bestimmen.<sup>74</sup>

b) *Verfahrensunabhängige und verfahrensunabhängige Öffentlichkeit*

Ohne einer normativen Überhöhung des Status der Öffentlichkeit das Wort reden und die Öffentlichkeit zu einer rechtlich organisierten Institution hypostasieren zu wollen, darf ihre kritische Funktion doch auch nicht unterschätzt werden. Gemeinschaftsrechtlich wird eine informierte Öffentlichkeit als Konzept zur Kompensation von Kontrolldefiziten des dezentralen Verwaltungsvollzugs verstanden.<sup>75</sup> Das deutsche Verwaltungsrecht sollte sich dieses ja durchaus traditionsreiche Verständnis der Verwaltungskontrolle durch Publizität des Verwaltungshandelns zu eigen machen und der Öffentlichkeit eine Mitverantwortung für die Kontrolle

---

Die Formel vom „*ius publicum*“ als „*ius politicum*“ ist gewissermaßen die Relatinisierung dieser Verbindung.

<sup>71</sup> Dahinter verbirgt sich keine Substanzontologie, sondern eine schlichte Zweckmäßigkeitserwägung.

<sup>72</sup> Oben, bei Fn. 34.

<sup>73</sup> Bei allem Respekt vor der Leistung *Scherzbergs* (Fn. 4), 23–206, der „Die Öffentlichkeit der Verwaltung“ auf breiter systemtheoretischer Basis bearbeitet hat, fehlt der betreffenden Öffentlichkeitskonzeption doch die republikanische Dimension. Selbst wenn man das Demokratieprinzip auf „kommunikative Legitimation“ (303ff.) reduzierte, könnte es die Legitimität der kommunizierten Interessen nicht garantieren. Deshalb wirft die Konzeption der Öffentlichkeit als „prozeduralisierte Volkssouveränität“ (294) mehr Fragen auf als sie beantworten kann.

<sup>74</sup> Ein republikanisches Amtsrecht bedarf erst noch der Ausarbeitung.

<sup>75</sup> Exemplarisch: KOM (2000) 200 endg. – Weißbuch zur Reform der Kommission –, 8: „Transparenz“ als „uneingeschränkte Unterwerfung unter die Kontrolle durch die Öffentlichkeit“.

der Verwaltung zugestehen. Dies kann auf zweierlei Weise geschehen: verfahrensabhängig und verfahrensunabhängig.<sup>76</sup> Die verfahrensabhängige Öffentlichkeitsbeteiligung ist in Umsetzung der betreffenden Richtlinie im Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung realisiert worden.<sup>77</sup> Die dabei getroffene Regelung, nach der Rechtsansprüche „durch die Einbeziehung der Öffentlichkeit nicht begründet“ werden,<sup>78</sup> bestätigt die dogmatische Zuordnung zum allgemeinen Informationsrechtsverhältnis: Die zuständige Behörde hat die Aufgabe, die Öffentlichkeit in gesetzlich genau bestimmter Weise zu beteiligen, ihr Gelegenheit zur Äußerung zu geben und sie über die Entscheidung zu unterrichten.<sup>79</sup> Behörde und Öffentlichkeit stehen deshalb von Gesetzes wegen in einer Rechtsbeziehung zueinander, nur kann die Aufgabenerfüllung weder von der Öffentlichkeit selbst noch von etwaigen Anwälten der Öffentlichkeit erzwungen werden. Genau dies bringt das allgemeine Informationsrechtsverhältnis auf den Begriff. Zur Präzisierung der Funktion verfahrensunabhängiger Öffentlichkeit liegen beachtliche Beiträge vor, in denen übereinstimmend die systematische Entwicklung einer öffentlichen Informationsordnung gefordert wird,<sup>80</sup> die – so der weitestgehende Vorschlag – zur dogmatischen Grundlage des Handlungssystems der Verwaltung ausgebaut werden sollte.<sup>81</sup> Transparenz bedeutet in einer solchen Konzeption mehr und anderes als in der abwehrrechtlich strukturierten Transparenzlisten-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.<sup>82</sup>

### c) Informationsfreiheit als Rechtsgrundsatz

Eine teilhaberechtliche Strukturierung der Informationsfreiheit scheidet an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>83</sup> Die seit

<sup>76</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 63), 296.

<sup>77</sup> Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) vom 12. 2. 1990, BGBl I 205.

<sup>78</sup> § 9 Abs. 3 S. 2 UVPG.

<sup>79</sup> § 9 Abs. 3 S. 1 Nr. 1–4.

<sup>80</sup> Pitschas (Fn. 62), 219 ff.; Schoch und Trute VVDSStRL 57 (1998), 158 ff., 216 ff.; Scherzberg (Fn. 4), 385 ff.

<sup>81</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 63), 236 f.

<sup>82</sup> BVerwGE 71, 183, 189 ff.

<sup>83</sup> BVerfGE 27, 71, 83; 27, 104, 108; 33, 52, 65; 90, 27, 32; zuletzt 103, 44, 60: „Allgemein zugänglich ist eine Informationsquelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen ... Über die Zugänglichkeit und die Art der Zugangseröffnung entscheidet, wer nach der Rechtsordnung über ein entsprechendes Bestimmungsrecht verfügt“. Akten und andere Informationsträger im Verwaltungsgebrauch bleiben der Öffentlichkeit danach grundsätzlich verschlossen: BVerfG, NJW 1986, 1243; BVerwGE 47, 247, 252; 61,

Jahrzehnten mit immer derselben Formel mehr behauptete als begründete Ablehnung eines grundrechtlichen Zugangsanspruchs zu amtlichen Dokumenten steht allerdings in offenem Wertungswiderspruch zu einer Entscheidung des Ersten Senats aus dem Jahre 1969, in dem die Informationsfreiheit als „eine der wichtigsten Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie“ bezeichnet wird.<sup>84</sup> Ein dreistimmiges Sondervotum zum Urteil über die Zulässigkeit von Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal hat im Januar 2001 immerhin auf den Funktionswandel der Öffentlichkeit in der Informationsgesellschaft und auf die notwendige Verarbeitung dieses Wandels durch den Gesetzgeber verwiesen.<sup>85</sup> Da die Senatsmehrheit diese Verweisung auf den Gesetzgeber mitträgt, wird man im Sinne der Wesentlichkeitsrechtsprechung auf den baldigen Erfolg des Gesetzgebungsverfahrens zu einem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes drängen dürfen.<sup>86</sup> Die zitierte Entscheidung sprach schon 1969 aus, wofür das Grundrecht der Informationsfreiheit wesentlich ist: „Erst mit seiner Hilfe wird der Bürger in den Stand gesetzt, sich selbst die notwendigen Voraussetzungen zur Ausübung seiner persönlichen und politischen Aufgaben zu verschaffen“.<sup>87</sup> Wenn dies schon für die damals herangezogene Industriegesellschaft galt, dann gilt es erst recht für die Informationsgesellschaft. Solange der Gesetzgeber untätig bleibt, sollte die grundgesetzliche Informationsfreiheit wenigstens als objektivrechtlicher Grundsatz interpretiert werden,<sup>88</sup> der eine informationsfreundliche Auslegung von Auskunfts- und Einsichtsrechten gebietet.<sup>89</sup> Ansonsten hätte die informationelle Selbstbestimmung grundsätzlichen Vorrang vor der informativischen Selbstbestimmung,<sup>90</sup> was bei aller Bedeutung des Datenschutzes dem hohen Verfassungsrang der Informationsfreiheit widerspräche und

---

15, 22. *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 1999, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 49: „Alles, was die staatlichen Behörden zu Recht oder zu Unrecht geheim oder vertraulich behandeln, ist nicht allgemein zugänglich“. Informationsfreundlich ist dies alles nicht.

<sup>84</sup> BVerfGE 27, 71, 81.

<sup>85</sup> BVerfGE 103, 44, 73, 75.

<sup>86</sup> Der Referentenentwurf ist abgedruckt bei Kloepfer (Fn. 58), 182 ff.

<sup>87</sup> BVerfGE 27, 71, 81 unter Heranziehung der „modernen Industriegesellschaft“.

<sup>88</sup> Die von *Scherzberg* (Fn. 4), 341 ff. unternommene, inzwischen überarbeitete (ThürVBl 2003, 193 ff.) Subjektivierung der Informationsfreiheit steht und fällt mit der Überzeugungskraft des zugrundegelegten Demokratiekonzepts (Fn. 73). Für einen demokratievermittelten Informationsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 GG schon *Schachtschneider* JR 1970, 401 ff.

<sup>89</sup> *Kugelmann* (Fn. 4), 48, 370.

<sup>90</sup> Griffige terminologische Unterscheidung von *Kugelmann* (Fn. 4), 3.

die Herstellung praktischer Konkordanz schon im Ansatz verhinderte.<sup>91</sup> Nimmt man dagegen die mit dem Begriff „Grundrechtsvoraussetzungs-schutz“ abgekürzte staatliche Pflicht zur Schaffung der allgemeinen Voraussetzungen für den Gebrauch der Informations- und Kommunikationsgrundrechte ernst, wachsen dem Staat der Informationsgesellschaft Aufgaben der Informationsvorsorge zu, die den traditionellen Schutzpflichten gleichwertig sind.<sup>92</sup> Die Vorsorge gegen eine Spaltung der Gesellschaft in User und Loser des Internet ist dafür ein oft bemühtes Beispiel.<sup>93</sup>

### 3. *Status des Bürgers in besonderen Informationsrechtsverhältnissen*

#### a) *Der status politicus*

Wer sich für die Wasserqualität der Flüsse und Seen seiner Heimat interessiert und einen entsprechenden Antrag auf Auskunft nach dem Umweltinformationsgesetz stellt, begründet damit ein besonderes Informationsrechtsverhältnis, das formell auf das Betreiben des Auskunftsverfahrens und materiell auf die Erteilung der begehrten Auskunft gerichtet ist.<sup>94</sup> Das ist hier nur insoweit zu präzisieren, als es um den dogmatischen Status geht, aus dem heraus der gesetzliche Informationsanspruch geltend gemacht wird. In all den Fällen, in denen das Gesetz einen voraussetzungslosen Auskunftsanspruch einräumt, das Auskunftsinteresse also tatbestandlich nicht definiert, kann es sich nur um denjenigen Status han-

<sup>91</sup> Zur Herstellung dieser Konkordanz ist letztlich der Gesetzgeber aufgerufen. Dazu unten, Fn. 105.

<sup>92</sup> *Schoch* und *Trute* VVDStRL 57 (1998), 190 und 254; *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Fn. 12), 41; *Ladeur* ebd., 250; *Roßnagel* ebd., 288; *Völkühle* ebd., 386ff.; *Kloepfer* (Fn. 9), 133.

<sup>93</sup> Anspruchsvoller *Kloepfer* (Fn. 9), 9: „Digital Divide“ mwN.

<sup>94</sup> Nach § 4 Abs. 1 S. 2 UIG kann die Behörde zur Erfüllung ihrer – korrelativ zum Informationsanspruch bestehenden – Informationspflichten „Auskunft erteilen, Akteneinsicht gewähren oder Informationsträger in sonstiger Weise zur Verfügung stellen“. Umfassende Behandlung der „Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat“ in der gleichnamigen Monographie von *Lodde* 1996. Rechtsvergleichend *Partsch* Die Freiheit des Zugangs zu Verwaltungsinformationen, 2002; *Angelov* Grundlagen und Grenzen eines staatsbürgerlichen Informationsanspruchs, 2000. „Informationspflichten gegenüber der Verwaltung“ in zweiseitigen Informationsrechtsverhältnissen behandelt monographisch *Herrmann* 1997, „Informationsbeschaffung beim Mitbürger“ in drei- und mehrseitigen Informationsrechtsverhältnissen *Pohl* 2002. Zum Verdienst der letztgenannten Untersuchung *Gröschner* Die Verwaltung 36 (2003) 412f. Zur Informationsdimension der staatlichen Risikokontrolle *Stoll* Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, 284ff.; in engerem Rahmen *Aulehner* Polizeiliche Gefahrenabwehr und Informationsvorsorge, 1998.

deln, der die Stellung des politisch verantwortlichen Bürgers im Staate betrifft.<sup>95</sup> Im *ius politicum* des Informationsverwaltungsrechts liegt es deshalb nahe, diesem Status den Namen „status politicus“ zu geben. In und mit diesem Status können die bereits behandelten Impulse des Gemeinschaftsrechts aufgenommen werden, die eine informierte Öffentlichkeit als Forum der Verwaltungskontrolle voraussetzen. Zugleich kann damit die radikal privatistische Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht überwunden und die typisch deutsche Tabuisierung des Politischen beendet werden.<sup>96</sup> Neben die herkömmlichen Individualrechte treten dann „gemeinbezogene“ Individualrechte, die zur kommunikativen Gemeinwohlkonkretisierung in den besonderen Amtsrechtsverhältnissen des Verwaltungsrechts genutzt werden können.<sup>97</sup> Die gute alteuropäische Tradition dieser gemeinschaftsrechtlichen Impulse einer spezifischen Politisierung oder Mobilisierung des Bürgers zeigt sich im Rückblick auf die Popularklage in Solons Gesetzgebungswerk.<sup>98</sup>

#### b) *Das Recht auf politische Mitgestaltung*

Die einzige Verfassung in Deutschland, die diese Zeichen des alten und neuen Europa erkannt hat, ist die Brandenburgische. Unter der Überschrift „Politische Gestaltungsrechte“ gewährleistet sie ein programmati-

<sup>95</sup> Weshalb die Statuslehre *Jellineks* hierfür ungeeignet ist, wird eingehend dargelegt bei *Gröschner* (Fn. 64), 87f., 153f.

<sup>96</sup> Ebenso deutlich *Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, 226: „entpolitizierende Individualbezogenheit“ der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, zu überwinden im „status procuratoris“ mit „gemeinbezogenen“ Individualbefugnissen (225ff.) und ihrem „höheren Grad an Politisierung“ (228). Zutreffend auch die Belassung der „Entscheidungsverantwortung“ bei der Verwaltung und die saubere Unterscheidung prokuratorischen „Engagements für das Gemeinwesen“ von „originär demokratischen Befugnissen wie dem Wahlrecht oder dem Recht, an Volksabstimmungen teilzunehmen“ (227). Sauber ist diese Unterscheidung, weil sie Republik und Demokratie auseinanderhält.

<sup>97</sup> „Partizipation als verantwortliche Mitwirkung an der Gemeinwohlkonkretisierung“ thematisiert *Schmitt Glaeser* in: *Lerche/ders./Schmidt-Abmann* (Hrsg.) Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 53ff.; *Schmidt-Abmann* Verwaltungsverfahren, in: *HStR* III, 2. Aufl. 1996, § 70 Rn. 4 pointiert dies zur „Ordnungsidee kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung“. Ganz im Sinne dieser Idee *BVerfGE* 45, 297, 335: „Die Notwendigkeit des Gesprächs zwischen Verwaltung und Bürger entspricht dem grundgesetzlichen Verständnis der Stellung des Bürgers im Staat“. Treffend *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 156: „Die Kommandostruktur wandelt sich zur Dialogstruktur“. Mit *BVerfGE* 10, 264, 267: Das Ende der „Selbstherrlichkeit“ (sic) der Verwaltung „im Verhältnis zum Bürger“ verlangt die Ersetzung des Obigkeitsverhältnisses durch ein Verwaltungsrechtsverhältnis, in dem die „Attitüde“ der Amtsverschwiegenheit (Fn. 8) einem republikanischen Amtsverständnis (Fn. 44) weicht.

<sup>98</sup> Oben, Fn. 27.

sches „Recht auf politische Mitgestaltung“, das in den folgenden Absätzen spezifiziert wird: vom Zugang zu öffentlichen Ämtern über die Verbands- bis zur Verfahrensbeteiligung.<sup>99</sup> Ein eigener Absatz garantiert bundesweit das einzige verfassungskräftige Recht auf Akteneinsicht gegenüber der Verwaltung.<sup>100</sup> Wie dem Zusatz „soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen“, unschwer zu entnehmen ist, handelt es sich um einen Regelanspruch unter Ausnahmevorbehalt und damit um einen subjektivrechtlich ausgestalteten Grundsatz. Rechtsverhältnisdogmatisch rekonstruiert ist das „Recht auf politische Mitgestaltung“ ein absolutes Recht im allgemeinen Verfassungsrechtsverhältnis des Landes Brandenburg, aus dem relative Rechte oder Ansprüche nur nach Maßgabe besonderer Anspruchsnormen entstehen können.<sup>101</sup> „Absolut“ ist es, weil es – in Analogie zum absoluten Recht eines Eigentümers – keinen tatbestandlich bestimmten Adressaten aufweist. Dieser wird vielmehr erst aufgrund der einschlägigen Anspruchsnorm und der Entscheidung des Rechtsträgers bestimmt, sein absolutes Mitgestaltungsrecht durch Begründung eines besonderen Rechtsverhältnisses in einen relativen Mitgestaltungsanspruch zu transformieren. Wenn diese Transformation durch die im nächsten Verfassungsartikel geregelten Mitgestaltungsansprüche erfolgt – Ausübung des Wahlrechts oder Beteiligung an Volksinitiativen, Volksbegehren und Volksentscheiden<sup>102</sup> – ist sie mit größter Selbstverständlichkeit demokratisch. Mit derselben Selbstverständlichkeit sollte sie republikanisch genannt werden, wenn sie in der Wahrnehmung des Rechts auf Akteneinsicht besteht.

### c) *Geheimhaltung und Datenschutz*

Da die Überzeugungskraft eines Grundsatzes höchstens zur Hälfte von der Begründung seines Regelteiles abhängt, darf den Ausnahmefällen nicht weniger Aufmerksamkeit geschenkt werden, zumal sie meist ein Vielfaches an Umfang einnehmen. Im Falle des Transparenzgrundsatzes liegen zwei ausformulierte Gesetzentwürfe vor, die diesen Umfang in allen Einzelheiten dokumentieren, ein Referentenentwurf eines Informa-

<sup>99</sup> Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. 8. 1992, GVBl I, 298, Art. 21.

<sup>100</sup> Art. 21 Abs. 4 BrandVerf.: „Jeder hat nach Maßgabe des Gesetzes das Recht auf Einsicht in Akten und sonstige amtliche Unterlagen der Behörden und Verwaltungseinrichtungen des Landes und der Kommunen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen“. Die Informationsfreiheitsgesetze der Länder Berlin, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein sind abgedruckt bei Kloepfer (Fn. 58), 142 ff. Kommentar zu Letzterem: *Friedersen/Lindemann IFG-SH*, 2000.

<sup>101</sup> Zur Transformation absoluter in relative Rechte *Gröschner* (Fn. 64), 213 ff.

<sup>102</sup> Art. 22 BrandVerf.

tionsfreiheitsgesetzes des Bundes<sup>103</sup> und ein konkurrierender Professorenentwurf,<sup>104</sup> der zu einer lebhaften Diskussion im Detail geführt hat.<sup>105</sup> Bleibt man auch insoweit bei den Konturenlinien, kann man eine generelle Übereinstimmung in den Einschränkungen der Informationsfreiheit konstatieren, sie mit „Geheimhaltung“ überschreiben, wenn es um öffentliche Interessen, und mit „Datenschutz“, wenn es um Privatinteressen geht,<sup>106</sup> und die Würdigung auf den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in der Informationsgesellschaft konzentrieren.<sup>107</sup> Maßstab einer solchen Würdigung ist die Satzung unserer Vereinigung. Sie stellt uns die Aufgabe, „wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ zu klären und dazu in wichtigen Fällen auch durch „schriftliche Kundgebungen Stellung zu nehmen“.<sup>108</sup> Der Professorenentwurf hat diese Aufgabe mit kunsthandwerklicher Sorgfalt und Solidität erfüllt und damit auf seine Weise zur Repolitisierung des *ius publicum* beigetragen. Für die Wissenschaft bleibt die Frage, ob die Informatisierung der Verwaltung – auf dieser Tagung Gegenstand des Gesprächskreises Verwaltung und daher hier ausgeklammert – zur Entwicklung eines Informationsverfassungsrechts nötig ist. Sie wird abschließend anhand eines aktuellen Beispiels behandelt: anhand der in der Transparenz- und Partizipationsdiskussion häufig geforderten Wahl per Internet.<sup>109</sup> Als ein Stück angewandter Dogmatik soll das Bei-

<sup>103</sup> Oben, Fn. 86.

<sup>104</sup> *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), 2002. Zur Stellung des Entwurfs in der nationalen und internationalen Entwicklung *Schoch* Die Verwaltung 35 (2002), 149 ff. und *ders.* Der Professorenentwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes, in: *Kloepfer* (Fn. 58), 49 ff.

<sup>105</sup> Siehe insbes. den Tagungsband von *Kloepfer* (Fn. 58) sowie *Gurlit* DVBl 2003, 1119, 1130 ff. mwN. Zur Herstellung praktischer Konkordanz schon *Gallwas* NJW 1992, 2785 ff.; jüngst *Kloepfer* DÖV 2003, 221 ff.: Informationszugangsfreiheit und Datenschutz als „zwei Säulen des Rechts der Informationsgesellschaft“. Noch immer lesenswert *Gurlit* Die Verwaltungsoffenheit im Umweltrecht, 1989, insbes. 64 ff.: Publizitäts- und Geheimhaltungsinteressen im „Informationsdreieck“ Verwaltung-Unternehmen-Bürger. Früh für ein weites Verständnis des Datenschutzes *Scholz/Pitschas* Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984.

<sup>106</sup> In groben Zügen betreffen die Einschränkungen im öffentlichen Interesse das Wohl des Bundes oder eines Landes (§ 5 Abs. 1 Nr. 1), den Ablauf oder Erfolg anhängiger Gerichtsverfahren (Nr. 2) sowie den Schutz des behördlichen Entscheidungsprozesses (§ 6); im Privatinteresse erfolgt der Schutz personenbezogener Daten (§ 7) und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Urheberrechten (§ 8).

<sup>107</sup> *Savigny* in der Auseinandersetzung mit *Thibaut*, wobei der berühmte Streit in der 1814 erschienenen Schrift als „kein feindseeliger“ bezeichnet wird (155).

<sup>108</sup> § 1 Nr. 1 und 3 der Satzung idF vom 6. 10. 1999.

<sup>109</sup> Statt aller: *Rieß* ZRP 2001, 518 ff. mwN. Aktuelles zur Forschungsgruppe Internetwahlen unter [www.internetwahlen.de](http://www.internetwahlen.de).



spiel vor Augen führen, wie ein klassisches Profil an Schärfe und Schönheit verliert, wenn versucht wird, an ihm herumzukonturieren.

#### 4. *Angewandte Dogmatik: Agora statt E-Gora*

So richtig es ist, die elektronischen Möglichkeiten der E-Communication für E-Government und E-Administration zu erschließen, so falsch wäre es, eine E-Democracy mit Bundes- und Landtagswahlen nach Maßgabe der virtuellen Agora des Internet<sup>110</sup> anzustreben. Der Hauptgrund dafür liegt nicht in der technischen Sicherstellung des Wahlgeheimnisses,<sup>111</sup> sondern im dezidiert politischen Verständnis der hier so genannten demokratischen Allgemeinheit. Von allen gemeinsam im Sinne der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Allgemeinheit der Wahl wird nämlich erst dann gewählt, wenn die geheime Stimmabgabe im öffentlichen Wahllokal erfolgt, wenn also öffentlich geheim gewählt wird.<sup>112</sup> Solange der Wahlcomputer nicht im Wahlraum steht, sondern als Personal Computer im Wohn- oder Schlafzimmer, bleibt der Nutzer des PC in seiner abwehrrechtlich gehegten Privatsphäre, bleibt er im unpolitischen Status der Alleinperson. Allgemeinperson wird er erst in der Öffentlichkeit und nur gemeinsam mit allen anderen Allgemeinpersonen, die dann zusammen, in der Gemeinsamkeit ihrer öffentlichen Mitwirkung an der Bildung einer politischen Einheit den Aggregatzustand des Volkes verwirklichen und in ihm das voraussetzungsvolle Werk demokratischer Legitimation

<sup>110</sup> Die Enquete-Kommission Zukunft der Medien (Fn. 56) zitiert in ihrem abschließenden Bericht den damaligen amerikanischen Vizepräsidenten *Al Gore*, der von einem „neuen athenischen Zeitalter der Demokratie“ gesprochen und das Wort der „virtuellen Agora“ beflügelt hatte (78).

<sup>111</sup> Zum Einsatz digitaler Signaturen im Verwaltungsrecht: *Rofnagel* DÖV 2001, 221 ff.; bei Wahlen: *Riß* MMR 2000, 73 ff. Zur Ideengeschichte der geheimen Wahl *Buchstein* öffentliche und geheime Stimmabgabe, 2000.

<sup>112</sup> *Breidenbach/Blankenagel* Rechtliche Probleme von Internetwahlen (unveröffentlichtes Gutachten vom 8. 9. 2000) kommen ebenfalls zu diesem Ergebnis, stützen es aber nicht auf die Allgemeinheit, sondern auf die Geheimheit und Freiheit der Wahl in Verbindung mit ihrer Öffentlichkeit: Dem ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Öffentlichkeit sei erst Genüge getan, wenn „der wesentliche Teil der Wahlberechtigten die Stimmabgabe öffentlich im Wahllokal vornimmt“ (36). Die Gutachter haben nicht nur den VerfGH NRW hinter sich (NVwZ 1991, 1175, insbes. 1179), sondern die gesamte politische Tradition des hier behandelten Begriffs demokratischer Allgemeinheit: „Öffentlichkeit und damit Sichtbarkeit und Darstellung der Wahl und der Wahlhandlung des Einzelnen sind gleichzeitig wesentlich für die symbolische Konstitution des Gemeinwesens“ (36). Öffentlicher und sichtbarer als am Wahltag lässt sich die Funktion des *ius publicum* als *ius politicum* nicht demonstrieren. Ähnlich *Bull* Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 293 ff. und *Würtenberger* in: *Leipold* (Fn. 54), 3 ff., 16 f.

vollenden. Auf diese Publizität der Wahl verzichten hieße, den wichtigsten Legitimationsakt der Demokratie zu privatisieren und damit zu entpolitisieren. Selbst wenn die Wahlbeteiligung durch E-Voting zunähme, sich noch schneller feststellen und noch transparenter darstellen ließe, wäre dadurch der Frieden in der einleitend als schwesterlich bezeichneten Familientradition gefährdet. Der Traum der Transparenz, in dem die reelle politische Öffentlichkeit des Wahltags dem virtuellen Aggregat von Alleinpersonen zu weichen hätte, würde von der Publizität zwar zunächst als pubertäre politische Phantasie der jüngeren Schwester belächelt, im Falle der Steigerung zur Vision dann aber doch als ernstes Krisensymptom erkannt: als akute Form der Öffentlichkeitsangst. Mögen die Lehrer des „öffentlichen“ Rechts eine Ausbreitung dieser Agoraphobie verhindern!

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

## **Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts**

### *I. Transparenz als gemeineuropäische Rechtsidee*

*(1) Eine transparente, für die Bürger durchsichtige Verwaltung ist Ausdruck einer gemeineuropäischen Rechtsidee. Diese Idee verleiht dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Transparenz alteuropäische Konturen einer Kultur der Publizität und einem zukunftsfähigen ius publicum das klassische Profil eines ius politicum.*

#### *1. Verwaltungstransparenz im europäischen Rechtsvergleich*

##### *a) Akteneinsicht in Skandinavien*

*(2) Schweden hat die Öffentlichkeit der Verwaltung zum festen Bestandteil seines „verfassungsrechtlichen, politischen und kulturellen Erbes“ erklärt.*

##### *b) Arkantradition des deutschen Verwaltungsrechts*

*(3) Das deutsche Verwaltungsrecht weist noch immer Spuren seiner Arkantradition auf, vor allem durch die fehlende Einbeziehung von Behördenakten in die „allgemein zugänglichen Quellen“ der grundrechtlichen Informationsfreiheit.*

#### *2. Transparenz in der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*

##### *a) Referenzgebiet Umweltrecht*

*(4) Nach verbreiteter Auffassung ist das Umweltrecht zum dogmatischen Referenzgebiet für einen grundsätzlichen Wandel im Recht der Akteneinsicht geworden. Da der Konflikt mit dem Datenschutz bei Informationen über die Umwelt weniger brisant erscheint als auf anderen Gebieten, besteht zu allgemeiner Transparenzeuphorie allerdings keine Veranlassung.*

b) *Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane*

(5) *Der Grundsatz der Transparenz formuliert für das Eigenverwaltungsrecht der Europäischen Union kein Prinzip, sondern eine Regel unter Ausnahmeverbehalt. Geheimhaltung ist danach die in jedem Einzelfall begründungsbedürftige Ausnahme, während sie nach deutschem Verwaltungsverfahrenrecht nach wie vor die generelle Regel darstellt, die keiner individuellen Begründung bedarf.*

c) *Transparenztheoretische Irritationen*

(6) *Die Maastrichter Erklärung, derzufolge die „Transparenz“ von Verfahren den „demokratischen Charakter“ der Unionsorgane stärke, ist irritierend, weil das Legitimationsdefizit der EU zum Transparenzdefizit heruntergespielt wird. Legitimationsfragen sind aber Fragen politischer Freiheit. Und deren Dogmengeschichte und Dogmenphilosophie ist eine Domäne nicht des neuen, sondern des alten Europa.*

3. *Alteuropäische Traditionen der Öffentlichkeit*

a) *Allgemeinheit in der athenischen Demokratie*

(7) *Die athenische Demokratie des fünften und vierten vorchristlichen Jahrhunderts hat mit ihrer alltäglichen Praxis der Partizipation politisch freier und gleicher Bürger an der Gestaltung ihrer Gemeinschaft, mit der Selbstverständlichkeit des öffentlichen Mitreden- und Beschließenkönnens und mit der selbstverständlichen Publikation der Beschlüsse die erste politische Kultur der Publizität im alten Europa hervorgebracht.*

b) *Publizität in der römischen Republik*

(8) *In der römischen Republik wurde diese politische Kultur nicht nur dem Worte, sondern auch dem Begriffe nach republikanisch. Demokratisch durch das Volk entschieden wurde in Rom zu keiner Zeit seiner Geschichte. Gerade deshalb hatte die Gemeinwohlorientierung aller Ämter und Amtswalter – damals wie heute der dogmatische Kern des Republikprinzips – im Modus der Publizität zu erfolgen.*

c) *Transparenz im neuzeitlichen Rechtsstaat*

(9) *Der Begriff der Transparenz ist dogmengeschichtlich und dogmenphilosophisch dem neuzeitlichen Prinzip des Rechtsstaates verpflichtet. Als Menschenrechtsstaat schützt er die subjektiven Rechte des Einzelnen, die der Antike und dem Mittelalter fremd waren. Die Beschränkung der Aktenöffentlichkeit auf den Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren ist aus dieser subjektivrechtlichen Sicht des Rechtsstaates konsequent.*

#### 4. Von der Idee zur Dogmatik: Das *ius publicum* als *ius politicum*

(10) *Objektivrechtlich gesehen bleibt nach dem Grundsatz der beschränkten Aktenöffentlichkeit geheim, was nach klassischem Verständnis des Republikprinzips von öffentlichem Interesse ist: wie die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Gemeinwohlverpflichtung der vollziehenden Gewalt im Einzelfall konkretisiert wird. Soweit es dabei auf die Wahrung des Rechts (in subjektiv- und objektivrechtlichem Sinne) ankommt, sollte von „rechtsstaatlicher Transparenz“ gesprochen werden, soweit es um Gemeinwohlkonkretisierung in den spezifischen Gestaltungsspielräumen von Amts- und Mandatsträgern geht, von „republikanischer Publizität“.*

(11) *Hinzu kommt eine dritte Öffentlichkeitsform und -wirkung, die man „demokratische Allgemeinheit“ nennen kann: Mitwirkung der Öffentlichkeit an der allgemeinen – wörtlich: allen gemeinen, also gemeinsamen – politischen Willensbildung entweder in den Verfahren unmittelbarer Bürgerbeteiligung oder vermittelt durch die verschiedenen Legitimationsketten nationalstaatlicher Volkssouveränität.*

(12) *Rechtsstaatliche Transparenz zielt auf die Legalität staatlichen Handelns, demokratische Allgemeinheit auf seine Legitimation und republikanische Publizität auf seine Legitimität.*

(13) *Unter „ius politicum“ wird hier jenes öffentliche Recht verstanden, das die gute Ordnung eines auf Freiheit gegründeten Gemeinwesens betrifft und auf der Basis dieser fundamentalsten Form aller Freiheiten – der öffentlichen Freiheit – gleichermaßen republikanische Legitimität, demokratische Legitimation und rechtsstaatliche Legalität beansprucht. Der Begriff des „politischen Rechts“ wird so zum Oberbegriff für die Öffentlichkeitswirkungen der Publizität, der Allgemeinheit und der Transparenz in der freiheitlichen Ordnung einer Republik oder synonym eines Freistaates, in der die Delegitimierung jeder Herrschaft aus höherem Recht dogmatisch in eins fällt mit der Delegitimierung jeder Geheimherrschaft.*

## II. Transparenz als Grundsatz des Informationsverwaltungsrechts

### 1. Informationsverwaltungsrecht als Begriff der Rechtsdogmatik

#### a) Paradoxie der Informationsgesellschaft

(14) *Weshalb die informatisierte Gesellschaft nicht notwendig eine informierte Gesellschaft ist, kann anhand der schlichten Doppelbedeutung des Wortes „informiert“ erläutert werden: Wer informiert wurde, braucht deshalb noch nicht informiert zu sein. Weil Informiertheit eine eigene Interpretationsleistung des Informationsempfängers voraussetzt, ist der Informationsbegriff*

ein dialogischer Begriff, für dessen dogmatische Erfassung das Verwaltungsrechtsverhältnis den adäquaten Rahmen liefert.

b) *Dogmatik der Informationsrechtsverhältnisse*

(15) Zur Unterscheidung von Innen- und Außenrechtsverhältnissen – auch in einer digitalisierten Verwaltung – bieten sich als Oberbegriffe Verwaltungsinformationsrecht und Informationsverwaltungsrecht an. „Verwaltungsinformationsrecht“ als Informationsrecht der Verwaltung sollte auf den Informationsaustausch im Binnenbereich der Behörden bezogen werden, „Informationsverwaltungsrecht“ als Verwaltungsrecht der Informationen dagegen auf das Informationshandeln im Außenverhältnis zwischen Behörden und Bürgern.

(16) Im Informationsverwaltungsrecht kann zwischen einem allgemeinen Informationsrechtsverhältnis und besonderen Informationsrechtsverhältnissen differenziert werden. Letztere sind durch besondere Behörden-Bürger-Beziehungen mit korrelativen Informationsrechten und -pflichten charakterisiert, während Kennzeichen des allgemeinen Informationsrechtsverhältnisses das Vorliegen einer behördlichen Informationsaufgabe ist.

2. *Status der Öffentlichkeit im allgemeinen Informationsrechtsverhältnis*

a) *Öffentlichkeit und Allgemeinheit*

(17) „Öffentlichkeit“ bezeichnet den Adressatenkreis einer Behördeninformation, „Allgemeinheit“ das präsumtive Allgemeininteresse: ein Interesse, das der Gesetzgeber mit normativer Wirkung zum Interesse der Allgemeinheit erklärt hat (synonym: „öffentliches Interesse“ oder Gemeinwohl). Da das Gemeinwohl für die allgemeinen Angelegenheiten der res publica steht und die Öffentlichkeit nicht das Volk ist, geht es bei Öffentlichkeitsinformationen weit aus weniger um demokratische Legitimation (LS 11) als um republikanische Legitimität (LS 10).

b) *Verfahrensabhängige und verfahrensunabhängige Öffentlichkeit*

(18) Eine verfahrensabhängige Öffentlichkeitsbeteiligung ist in Umsetzung der betreffenden Richtlinie im Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung realisiert worden. Da danach Rechtsansprüche „durch die Einbeziehung der Öffentlichkeit nicht begründet“ werden, bestätigt sich die dogmatische Zuordnung zum allgemeinen Informationsrechtsverhältnis.

(19) Das Konzept einer informierten Öffentlichkeit dient im Gemeinschaftsrecht zur Kompensation von Kontrolldefiziten des dezentralen Verwaltungsvollzugs. Als klassisches Konzept der Verwaltungskontrolle durch Publizität des Verwaltungshandelns ist es aber nicht erst in Brüssel, sondern schon in Rom erfunden worden.

c) *Informationsfreiheit als Rechtsgrundsatz*

(20) *Die Ablehnung eines Zugangsanspruchs zu Behördenakten durch die höchstrichterliche Rechtsprechung steht in offenem Wertungswiderspruch zur allgemein anerkannten Bedeutung der Informationsfreiheit in der freiheitlichen Ordnung des Grundgesetzes. Der Funktionswandel der Öffentlichkeit in der Informationsgesellschaft fordert den Gesetzgeber zur alsbaldigen Verabschiedung eines Informationsfreiheitsgesetzes heraus.*

(21) *Solange der Gesetzgeber untätig und die abwehrrechtliche Interpretation des Art. 5 Abs. 1 GG herrschend bleibt, sollte die Informationsfreiheit wenigstens als objektiver Rechtsgrundsatz gelten, der eine informationsfreundliche Auslegung gesetzlicher Auskunftspflichten der Verwaltung und eine generelle staatliche Informationsvorsorge gebietet.*

3. *Status des Bürgers in besonderen Informationsrechtsverhältnissen*

a) *Der status politicus*

(22) *Gewährt ein Gesetz einen voraussetzungslosen Informationsanspruch, ist es der Status des politisch verantwortlichen Bürgers – kurz: der status politicus –, aus dem heraus der Anspruch geltend gemacht wird. In und mit diesem Status können die gemeinschaftsrechtlichen Impulse aufgenommen werden, die eine informierte Öffentlichkeit als Forum der Verwaltungskontrolle voraussetzen.*

b) *Das Recht auf politische Mitgestaltung*

(23) *Brandenburgs Verfassung enthält das bundesweit einzige verfassungsgarantierte Recht auf Einsicht in Akten und sonstige amtliche Unterlagen der Verwaltung. Im Sinne der Tradition des ius publicum als ius politicum steht es unter der Überschrift „Politische Gestaltungsrechte“. Auch die Subordination unter das allgemeine „Recht auf politische Mitgestaltung“ ist stringent.*

(24) *Modellcharakter hat das Brandenburgische Recht auf politische Mitgestaltung auch hinsichtlich seiner republikanischen Konkretisierungen: von der Ausübung eines öffentlichen Amtes über die Beteiligung an der Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten bis zur Akteneinsicht bei Behörden und Verwaltungseinrichtungen.*

(25) *Die „politischen Aufgaben“ des Bürgers, die das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der grundrechtlichen Informationsfreiheit erwähnt hat, dürfen nicht auf die Verwirklichung des Demokratieprinzips reduziert werden. Sie betreffen gleichermaßen die Beteiligung an Rechtsverhältnissen, in denen Amtswalter gemeinwohlkonkretisierend die Republik verwirklichen.*

c) *Geheimhaltung und Datenschutz*

(26) *Für die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Regelfall der Information und den Ausnahmefällen der Geheimhaltung und des Datenschutzes kann auf einen Referenten- und einen Professorenentwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland verwiesen werden. „Geheimhaltung“ erfolgt im öffentlichen, „Datenschutz“ im privaten Interesse.*

4. *Angewandte Dogmatik: Agora statt E-Gora*

(27) *Die verfassungsrechtlichen Kriterien einer „allgemeinen“ Wahl sind erst erfüllt, wenn die Stimmabgabe im öffentlichen Wahllokal erfolgt, wenn dort also öffentlich geheim gewählt wird. Auf diese Publizität der Geheimwahl verzichten hieße, den wichtigsten Legitimationsakt der Demokratie zu privatisieren und damit zu entpolitisieren. Eine virtuelle E-Gora kann die reelle politische Öffentlichkeit des Wahltags daher von Verfassungs wegen nicht ersetzen.*



Vierter Beratungsgegenstand:

**Transparente Verwaltung:  
Konturen eines Informationsverwaltungsrechts**

2. Bericht von Prof. Dr. *Johannes Masing*, Augsburg

Inhalt

|  | Seite |
|--|-------|
| Einleitung . . . . .   | 379   |
| I. Stand und Entwicklungslinien der Verwaltungsöffentlichkeit<br>in Deutschland . . . . .                      | 381   |
| 1. Rechtslage und Entwicklungslinien . . . . .   | 381   |
| 2. Reformbedarf . . . . .  | 389   |
| 3. Resümee . . . . .   | 394   |
| II. Informationsfreiheit: Zugang zu Daten der Verwaltung . . .   | 396   |
| 1. Regelungskonzepte und Regelungsprobleme . . . . .   | 396   |
| a) Abwägung und Prinzipien . . . . .   | 396   |
| b) Das Problem des Datenschutzes . . . . .   | 399   |
| c) Das Problem der Effektivität der Verwaltung . . . . .   | 404   |
| d) Inkurs: Amerikanische und kontinentaleuropäische<br>Gesetzgebungstradition . . . . .                        | 407   |
| 2. Thesen zu den Grundbestimmungen eines Daten-<br>zugangsrechts . . . . .                                     | 410   |
| a) Transparenz der Verwaltung und Transparenz der<br>Gesellschaft . . . . .                                    | 410   |
| aa) Daten ohne Personenbezug . . . . .   | 410   |
| bb) Personenbezogene Daten . . . . .   | 412   |
| cc) Daten juristischer Personen . . . . .  | 416   |
| b) Dialektik von Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit<br>als Handlungsvoraussetzung der Verwaltung . . . . . | 418   |
| aa) Abgeschlossene und laufende Verwaltungs-<br>verfahren . . . . .  | 418   |
| bb) Interne Willensbildung und Informantenschutz . .   | 419   |
| c) Konvergente Entwicklungen in anderen Staaten . . .  | 421   |
| III. Die Umgestaltung der Verwaltung im Zeichen der Transparenz  | 422   |
| 1. Folgen eines freien Datenzugangs für die Verwaltung . .   | 422   |

|   |     |
|---|-----|
| a) Die informierende Verwaltung . . . . .   | 423 |
| b) Differenzierte Informationsaufbereitung . . . . .                                    | 425 |
| c) Informationsbezogene Strukturierung von<br>Entscheidungsabläufen . . . . .           | 427 |
| d) Technikabhängigkeit . . . . .  | 428 |
| e) Die Umgestaltung der Beziehungen zwischen<br>Verwaltung und Bürger als Weg . . . . . | 430 |
| 2. Von der Transparenz zu einem „Informations-<br>verwaltungsrecht“? . . . . .          | 432 |
| Schluss . . . . .   | 435 |

## Einleitung

Die Verwaltung ist nicht transparent – und wird es nie sein. Auch ein Informationsverwaltungsrecht gibt es nicht, und, wie sich zeigen wird, es ist fraglich, ob es das geben sollte. Das Thema ist eine Aufgabe der Mäeutik, der platonischen Hebammenkunst: Es hat seinen Gegenstand erst hervorzubringen. Als Weg aus der Höhle der Intransparenz bietet sich zunächst der Griff nach dem Licht der reinen Ideen, der Verfassung, an: Lassen sich Transparenzforderungen, vielleicht insgesamt ein neues Verwaltungsrechtsgebiet aus dem Grundgesetz ableiten? Ich will diesen Weg nicht einschlagen. Zwar wird es im Kern um die Ausgestaltung des Demokratieprinzips gehen. Es wäre jedoch ein Fehlverständnis der Verfassung, von ihr die Konturen zu erwarten, die solche Ausgestaltung erst gehaltvoll machen.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG setzt die Allgemeinzugänglichkeit von Informationen voraus, begründet sie aber nicht. Im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rats wurde ein weiter gehender Antrag ausdrücklich zurückgewiesen. Durch die Darlegung eines heute bestehenden Bedarfs eines individuellen Zugangsrechts kann das genauso wenig überspielt werden wie durch Wirklichkeitsbeschreibungen, so aber im Ergebnis *A. Scherzberg* Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 378 ff.; *ders.* Von den arcana imperii zur freedom of information – Der lange Weg zur Öffentlichkeit der Verwaltung, ThürVBl 2003, 193, 200 f.; *J. Angelov* Grundlagen und Grenzen eines staatsbürgerlichen Informationszugangsanspruchs, 2000, 81 ff.; *B. Wegener* Der geheime Staat – Arcantradition und Informationsfreiheit in Deutschland, Habil., VI. B. 2. (im Erscheinen); vgl. demgegenüber wie hier BVerfGE 66, 116, 137; 103, 44, 59 ff., und für die herrschende Auffassung in der Literatur zusammenfassend *F. Schoch* Informationsfreiheitsgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Die Verwaltung 35 (2002), 149, 152 f.; *ders.* Impulse des Europäischen Gemeinschaftsrechts für die Fortentwicklung der innerstaatlichen Rechtsordnung, VBIBW 2003, 297, 303; *H. Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 5 I, II GG Rn. 56 ff.; *C. Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1999, Art. 5 I, II Rn. 44 ff.; breite Darstellung der Diskussion bei *Angelov* ebd., 35 ff., sowie bereits *E. Gurlit* Die Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht, 1989, 98 ff.

Gehaltvoller ist freilich das Demokratieprinzip, aus dem sich die grundsätzliche Rechenschaftspflicht aller Staatsgewalt vor dem Volk ergibt. Jedoch erlaubt auch dieses keine hinreichend konkreten Ableitungen, die die Informationsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger vollziehbar grundlegten oder dem Gesetzgeber den näheren Umfang der Verwaltungsöffentlichkeit und die hierbei zu verwendenden Regelungsmodelle vorgäben (vgl. näher unten Fn. 53). Insbesondere ergibt sich aus dem Demokratieprinzip nicht ein unmittelbar einforderbares, individuelles Recht des einzelnen Bürgers auf Datenzugang, so auch *G. Trantas* Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Verwaltungsverfahrenrecht, 1998, 332 ff.; *A. Scherzberg* Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 319 f.; *Angelov* ebd., 80 f.; *D. Kugelmann* Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers.

Ich will ohne Übertreibung fragen: Wie kann Transparenz rechtlich gedacht werden? Welches Maß an Öffentlichkeit der Verwaltung lässt sich heute konsistent in deren Strukturen einfügen und wie wirkt das auf die Verwaltung zurück?<sup>2</sup> Dafür ist zunächst (I.) die geltende Rechtslage auf ihre historischen Rückbindungen sowie auf ihr grundlegend gewandel-

---

Grundlagen und verwaltungsrechtliche Grundstrukturen individueller Rechte auf Zugang zu Informationen der Verwaltung, 2001, 33 ff.;

Zu weiteren Versuchen, ein verfassungsunmittelbares Datenzugangsrecht (etwa aus dem Rechtsstaats- oder Sozialstaatsprinzip) zu begründen, vgl. die im Ergebnis ablehnenden Darstellungen bei *Gurlit* ebd., 103 ff.; *Trantas* ebd., 339 ff.; *Kugelmann* ebd., 35 ff.; *Wegener* ebd., VI. B. 1. c).

<sup>2</sup> Methodisch handelt es sich damit um einen verwaltungswissenschaftlich argumentierenden Ansatz mit rechtspolitischen Folgerungen. Bewusst wird dabei freilich – entgegen verbreiteter Übung – auf die Herleitung unmittelbarer rechtlicher Gebote aus sozialempirischen Befunden bzw. internationalen Entwicklungen verzichtet. Der gerade von verwaltungswissenschaftlich argumentierenden Autoren oft gewählte Weg, durch bewusste Ineinanderführung von Faktizität und Normativität zeitgerecht scheinende Uminterpretationen und Funktionalitätskriterien einzuführen, ist methodisch abzulehnen. Zumindest solange man – entgegen *T. Vesting*, der bezeichnenderweise die Frage des Legitimationsgrunds von Recht ausblendet (Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, in diesem Band) – die Rechtsordnung als staatliche versteht, legitimiert nicht Funktionalität als solche, sondern demokratische Entscheidung das Recht. Dieses hindert nicht die Fortbildung des Rechts auch durch Rechtsprechung und die Übertragung von alten Grundgedanken auf neue Problemkonstellationen wie die Entwicklung des Rechts der informationellen Selbstbestimmung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Der Ausgangspunkt für unmittelbar normative Ableitungen kann aber nur die Norm und das mit ihr durch politische Entscheidung freigesetzte Normprogramm, nicht aber die Faktizität sein. Zwischen Sein und rechtlichem Sollen ist zu trennen.

Die – in gewisser Anlehnung an *Georg Jellinek* (vgl. dazu *O. Jouanjan* Braucht das Verfassungsrecht eine Staatslehre?, *EuGRZ* 2003, im Erscheinen) – formulierte Fragestellung, wie Transparenz rechtlich gedacht werden kann, zielt auf rechtliche Modellbildung. Auch in ihr liegt eine Aufgabe der Rechtswissenschaft. Es geht darum, ein Modell zu entwerfen, das sich konsistent in vorfindliche Strukturen und Prinzipien einfügt (vgl. auch *A. Voßkuhle* Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), 266, 310: „in einem Wechselspiel aus Deduktion und Induktion systemprägende Grundbausteine destillieren“). Dabei ist – heute ohne neukantianische Beengungen – der Blick insbesondere auch auf die Geschichte und die sich in ihr wandelnden gesellschaftlichen Strukturen zu richten. Die Frage nach der Notwendigkeit einer neuen Transparenz stellt sich als eine nach der Vernunft in der Geschichte. Der Sache nach knüpfen die verwaltungswissenschaft und ihre steuerungstheoretischen Ansätze insofern zu Recht an die Dialektik von Sein und Sollen an. Hegels Vollstrecker des Weltgeistes sind – soweit es um die Perspektive der Rechtswissenschaft als normativer Wissenschaft geht – heute aber weder Helden noch Staatsrechtslehrer, sondern die Parlamente.

tes tatsächliches und rechtliches Umfeld zu reflektieren. Anschließend (II.) werde ich bestehende Reformansätze aufgreifen und ihnen – auch Erfahrungen des Auslands nutzend – ein dogmatisch geschärftes Konzept entgegenstellen. In einem dritten Hauptteil (III.) soll dann die damit verbundene Transformation der Verwaltung selbst in den Blick kommen.

## I. Stand und Entwicklungslinien der Verwaltungsöffentlichkeit in Deutschland

### 1. Rechtslage und Entwicklungslinien

Von den künftig 25 Staaten der Europäischen Union ist Deutschland das fast einzige Land, das kein voraussetzungsloses freies Zugangsrecht der Bürger zu den Daten der Verwaltung kennt – vereint nur mit Luxemburg und Österreich.<sup>3</sup> Auch die USA, Kanada, Australien oder Neuseeland haben die alte Voraussetzung des *need to know* durch ein *right to know* beiseitegeschoben.<sup>4</sup> In Deutschland hingegen beschränkt sich Ak-

<sup>3</sup> Einen Überblick über die europäische Rechtslage geben *Kugelmann* Rechtsstellung (Fn. 1), 170ff.; *Wegener* Staat (Fn. 1), IV. A. 2.; *G. Nolte* Die Herausforderung für das deutsche Recht der Akteneinsicht durch europäisches Verwaltungsrecht, DÖV 1999, 363, 364f. mwN; *M. Kloepfer* Informationsrecht, 2002, § 10 Rn. 10f. Zur Rechtslage in der EU *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 207ff.; *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 93ff. Zur Rechtslage in Frankreich vgl. *Trantas* Akteneinsicht (Fn. 1), 35ff. Vgl. außerdem die Beiträge in *Winter* (Hrsg.) Öffentlichkeit von Umweltinformationen. Europäische und nordamerikanische Rechte und Erfahrungen, 1990, von *A. Peschel* Akteneinsicht in Dänemark (Kurzbericht), 159; *G. Winter* Akteneinsicht in Frankreich, 175; *J. Burmeister* Akteneinsicht in Großbritannien, 211; *K. Ladeur* Akteneinsicht in Italien, 249; *J. Jans* Akteneinsicht in den Niederlanden, 357; *J. Boc/J. Jendroska/K. Nowacki* Akteneinsicht in Polen, 419; *T. Askelöf/R.F. Heurgren* Akteneinsicht in Schweden, 473.

In Österreich gewährt § 2 Auskunftspflichtgesetz v. 15. 5. 1987, BGBl I Nr. 287/1987, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 158/1998, lediglich ein allgemeines Auskunftsrecht. In der Schweiz ist ein Informationsfreiheitsgesetz derzeit in Vorbereitung, vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung v. 12. 2. 2003, Bundesblatt 2003, 1963; dazu *D. Barrelet* Les documents protégés par le droit d'auteur et le principe de transparence de l'activité administrative, sous l'angle du droit de reprographie, 2002 (abrufbar unter <http://www.ofj.admin.ch/themen/oeffprinzip/intro-d.htm>; Stand: 18. 9. 2003); *M. Spinatsch* Vollzug des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung. Bericht zuhänden des Bundesamtes für Justiz, 2001 (abrufbar ebd.). Eine umfangreiche Linksammlung auf im Internet bereitgestellte Informationsfreiheitsgesetze bietet die Homepage des Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (abrufbar unter <http://www.informationsfreiheit.de>; Stand: 16. 9. 2003).

<sup>4</sup> USA: Freedom of Information Act (FOIA), 5 U.S.C.A. § 552, Pub. L. 89-554, 6. 9. 1966, 80 Stat. 383, zuletzt geändert durch Pub. L. 107-306, 27. 11. 2002; Kanada: Access to Information Act, in Kraft getreten am 1. 7. 1983, Bill C-43, R.S. 1985 Kapitel A-1, zu-

teneinsicht – modern: Datenzugang – auf Rechtsschutz. Die zentrale Norm liegt in § 29 der Verwaltungsverfahrensgesetze<sup>5</sup> und berechtigt nur Verfahrensbeteiligte zum Schutz des eigenen rechtlichen Interesses.<sup>6</sup> Für öffentliche Planungs- und Genehmigungsverfahren wird der Datenzugang durch Auslegungspflichten erweitert.<sup>7</sup> Hier wie dort aber steht jede weitere Akteneinsicht im behördlichen Ermessen.<sup>8</sup> Es gilt das eine Prinzip: Unterlagen der Verwaltung sind nichtöffentlich,<sup>9</sup> Zugang bleibt die

---

letzten geändert durch den Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act v. 13. 5. 2003, Canada Gazette III Kapitel 7; Australien: Freedom of Information Act v. 10. 5. 1989, A1989-46, Gazette 1989 No S164, zuletzt geändert durch den Territory Records Act v. 13. 6. 2002, A2002-18; Neuseeland: The Official Information Act; jeweils abrufbar auf der Homepage des Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit unter <http://www.informationsfreiheit.de>; Stand: 16. 9. 2003. Vgl. *Kugelmann* Rechtsstellung (Fn. 1), 160ff.; die Beiträge in Marsh (Hrsg.) *Public Access to Government-held Information: a Comparative Symposium*, London 1987; die Beiträge in Winter (Hrsg.) *Öffentlichkeit* (Fn. 3).

<sup>5</sup> Für den Verwaltungsprozess entspricht dem § 99 VwGO; zu weiteren Rechtsvorschriften, die das Konzept, wie es in §§ 29f. VwVfG grundgelegt ist, auszeichnen vgl. nur *Kugelmann* Rechtsstellung (Fn. 1), 121ff., 270ff. mwN; *J. Strohmeier* Das europäische Umweltinformationszugangsrecht als Vorbild eines nationalen Rechts der Aktenöffentlichkeit, 2002, 136ff.

<sup>6</sup> *J. Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, 1997, 134ff.; *Kugelmann* Rechtsstellung (Fn. 1), 242ff.; aus der Kommentarliteratur vgl. nur *F. Kopp/U. Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 29 Rn. 5; *H. Bonk/D. Kallerhof/in*: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001, § 29 Rn. 2.

<sup>7</sup> Daneben ergeben sich in anderen Sachbereichen Einsichtnahmerechte aus § 79 BGB (Vereinsregister), § 9 HGB (Handelsregister), § 12 GBO (Grundbuch), sowie aus § 6 Abs. 2 VersG ein Recht auf Zutritt zu öffentlichen Veranstaltungen.

<sup>8</sup> Vgl. u.a. §§ 72 Abs. 1 Hs. 2, 73 Abs. 3 VwVfG; § 10 Abs. 3 BImSchG iVm §§ 10, 10a 9. BImSchVO; § 7 AtG iVm § 6 Abs. 1 AtVfV. Hierzu auch *M. Deppen* Beteiligungsrechte des Bürgers in Planfeststellungsverfahren auf der Grundlage des Verwaltungsverfahrensgesetzes, 1982, 153ff., 159ff.

<sup>9</sup> Die Nichtöffentlichkeit der Verwaltungsakten kann entgegen verbreitetem Sprachgebrauch nicht ohne weiteres als Gebot der Geheimhaltung bezeichnet werden. Die Mitteilung der entsprechenden Informationen liegt unterhalb der disziplinar- und strafrechtlichen Geheimhaltungspflichten im Ermessen der jeweiligen Behörde, vgl. BVerwGE 67, 300, 304f.; 74, 115, 118; 84, 375, 376; *P. Düwel* Das Amtsgeheimnis, 1965, 114f.; *Trantas* Akteneinsicht (Fn. 1), 261 mwN; *Nolte* Herausforderung (Fn. 3), 370; *Kopp/Ramsauer* VwVfG (Fn. 6), § 29 Rn. 22; zum subjektiven Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Begehren auf Akteneinsicht bei „berechtigtem Interesse“ BVerwGE 61, 15, 23; 69, 278, 280. Gegenüber der Presse besteht sogar zum Teil eine Auskunftspflicht, vgl. unten Fn. 25. Ungenau ist deshalb die Gleichsetzung der Begriffe „Nichtöffentlichkeit“ und „Geheimhaltung“ bei *Trantas* ebd., 257ff.; *M. Kaufmann* Akteneinsicht, in: Bertschi u.a. (Hrsg.) *Demokratie und Freiheit*, 1999, 41, 44f.; *Wegener* Staat (Fn. 1), I. A., B.

Ausnahme, begrenzt auf den Schutz spezifischer Individualinteressen.<sup>10</sup> Eine Abweichung hiervon begründet – neben Neuansätzen auf Landesebene – heute das Umweltinformationsgesetz. Es gewährt ein Jedermannsrecht auf Zugang zu allen Umweltinformationen der Verwaltung.<sup>11</sup> Das Gesetz wurde der Bundesrepublik allerdings durch Gemeinschaftsrecht aufgezwungen.<sup>12</sup> Und zu seiner Durchsetzung bedurfte es zweier Verurteilungen durch den EuGH.<sup>13</sup>

Worin gründet diese Tradition? Überwintern hier die Kompromissstrukturen des deutschen Konstitutionalismus, die Publizität nur für Parlament und Gerichte als dem bürgerlich-liberalen Element der Verfassung erlaubten,<sup>14</sup> nicht aber für die der Krone unterstehende Verwaltung? Schieben sich so die alten *arcana imperii* des Absolutismus in die Gegen-

<sup>10</sup> *Masing* Mobilisierung (Fn. 6), 128ff. Vgl. auch die äußerst restriktive Rechtsprechung des BVerwG zum Ermessensanspruch auf Aktenvorlage außerhalb eines Verwaltungsverfahrens; BVerwGE 30, 154; 61, 15; 69, 278; NJW 1985, 1234. S. als Besonderheit im Zuge der Wiedervereinigung aber auch §§ 3, 13, 15ff., 34f. Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (Stasi-Unterlagen-Gesetz – StUG) v. 20. 12. 1991 (BGBl I, 2272), zuletzt geändert durch Art. 1 des Fünften Gesetzes zur Änderung des Stasi-Unterlagen-Gesetzes v. 2. 9. 2002 (BGBl I, 3446).

<sup>11</sup> Vgl. zum UIG *R. Bracker* Umweltinformationsgesetz, Kommentar, 1994; *R. Röger* Umweltinformationsgesetz, Kommentar, 1995; *A. Turiaux* Umweltinformationsgesetz, Kommentar, 1995; *T. Schomerus/C. Schrader/B. Wegener* Umweltinformationsgesetz, Handkommentar, 2002. Vgl. im Übrigen *A. Scherzberg* Freedom of Information – deutsch gewendet: Das neue Umweltinformationsgesetz, DVBl 1994, 733; *D. König* Das Umweltinformationsgesetz – ein Modell für mehr Aktenöffentlichkeit?, DÖV 2000, 45; *B. Wegener* Umweltinformationsgesetz – Deutsche Geheimniskrämerei in europäischer Perspektive, EuR 2000, 227; *J. Fluck/M. Winterle* Zugang zu Umweltinformationen, VerwArch 94 (2003), 437; *Strohmeier* Umweltinformationzugangrecht (Fn. 5).

<sup>12</sup> Richtlinie des Rates 90/313/EWG v. 7. 6. 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABIEG Nr. L 158, 56ff. Diese Richtlinie ist zwischenzeitlich zum 14. 2. 2005 durch die Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28. 1. 2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates, ABIEG Nr. L 41, 26ff., abgelöst worden. Die Richtlinie 2003/4/EG dient der Umsetzung der Aarhus-Konvention (vgl. unten Fn. 37).

<sup>13</sup> Rs. C-321/96 „Mecklenburg/Kreis Pinneberg“, Urteil v. 17. 6. 1998, Slg. 1998, I-3809 und Rs. C-217/97 „Kommission/Deutschland“, Urteil v. 9. 9. 1999, Slg. 1999, I-5087.

<sup>14</sup> Freilich wurde auch hier nur die Öffentlichkeit der parlamentarischen Verhandlungen und Drucksachen, nicht aber des gesamten Verfahrens durchgesetzt bzw. für die Gerichtsbarkeit nur die öffentliche mündliche Verhandlung, nicht aber die Entscheidungsfindung. Ein *generelles* Prinzip der Gesamtöffentlichkeit wurde – was bei *Wegener* Staat (Fn. 1), IV. B., C. undeutlich bleibt – nie ernsthaft angestrebt und für keinen Bereich realisiert.

wart hinein?<sup>15</sup> Tatsächlich mussten damals an der Monarchie alle Ansin-  
nen auf eine Publizität der Verwaltung abprallen. Die Exekutive hatte sich  
gerade nicht vor dem Volk und seinen Vertretern zu rechtfertigen, womit  
jede Publizierung als illegitimer Übergriff scheinen musste.<sup>16</sup> In „Erha-  
benheit über dem Volke“<sup>17</sup> sollte sie das öffentliche Wohl durchsetzen –  
durch „Geheimräte“ und „Heimliche“ (den *secretarii*), verborgen in Kam-  
mern und Kabinetten.<sup>18</sup> Die Forderung eines *von Welcker* nach umfassen-  
der Öffentlichkeit auch der Verwaltung war damit unvereinbar: Seine  
etymologische Herleitung der *res publica* aus den *res populicae*, den An-  
gelegenheiten des Volkes, war ein Angriff aus dem Geiste der Demo-  
kratie.<sup>19</sup>

Dennoch bleibt es, so begründet, Klischee, in der heutigen Rechtslage  
nur den alten Kaiser zu sehen, der seit 80 Jahren unbemerkt unter der  
Decke demokratischer Verfassungen weiterschnarcht. Die Nichtöffent-  
lichkeit der Verwaltungsunterlagen gegenüber den Bürgern war bis vor  
gut 35 Jahren selbstverständlicher Bestandteil fast aller demokratischer  
Traditionen, auch Frankreichs, Großbritanniens oder der USA – und Ka-  
binette und Staatssekretäre gibt es allseits bis heute.<sup>20</sup> Im klassischen Ver-

<sup>15</sup> So insb. *D. Czybulka* Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, 1989, 183; *Wegener* Staat (Fn. 1), V. E. Umfassend zum Begriff *M. Stolleis* *Arca imperii* und *Ratio status*, 1980; *J. Kunisch* Absolutismus und Öffentlichkeit, *Der Staat* 34 (1995), 183, 184ff.

<sup>16</sup> Für den vorliegenden Zusammenhang *Wegener* Staat (Fn. 1), V. B. Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit relativiert das freilich für den Bereich der Staatsleitung, vgl. dazu die Darstellungen bei *H. Boldt* *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, 1975, 115f., *E.-W. Böckenförde* *Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 1964, 145ff.; *J. Masing* *Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte*, 1998, 8ff., 33ff.; *K. Kröger* *Die Ministerverantwortlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, 1972; *M. Schröder* in: *HStR* II, 2. Aufl. 1998, § 51 Rn. 52ff.; *R. Herzog* in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) *Grundgesetz*, Kommentar, Art. 65 (1984), Rn. 66; *K. Stern* *Staatsrecht* II, 1980, 310; *E. Gurlit* *Konturen eines Informationsverwaltungsrechts*, *DVB* 2003, 1119, 1125.

<sup>17</sup> *F. Stahl* *Philosophie des Rechts*, 1837, 204.

<sup>18</sup> *L. Hölscher* *Öffentlichkeit und Geheimnis*, 1979, 130; *Wegener* Staat (Fn. 1), II. C., V. B.

<sup>19</sup> *C. Welcker* *Art. Öffentlichkeit*, in: *Rotteck/Welcker* (Hrsg.) *Staatslexikon*, 2. Aufl. 1848, 246, 249. *Welcker* verband – kennzeichnend für eine Hauptströmung des Liberalismus des Vormärz – dabei progressive Elemente, die mit dem Vernunftoptimismus *Rottecks* übereinstimmten, mit einer historisierenden „organischen“ Vorstellung von „germanischer Volksfreiheit“, die sich zugleich gegen das Konzept der Volkssouveränität wendete. Vgl. dazu mit unterschiedlichen Akzenten *Boldt* *Staatslehre* (Fn. 16), 125f., 177ff., 284ff., sowie *E.-W. Böckenförde* *Die Einheit von nationaler und konstitutioneller Bewegung im deutschen Frühliberalismus*, in: *ders.* *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815–1914)*, 2. Aufl. 1981, 27ff., 29ff.

<sup>20</sup> Der *Freedom of Information Act* wurde 1966 verabschiedet (vgl. Fn. 4), das französische Datenzugangsrecht stammt von 1978 (vgl. Fn. 68) und Großbritannien hat erst 2000



ständnis, das die deutsche Rechtslage noch prägt, wurde sie funktional gedeutet: War der Entscheidungsmodus des Parlaments die freie Deliberation des allgemeinen Gesetzes vor dem Forum der Nation, so ist der der Exekutive die entschlossene Tat unter dem Schutz des Kabinetts – demokratisch gesteuert durch Gesetz und kontrolliert durch Parlament und Gerichte. Die Nichtöffentlichkeit der Akten gegenüber der Allgemeinheit kann so auch demokratisch als Sicherung von Unparteilichkeit, entpolitisierender Distanz und Effizienz verstanden werden, nicht zuletzt im Übrigen auch zur Abschirmung sozialen Ausgleichs.<sup>21</sup> Auch danach freilich gibt es einen Grundsatz der Publizität der Verwaltung. Mit großem Pathos etwa konzipierte *Max Weber* das parlamentarische Untersuchungsrecht als öffentliche „Rute“ gegen die „Eitelkeitsinteressen“ und den „Wunsch nach Unkontrollierbarkeit“ der Beamten.<sup>22</sup> Publizität bleibt aber mediatisiert durch das Parlament – und damit exemplarisch beschränkt:<sup>23</sup> Sie richtet sich allein auf allgemeine Öffentlichkeitsresonanz, d.h. nicht auf Einzelhandeln, sondern auf die Staatsleitung.<sup>24</sup> Prinzipiell ähnlich, jedoch erheblich verbreiternd, wirkt die durch die Medien vermittelte Publizität, die heute nicht nur durch die Pressefreiheit, sondern

---

ein entsprechendes Gesetz verabschiedet (*Freedom of Information Act 2000* [Kap. 36] vom 30. 11. 2000).

<sup>21</sup> Aufgliederung der einschlägigen Aspekte bei *M. Jestaedt* Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit, AöR 126 (2001), 204, 225ff.; in Bezug auf die Nichtöffentlichkeit der Regierungsarbeit *Masing* Untersuchungen (Fn. 16), 310f. mwN; zu entsprechenden organisationsrechtlichen Überlegungen *H. Wißmann* Staatliche Mittel- und Sonderbehörden – eine Altlast der Verwaltungslandschaft?, DÖV 5/2004. Dagegen insb. *Wegener* Staat (Fn. 1), VI. A. 4., der diese Rechtfertigungen vor dem von ihm entwickelten „Teilprinzip des Demokratieprinzips“ für „dürftig und unbestimmt“ hält, VI. A. 4.

<sup>22</sup> *M. Weber* Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland (1918), in: ders. (Hrsg.) Gesammelte politische Schriften, 3. Aufl. 1971, 306, 353, 358.

<sup>23</sup> Bezeichnenderweise wurde in der englischen Debatte um die Einführung eines allgemeinen Datenzugangsrechts bis zuletzt noch auf die parlamentarischen Fragerechte als – nach Auffassung der Gegner eines solchen Rechts – ausreichendem Kontrollinstrumentarium zu Herstellung von Publizität der Verwaltung verwiesen, vgl. *Kugelmann* Rechtsstellung (Fn. 1), 171.

<sup>24</sup> Zu den parlamentarischen Untersuchungs- und Fragerechten vgl. *K. Abmeier* Die parlamentarischen Befugnisse des Abgeordneten des deutschen Bundestages nach dem Grundgesetz, 1984; *W. Hoffmann-Riem/U. Ramcke* Enquete-Kommissionen, in: *Schneider/Zeh* (Hrsg.) Parlamentsrecht, 1989, § 47; *S. Hölscheidt* Information der Parlamente durch die Regierung, DÖV 1993, 593; *W. Demmler* Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, 1994; *Masing* Untersuchungen (Fn. 16), 87ff., 306ff.; zur Bedeutung des Instrumentariums für die parlamentarische Opposition *H.-P. Schneider* Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1974, 239f.; *R. Scholz* Parlamentarischer Untersuchungsausschuss und Steuergeheimnis, AöR 105 (1980), 564, 593.

auch durch (vor allem) presserechtliche Auskunftsansprüche<sup>25</sup> abgesichert ist: Information bleibt durch Mediatoren gefiltert, hier freilich in gesellschaftlicher Freiheit und Vielfalt, orientiert auch an Teil- und Lokalöffentlichkeiten.<sup>26</sup>

Datenzugang als Jedermannsrecht ist demgegenüber neu. Zwar gibt es den kühnen Vorgriff Schwedens, das ein solches Recht schon 1766 schafft und seitdem praktiziert.<sup>27</sup> Im Übrigen aber setzt seine – dann schnell Platz greifende – Anerkennung erst 1966 mit dem *Freedom of Information Act* der USA ein.<sup>28</sup> Hiermit aber tut sich die deutsche Rechtsordnung nun

<sup>25</sup> Vgl. etwa § 4 Gesetz über die Presse (Landespressegesetz [Baden-Württemberg]) v. 14.1.1964 (GBl 11) zuletzt geändert durch Gesetz v. 4. 2. 2003; Art. 4 Bayerisches Pressegesetz (BayPrG) v. 3. 10. 1949 (BayBS I 310) in der Fassung der Neubekanntmachung v. 19. 4. 2000 (GV 340) zuletzt geändert durch Gesetz v. 24. 12. 2002; § 4 Berliner Pressegesetz v. 15. 6. 1965 (GVBl 744) zuletzt geändert durch Gesetz v. 3. 7. 2003; § 15 Mediendiensteinstaatvertrag (MDStV). S. dazu R. Groß *Presserecht*, 1982, 141 ff.; H.-U. Jerschke *Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse*, 1971; Klopfer *Informationsrecht* (Fn. 3), § 10 Rn. 75 f.; M. Löffler/R. Ricker *Handbuch des Presserechts*, 3. Aufl. 1994, 4. Abschnitt, Kap. 18; S. Schröer-Schallenberg *Informationsansprüche der Presse gegenüber Behörden*, 1987; J. Sobotta *Das Informationsrecht der Presse*, 1972; *Trantas Akteneinsicht* (Fn. 1), 384 ff.; für einen Auskunftsanspruch nicht nur nach Maßgabe einfacher Gesetz J. Soehring *Presserecht*, 2. Aufl. 1995, Rn. 4.11.

<sup>26</sup> Als Grundlage streitig einzufordernder Informationsbegehren sind diese Ansprüche kaum geeignet. Vgl. Groß *Presserecht* (Fn. 25), 155 f.; Löffler/Ricker *Handbuch* (Fn. 25), 4. Abschnitt, Kap. 22; Klopfer *Informationsrecht* (Fn. 3), § 10 Rn. 76; M. Löffler *Der Informationsanspruch der Presse und des Rundfunks*, NJW 1964, 2270, 2280; Soehring *Presserecht* (Fn. 25), Rn. 4.75 ff.; diese Problematik stellt sich im Besonderen, wenn die rechtliche Möglichkeit der einstweiligen Anordnung abgelehnt wird, s. W. Stagat *Zur Rechtsgrundlage des Informationsanspruchs der Presse*, 1970, 172. Sie betreffen die gegenseitige Abhängigkeit von Presse und Verwaltung zwischen *good will* und positivem Medienecho.

<sup>27</sup> Das schwedische Aktenzugangsrecht findet sich als Bestandteil der schwedischen Verfassung – Schweden verfügt über vier Verfassungsdokumente – in Kap. 2 Art. 1 *Tryckfrihetsförordningen* (Druckfreiheitsverordnung) v. 5. 4. 1949, SFS Nr. 1949:105, zuletzt geändert zum 1. 7. 2003 durch Gesetz SFS Nr. 2002:1049; die englische Übersetzung (*The Freedom of the Press Act*) ist abrufbar unter <http://www.riksdagen.se/english/work/constitution.asp> (Stand: 10. 9. 2003); zu dem umfangreichen, die Ausnahmetatbestände regelnden Geheimhaltungsgesetz vgl. unten Fn. 133. Zur geschichtlichen Entwicklung s. J. Conradi *Das Öffentlichkeitsprinzip in der schwedischen Verwaltung*, 1968, 56 ff.; E. Holmberg/N. Stjernquist *Introduction*, in: *The Swedish Riksdag* (Hrsg.) *Constitutional Documents of Sweden*, Stockholm 1996, 11 ff., 56 f. Vgl. im Übrigen E. Schwan *Amtsgeheimnis oder Aktenöffentlichkeit? Der Auskunftsanspruch des Betroffenen, das Grundrecht auf Datenschutz und das Prinzip der Aktenöffentlichkeit*, 1984, 121 ff.; I. Österdahl *Openness v. Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union*, E.L.Rev. 23 (1998), 336.

<sup>28</sup> 5 U.S.C.A. § 552 FOIA (Fn. 4); vgl. zur Entstehungsgeschichte P. Wald *The Freedom of Information Act: A short Case Study in the Perils and Paybacks of Legislating Demo-*

schwer – warum? Eine Erklärung liegt in der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht – einer Lehre, die das Verhältnis von Bürger und Verwaltung tiefer bestimmt als weithin bewusst ist.<sup>29</sup> Mit ihr hat das deutsche Verwaltungsrecht einerseits ein überaus leistungsfähiges System des Individualschutzes geschaffen: Private Interessen werden durch materielle Gewährleistungen und dienende Verfahrensrechte vergleichsweise dicht geschützt und gerichtlich gewährleistet. Nicht zufällig hinkte Deutschland beim Datenschutz nicht hinterher.<sup>30</sup> Das Konzept hat aber auch eine

---

cratic Values, *Emory Law Journal* 33 (1984), 649; *Gurlit* Verwaltungsöffentlichkeit (Fn. 1), 50 ff.; *R. Kneifel* Freedom of Information in den USA – Vorbild für deutsches Informationsrecht?, *CR* 1990, 134, 134 f.; *F. Cate/D. Fields/J. McBain* The Right to Privacy and the Public's Right to Know: The „Central Purpose“ of the Freedom of Information Act, *Administrative Law Review* 46 (1994), 41; *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 101 ff.; *J. O'Reilly* „Access to Records“ versus „Access to Evil“: Should Disclosure Laws consider Motives as a Barrier to Records Release?, *Kansas Journal of Law and Public Policy* 2003, 559; *U.S. Department of Justice* Freedom of Information Act Guide, Introduction (abrufbar unter <http://www.usdoj.gov/oip/introduc.htm>; Stand: 12. 9. 2003).

<sup>29</sup> *Masing* Mobilisierung (Fn. 6), 128 ff. Vgl. auch *U. Preuß* Die Internalisierung des Subjekts, 1979, 117 ff.; *H. Bauer* Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, 133 ff.; *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 75 ff., 131 ff., 185 ff.; *H. Wißmann* Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff, 2002, 216 ff.

<sup>30</sup> Die besondere Problematik des Datenschutzes erreichte mit der zunehmenden Verbreitung von EDV-Anlagen Ende der 60er und Anfang der 70er Jahre das Bewusstsein der Öffentlichkeit. Als im Herbst 1968 Pläne der Bundesregierung publik wurden, ein Verbundsystem von vier zentralen Datenbanken für alle von staatlichen Stellen gesammelten Daten einzurichten, führten die daraufhin erfolgten öffentlichen Diskussionen und Proteste dazu, dass eine Umsetzung der Pläne schließlich gestoppt wurde. Im Jahre 1969 wird der deutsche Begriff „Datenschutz“ in Anlehnung an das Wort „Maschinenschutzgesetz“ geprägt, welcher in alle Weltsprachen Eingang findet (data protection; protection des données; zaschtschyta danych). In der Folge dieser öffentlichen Diskussion verabschiedete Hessen am 7. 10. 1970 das erste Datenschutzgesetz der Welt; sämtliche anderen Bundesländer folgten diesem Beispiel. Vorläufig abgeschlossen wurde diese Entwicklung mit dem Erlass des Bundesdatenschutzgesetzes im Jahre 1977; vgl. zur Geschichte des Datenschutzes *R.-B. Abel* Geschichte des Datenschutzes, in: *Roßnagel* (Hrsg.) Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, 2003, 194 ff.; *A. Roßnagel* Einleitung, ebd., 1, 7; *H.-H. Schild* Datenschutz in Europa, *EuZW* 1991, 745 ff.; *S. Simitis* Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung – Zur Problematik des „Datenschutzes“, *NJW* 1971, 673 ff. Die Geschichte des Datenschutzes in den USA verlief ähnlich. Sie reicht zurück auf einen bahnbrechenden Aufsatz der beiden Rechtsanwälte *Samuel D. Warren* und *Louis D. Brandeis* „The Right to Privacy“ im *Harvard Law Review* aus dem Jahr 1890. Im Jahr 1964 lehnte der U.S.-Kongress die Einführung einer Bundesdatenbank, in der alle U.S.-Bürgerinnen und -Bürger mit Computern erfasst werden sollten, endgültig ab. Ein solcher Plan sei mit dem „Right to Privacy“ nicht vereinbar. Gleichzeitig wurde ein Gesetz zur Regelung des Computereinsatzes gefordert. Jedoch erst im Jahre 1974 verabschiedete der 93. Kongress der USA

Kehrseite: Soweit nicht der Schutz konkreter Individualinteressen in Frage steht, kann es Befugnisse nicht erfassen und schließt sie der Vorstellung nach aus.<sup>31</sup> Verwaltungsrechtliche Beziehungen werden – in Abgrenzung zu den staatsrechtlichen – grundsätzlich nur entpolitisiert gedacht. Dies ist eine Verengung – und mit ihr lastet der deutsche Konstitutionalismus doch auf uns: Anders als Frankreich, das etatistische Tradition und republikanisches Selbstbewusstsein objektivrechtlich verband,<sup>32</sup> spiegelt das deutsche Verwaltungsrecht den konstitutionellen Kompromiss: Rechte des Bürgers mussten unter zivilistischen Anleihen dezidiert privatnützig konstruiert, die öffentliche Interessenverfolgung als solche aber der monarchischen Exekutive überschrieben werden. Der zumindest nominelle Verzicht auf Einmischung in das allgemeine Öffentliche war der Preis für das subjektiv-öffentliche Recht. Er hat sich im Schatten des Erfolgs der Lehre fortgetragen: Gegenüber der Verwaltung ist der Bürger nur *bourgeois*.

Diese Sicht ist seit längerem unter Druck geraten – zunächst im Planungs- und Umweltrecht mit einst gequälten Debatten zur Partizipation und Verbandsklage,<sup>33</sup> dann durch das Gemeinschaftsrecht mit seinen

---

den Privacy Act für die Bundesregierung. Bis heute gibt es jedoch für den privaten Bereich kein umfassendes Datenschutzgesetz; vgl. des Weiteren *R. Turkington/A. Allen Privacy Law, Cases and Materials*, St. Paul, Minn., 1999.

<sup>31</sup> Zum Kriterium der Privatnützigkeit *Masing Mobilisierung* (Fn. 6), 62ff., 105ff. Funktional begründete personale staatliche Kompetenzen sind demgegenüber als „Funktionsfreiheiten“ zu erfassen, vgl. *Wißmann Freiheit* (Fn. 29), 233ff.; *ders.* Funktionsfreiheiten in der öffentlichen Verwaltung, ZBR 2003, 293.

<sup>32</sup> Vgl. *Masing Mobilisierung* (Fn. 6), 84ff.; *Trantas Akteneinsicht* (Fn. 1), 66ff.; *R. Chapus Droit administratif général*, Bd. 1, 14. Aufl., Paris 2000, 731ff.; *M. Rott* Das verwaltungsrechtliche subjektive öffentliche Recht im Spiegel seiner Entwicklung im deutschen liberalen Rechtsstaat und in der französischen „*théorie des droits subjectifs des administrés*“, 1976, 138ff.

<sup>33</sup> Zur Partizipationsdebatte vgl. *Masing Mobilisierung* (Fn. 6), 121ff.; *U. Battis* Partizipation im Städtebaurecht, 1976, 43ff., 114ff.; *R. Walter* und *W. Schmitt Glaeser* Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), 147 und 179; *W. Blümel* „Demokratisierung der Planung“ oder rechtsstaatliche Planung?, FS Forsthoff, 1972, 9, 19ff.; *E. Rehlinger* Grundfragen des Umweltsrechts, ZRP 1970, 250, 255; *ders./H.-G. Burgbacher/R. Knieper* Bürgerklage im Umweltrecht, 1972, 23f., 39ff., 47, 95ff.; *W. Brohm* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 245, 299ff.; *P. Häberle* Grundrechte im Leistungsstaat, ebd., 43, 80ff., *ders.* Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), 110f., 117; *G. Kisker* Gruppenmitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung, DÖV 1972, 520; *T. Wädle* Bürgerklage und Umweltverträglichkeitsprüfung, ZRP 1975, 105; *P. Oberndorfer* Partizipation an Verwaltungsentscheidungen in Österreich, DÖV 1972, 530; *Wegener* Staat (Fn. 1), V. E. 5. mwN. Zur Verbandsklage vgl. zustimmend u. a. *R. Stich* Pro und Contra Verbandsklage, 1976, 8; *H. Faber* Die Verbandsklage im Verwaltungsprozess, 1972, 15ff.,

Anleihen an die französische Tradition<sup>34</sup> sowie zunehmend theoretisch durch steuerungswissenschaftliche Perspektivenerweiterungen. Das Datenzugangsrecht steht in diesem Fundamentalkontext. Mit ihm steht eine erneute Weiterung, mehr: eine nun grundlegende Neubestimmung des Verwaltung-Bürger-Verhältnisses in Frage: Können sich Bürger grundsätzlich in die Geschäfte der Verwaltung insgesamt überhaupt einschalten?

## 2. Reformbedarf

Reformdruck besteht zunächst von außen. International wie auf europäischer Ebene<sup>35</sup> – dort zuletzt mit der Transparenzverordnung,<sup>36</sup> –

---

73 ff.; *E. Rehlinger* Argumente für die Verbandsklage im Umweltrecht, ZRP 1976, 157; *E. Gassner* Treuhandklage zugunsten von Natur und Landschaft, 1984, 98; *K. Hofmann* Das Klagerecht der Natur- und Umweltschutzverbände, BayVBl 1972, 524; *ders.* Nochmals: Das Klagerecht der Natur- und Umweltschutzverbände, BayVBl 1973, 265. Ablehnend *F. Weyreuther* Argumente gegen die verwaltungsgerichtliche Verbandsklage im Umweltrecht, 1975, 22f., 41f., 67, 77, 81, 84; *H. Embacher* Die Verbandsklage im Verwaltungsprozess, 1979, 165 ff.; *K. Redeker* Verfahrensrechtliche Bedenken gegen die Verbandsklage, ZRP 1976, 163, 164; *H. Leeb* Nochmals: Das Klagerecht der Natur- und Umweltschutzverbände, BayVBl 1972, 633.

<sup>34</sup> Vgl. dazu nur *Masing* Mobilisierung (Fn. 6), 196 ff.; *M. Ruffert* Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996, 79 ff. mwN; aber auch *C. Classen* Der einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts?, *VerwArch* 88 (1997), 645. Zur Europäisierung des Rechtsschutzes (mit dem Referenzgebiet des Umweltrechts) aus deutscher Sicht *F. Schoch* Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, *DVBl* 1998, 69, 69 f.; *P.M. Huber* Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, *BayVBl* 2001, 577, 584 f.; *V. Götz* Europarechtliche Vorgaben für das Verwaltungsprozessrecht, *DVBl* 2002, 1, 2 ff.

<sup>35</sup> Für den Bereich der Europäischen Gemeinschaften ergibt sich ein allgemeines Zugangsrecht zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission aus Art. 255 EG (ex-Art. 191a EGV), der durch den Vertrag von Amsterdam eingefügt wurde. Konkretisiert wird dieses Zugangsrecht gem. Art. 255 Abs. 2 und 3 EG durch die inzwischen erlassene Verordnung 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30. 5. 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, *ABIEG* Nr. L 145, 43 ff. (so genannte „Transparenzverordnung“) und durch Bestimmungen in den Geschäftsordnungen der jeweiligen Organe. Neben diesem allgemeinen Zugangsrecht steht das Zugangsrecht speziell zu Umweltinformationen auch auf Ebene der Mitgliedstaaten, das durch die Umweltinformationsrichtlinie 90/313/EWG (vgl. Fn. 12) geschaffen wurde.

Auch der Europarat befasste sich schon sehr früh mit der Frage eines Informationszugangsrechts außerhalb laufender Verfahren (insb. Empfehlung Nr. 854 v. 1. 2. 1979 der beratenden Versammlung in: *EuGRZ* 1979, 187 und Empfehlung Nr. [81]19 v. 25. 11. 1981 des Ministerkomitees in: *BTDrucks* 13/8432, 8) unter Berufung auf die Bedeutung der Information der Öffentlichkeit für das demokratische Staatsleben. Seit 1996 wird sogar an einem konkreten Konventionsentwurf gearbeitet (vgl. *Wegener* Staat [Fn. 1], VI. A.

wird der freie Datenzugang immer selbstverständlicher und erwächst zum Teil sogar zur Rechtspflicht: Die Aarhus-Konvention wartet bereits.<sup>37</sup> Dem entspricht ein innerer Druck. Zentral ist hierfür zunächst die geschwundene Steuerungskraft der Gesetze.<sup>38</sup> Schon die Diskussion zur Finalstruktur des Planungsrechts hat gezeigt, dass die alte Vorstellung entpolitisiertender Gesetze, die die Verwaltung zu einer distanziert kompetenten, durch Erfahrungswissen angeleiteten Umsetzung in Form punktueller Interventionen befähigen, immer weniger das Aufgabenprofil moderner Verwaltung erfasst.<sup>39</sup> Die Entwicklung zur vorsorgenden<sup>40</sup> und

---

2. b) (2)). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat es allerdings abgelehnt, ein solches Recht aus der EMRK, insb. Art. 10 (Meinungsfreiheit), herauszulesen. Nach seiner Ansicht können sich zwar Informationsrechte für die Bürger ergeben, diese stünden dann jedoch nicht für sich, sondern immer im Zusammenhang mit der Ausübung der in der EMRK garantierten Rechte, vgl. u.a. Urteil v. 19. 2. 1998 „Guerra et al./Italien“, NVwZ 1999, 57, 58.

<sup>36</sup> Verordnung 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30. 5. 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABIEG Nr. L 145, 43 ff.; vgl. dazu u.a. C. Partsch Die neue Transparenzverordnung (EG) Nr. 1049/2001, NJW 2001, 3154; B. Wägenbaur Der Zugang zu EU-Dokumenten – Transparenz zum Anfassen, EuZW 2001, 680; Y. Bock Ein Sieg für die Transparenz? Die neue Verordnung über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten der EU, DÖV 2002, 556.

<sup>37</sup> Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten v. 25. 6. 1998, in Kraft getreten am 30. 10. 2001. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Konvention zwar unterzeichnet, aber bisher noch nicht ratifiziert. Eine vorläufige deutsche Fassung ist abrufbar unter <http://www.bmu.de/files/aarhus.pdf>; Stand 2. 10. 2003. Die authentische englische Fassung ist veröffentlicht in ILM 38 (1999), 517 sowie unter <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43e.pdf>; Stand 2. 10. 2003. Vgl. dazu u.a. M. Scheyli Aarhus-Konvention über Informationszugang, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in Umweltfragen, AdV 38 (2000), 217; M. Zschiesche Die Aarhus-Konvention – mehr Bürgerbeteiligung durch umweltrechtliche Standards?, ZUR 2001, 177; A. Epiney Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, ZUR 2003, 176.

<sup>38</sup> Vgl. die zusammenfassenden Darstellungen bei H. Schulze-Fielitz Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 9 ff.; H. Dreier Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 168 ff.; Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht (Fn. 29), 161 ff.; O. Lepsius Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 10 ff., 30 ff.; C. Möllers Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, VerwArch 90 (1999), 187, 203 ff.; Scherzberg Öffentlichkeit (Fn. 1), 104 ff.; G.F. Schuppert Verwaltungswissenschaft, 2000, 461 ff.

<sup>39</sup> Entsprechend in diesem Zusammenhang zum politischen Gestaltungsauftrag der Verwaltung R. Wahl Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung, Bd. 1, 1978, 1 ff., 38; E. Schmidt-Aßmann Planung unter dem Grundgesetz, DÖV 1974, 541, 543; ders. Planung als administrative Handlungsform und Rechtsinstitut, FS Schlichter, 1995,

regulierenden<sup>41</sup> Verwaltung hat das verstärkt. Durch den Rückzug auf eine oft nur mehr indirekt struktursichernde Steuerung privater Aktivitäten<sup>42</sup> ist sie längst nicht mehr nur auf lokale, sondern auf makroökonomische Zusammenhänge verwiesen und obliegt ihr eine immer komplexere Koordination von multilateralen Interessengefügen, die materiellrechtlich

---

3, 5; *T. Württemberg* Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, 20f.; *E. Forsthoff* Über Mittel und Methoden moderner Planung, in: Kaiser (Hrsg.) Planung III – Mittel und Methoden planender Verwaltung, 1968, 21, 24; *W. Hoppe* in: HStR III, 2. Aufl. 1996, § 71 Rn. 1f.; *A. Köttgen* Mandat, Methoden, Instrumente planender Verwaltung, in: Kaiser (Hrsg.) ebd., 11, 12ff.; *B. Dobiey* Die politische Planung als verfassungsrechtliches Problem zwischen Bundesregierung und Bundestag, 1975, 46; *A. Meier* Planung: Chance oder Utopie?, in: Meier (Hrsg.) Planung in Behörden und Verwaltung, 1976, 9, 11, 14f.; *H. Lecheler* Verwaltung als „außerparlamentarische“ Gewalt, DÖV 1974, 441, 442; *K.-H. Ladeur* „Abwägung“ – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts, 1984, 113 f; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 38), 98f.

<sup>40</sup> *H.P. Bull* Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1977, 163 ff., 213 ff., 422 ff.; *H. Hofmann* Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: Kloepfer (Hrsg.) Umweltstaat, 1989, 1ff.; *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 92 ff.; vgl. auch *H. Faber* Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1995, 29 ff., mit dem Begriff der „Infrastrukturverwaltung“.

<sup>41</sup> *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsverwaltungsrecht, AT, 1990, 48 ff.; *H.-H. Trute* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl 1996, 950; *W. Hoffmann-Riem* Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 261, 300; *M. Schmidt-Preuß* und *U. di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 und 235; *G. Hermes* Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 305 ff.; zu historischen Bezügen *D. Grimm* Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats, Die Verwaltung Beiheft 4 (2001), 9; zu Referenzgebieten *B. Holznapel* Medienrecht, ebd., 81; *W. Schulz* Telekommunikationsrecht, ebd., 101; *E. Brandt* Umweltrecht, ebd., 123; zur Einbettung in die verwaltungswissenschaftliche Theorie *A. Voßkuhle* „Regulierte Selbstregulierung“ – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, ebd., 197; *G.F. Schuppert* Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, ebd., 201; *E. Schmidt-Abmann* Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungswissenschaftlicher Systembildung, ebd., 253; *J. Masing* Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, Die Verwaltung 36 (2003), 1 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *ders.* Die Erfüllung öffentlicher Interessen durch Teilnahme des Staats am Wirtschaftsverkehr, EuGRZ 2003 (im Erscheinen); *Voßkuhle* Beteiligung (Fn. 2), 266, 304 mit Fn. 156; 308f.

<sup>42</sup> Der Ausdruck „Gewährleistungsstaat“ (so *Hermes* Infrastrukturverantwortung [Fn. 41], 128 ff.; *Voßkuhle* Beteiligung [Fn. 2], 266, 304 ff.) ist insoweit wenig treffend und zu sehr rückwärts gewandt, vgl. *Masing* Grundstrukturen (Fn. 41), 31. Ähnlich in der Bewertung auch *R. Wahl* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), 337 ff.

kaum noch determiniert ist.<sup>43</sup> Schon dies verlangt Informationsaustausch, der – über den Rechtsschutz weit hinausführend – private Initiative und Mitwirkung erlaubt.<sup>44</sup>

Hinzu tritt die Entwicklung zur Informationsgesellschaft.<sup>45</sup> Indem Daten raum- und zeitübergreifend multimedial verfügbar geworden sind,

<sup>43</sup> Als Beschreibung der Rechtswirklichkeit ist die abnehmende Steuerungskraft der Gesetze für viele Bereiche nicht zu leugnen. Sie ist – wie gerade die Planungsdiskussion gezeigt hat – für bestimmte Bereiche auch nicht herstellbar. Dies bedeutet nicht, dass sich das Modell des materiell steuernden Gesetzes überhaupt überlebt habe und in der Ersetzung materieller Vorschriften durch Verfahrensvorschriften ein prinzipieller Gewinn liegt, so aber im Konzept der Prozeduralisierung *T. Vesting* Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, 94 ff., unter Rückgriff v. a. auf *Teubner*, mit Akzent auf den „Rechtspluralismus“ *Ladeur* „Abwägung“ (Fn. 39), 200 ff.; entschieden dagegen *Lepsius* Steuerungsdiskussion (Fn. 38), 52 ff. Vgl. für das positive Recht *Wahl* Rechtsfragen (Fn. 39), 62 ff. Gerade auch für das Regulierungsverwaltungsrecht sind anspruchsvolle Regelungen durchaus denkbar, dazu *Masing* Grundstrukturen (Fn. 41), 24 f.

<sup>44</sup> Zur Notwendigkeit kommunikativer Rückkopplung für das Verwaltungshandeln *W. Hoffmann-Riem* Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, 10, 22 ff.; *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 195 ff.; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 38), 745 ff.; *T. Vesting* Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – „Verkehrsregeln“ und „Verkehrsströme“, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, im Erscheinen 2003, Manuskriptseite 26 ff.

<sup>45</sup> Die Literatur zur Informationsgesellschaft ist äußerst zahlreich und kaum überschaubar, vgl. u. a. Haratsch/Kugelmann/Repkewitz (Hrsg.) *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, 1996; *L. Delp* *Das Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft*, 2. Aufl. 2003, 13 ff.; Sonntag (Hrsg.) *Die Zukunft der Informationsgesellschaft*, 1983; *T. Dreier* *Informationsrecht in der Informationsgesellschaft*, in: Bizer/Lutterbeck/Rieß (Hrsg.) *Umbruch von Regelungssystemen in der Informationsgesellschaft*, 2002, 65 ff.; *W. Hoffmann-Riem* *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 9 ff.; *Kloepfer* *Informationsrecht* (Fn. 3), § 1; *G. Müller* *Technische Szenarien der Wissens- und Informationsgesellschaft*, in: Büllsbach/Heymann (Hrsg.) *Informationsrecht 2000*, 2001, 265 ff.; *M. Rosenthal* *Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft für den rechtlichen Rahmen der Informationsgesellschaft*, 1998; *J. Schnepel* *Gesellschaftliche Ordnung durch Computerisierung*, 1984, 59 ff.; *K. Steinbuch* *Über den Wert von Informationen*, GRUR 1987, 579; *W. Steinmüller* *Informationstechnologie und Gesellschaft*, 1993; *F. Schoch* und *H.-H. Trute* *Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung*, VVDStRL 57 (1998), 158 und 216; *T. Vesting* *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat – Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der „Informations- oder Wissensgesellschaft“*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *ebd.*, 101, 107 ff.; vgl. auch die rechtlichen Anpassungen an die Informationsgesellschaft: Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABIEG Nr. L 167, 10.



haben sie einen neuen Wert bekommen. Aus ihrem Informationskontext leicht und billig herauslösbar, werden sie durch neue Kombinationen und Bezüge ein maßgeblicher Faktor neuer Wertschöpfung. Sie sind Rohstoff einer Gesellschaft, in der heute ca. ein Drittel des Bruttosozialprodukts auf der Grundlage der Informationsverarbeitung erwirtschaftet wird.<sup>46</sup> Der prinzipielle Verschluss der Verwaltungsdaten scheint unter diesen Bedingungen schon ökonomisch kaum haltbar. Er verschließt dem Bürger vielfältige Optionen und dürfte Deutschland in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen schaden. Dass ein Datenzugang heute so viele Fürsprecher hat, dürfte nicht zuletzt hierin seinen Grund haben.

Eine Datenöffnung zur Ermöglichung wertschöpfender Neukorrelationen wirkt dabei aber auch auf die Aufgabenerfüllung der Verwaltung selbst zurück: Die Bewältigung der immer komplexeren Zusammenhänge in einer vernetzten Welt – vom Umweltschutz über die Migration bis hin zur Arbeitslosigkeit – verlangt eine Zusammenführung von privaten und öffentlichen, insbesondere auch internationalen Daten auf der Grundlage breiter gesellschaftlicher Debatten, die unter prinzipieller Abschottung der Verwaltungsdaten nicht möglich ist.<sup>47</sup>

Über die Informationsgesellschaft verändern sich zudem die Kommunikationsstrukturen. Die Vernetzung aller mit allen baut die Bedeutung von Öffentlichkeit um. Verwies das traditionelle Modell auf die mediatisierte Verwaltungsöffentlichkeit durch Parlament und Presse, so zielte es

<sup>46</sup> Zur wirtschaftlichen Bedeutung von Informationen und Informationsverarbeitung vgl. *M. Bergmann* Grenzüberschreitender Datenschutz, 1985, 53; *A. Büllesbach* Das Unternehmen in der Informationsgesellschaft, in: Wilhelm (Hrsg.) Information-Technik-Recht, Rechtsgüterschutz in der Informationsgesellschaft, 1993, 69; *U. Sieber* Informationsrecht und Recht der Informationstechnik, NJW 1989, 2569, 2570; *A. Wiebe* Information als Naturkraft – Immaterialgüterrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 1994, 223; zu Beispielen für Informationsprodukte und deren wirtschaftliches Potential vgl. auch *W. Möschel* Wettbewerbssicherung versus Vermachtung in der Informationsgesellschaft, MMR 2001, 3 und *T. Weichert* Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463; vgl. des Weiteren *R. Pitschas* Informationelle Selbstbestimmung zwischen digitaler Ökonomie und Internet, DuD 1998, 139, 140.

<sup>47</sup> So im Ansatz *V. Boehme-Neßler* Electronic Government: Internet und Verwaltung – Visionen, Rechtsprobleme, Perspektiven, NVwZ 2001, 374, 377; *K.-H. Ladeur* Privatisierung öffentlicher Aufgaben und die Notwendigkeit der Entwicklung eines neuen Informationsverwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) Verwaltungsrecht (Fn. 45), 225, 240ff.; zur Vernetzung und den daraus resultierenden Gefahren vgl. *S. Simitis* Von der Amtshilfe zur Informationshilfe – Informationsaustausch und Datenschutzanforderungen in der öffentlichen Verwaltung, NJW 1986, 2795, 2801. Zur vernetzten Dezentralität *A. Scherzberg* Die öffentliche Verwaltung als informationelle Organisation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) Verwaltungsrecht (Fn. 45), 195, 203ff., sowie zur Funktion und Bildung entsprechender Netzwerke *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 38), 384ff.

auf eine (zumindest relative) Allgemeinheit der Öffentlichkeit. Gerade solche Allgemeinheit der Kommunikation aber – ob man will oder nicht – verdünnt sich unter den technischen Bedingungen der Moderne. Die Aggregationskraft der Informationsmittler nimmt ab und es entstehen spezifiziertere und dabei aber großräumig vernetztere Kommunikationszusammenhänge.<sup>48</sup> Eine Konsumtionswirkung der presse- und medienrechtlichen Informationsansprüche verliert unter diesen Bedingungen an Rechtfertigung. Ihre konsequente Fortsetzung ist heute ein Jedermannsrecht auf Datenzugang, d.h. Informationsfreiheit.

### 3. *Resümee*

Es ist Zeit für ein neues Publizitätskonzept der Verwaltung. Wir brauchen ein individuelles Zugangsrecht zu den Daten der Verwaltung, das nicht mehr auf den Rechtsschutz beschränkt ist. Das ist nicht weniger als eine neue Ausbalancierung des Demokratieprinzips.<sup>49</sup> Bereits im 19. Jahrhundert wurde ein solches Recht zur Stärkung der Verwaltungsverantwortung gefordert.<sup>50</sup> Seine Grundlage hat es in der prinzipiellen Rechenschaftspflicht aller demokratischen Staatsgewalt<sup>51</sup>, die Ausnahmen nur

<sup>48</sup> Zu den vielschichtig differenzierten Geweben von Kommunikationseinheiten *Trute* Rahmenbedingungen (Fn. 45), 216ff., insb. 238ff.; *T. Vesting* Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten. Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschutz und Meinungsfreiheit, AöR 122 (1997), 337, 352f.; zur öffentlichen Kommunikation *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 36ff., 178ff., 185 mwN; *O. Jarren* Medien- und Öffentlichkeitswandel im modernen Staat. Anmerkungen zum Öffentlichkeitsverständnis des Bundesverfassungsgerichts, AfP 1994, 191, 194; zur damit eng zusammenhängenden Frage der kommunalen Öffentlichkeit *R. Wimmer* Kommunale Alternativen zur deutschen Lokalpresse – Rechtliche Aspekte neuer gemeindlicher Öffentlichkeitsarbeit, NJW 1982, 2793, 2794.

<sup>49</sup> Dazu umfangreich *Wegener* Staat (Fn. 1), VI.; vgl. auch schon *Nolte* Herausforderung (Fn. 3), 368; *C. Gusy* Anmerkung zu BVerwG Urteil v. 25. 3. 1999, JZ 1999, 1169; *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 291ff.; *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 68f.

<sup>50</sup> Vgl. *Welcker* Öffentlichkeit (Fn. 19): „Die vollkommene Öffentlichkeit gibt endlich das, was man ohne sie in allen möglichen politischen Einrichtungen und Formen vergeblich suchte, die allein durchgreifende sichernde Kontrolle und Garantie gegen den Missbrauch, gegen nachlässige, untreue, verfassungswidrige Anwendung der politischen Gewalt der Regenten, Stände, Beamten und Bürger.“ (273); „Auf diese Öffentlichkeit hat (...) ein jeder Bürger einen heiligen Rechtsanspruch. Das Gemeinwesen ist seine Angelegenheit, es bestimmt seine und der Seinigen Lebensschicksale, fordert seine freien Opfer von Gut und Blut. Er hat das Recht, davon Kenntnis zu nehmen und seine Einsichten und Ansichten, Wünsche und Bedürfnisse in Beziehung auf seine Bestimmung und Leitung auszusprechen und mit seinen Meinungen auszutauschen.“ (269). Vgl. dazu auch *Wegener* Staat (Fn. 1), III. D., insb. 4.

<sup>51</sup> Ein Datenzugangsrecht baut dabei zugleich eine gewisse Doppelbödigkeit der geltenden Rechtslage ab, die einerseits mit der dienstlichen Verschwiegenheitspflicht Beamte

aus funktionalen Gründen zulässt<sup>52</sup> – und solche tragen die generelle Nichtöffentlichkeit der Verwaltungsdaten heute nicht mehr.<sup>53</sup> Ein Datenzugangsrecht stellt die Verwaltung in das Kräftefeld der Öffentlichkeit und stärkt ihre plural-mediale Rückkoppelung. Zugleich gerät Verwaltung dadurch freilich in das Spannungsfeld gesellschaftlicher Ungleichheit. Der Grad ihrer Politisierung steigt. Richtig kanalisiert ist das jedoch angemessen: Zu schwach ist heute die gesetzliche Steuerung, zu lang sind die formellen Legitimationsketten. Die tradierten Engführungen des Konzepts vom subjektiv-öffentlichen Recht sind durch ein Datenzugangsrecht endgültig aufzubrechen: der *status procuratoris* des Bürgers,<sup>54</sup> den das Europarecht längst grundgelegt hat, erhält damit eine prinzipielle Dimension.

---

an der Weiterleitung dienstlichen Wissens hindert (vgl. § 353 b StGB und die Darstellung bei *Trantas* Akteneinsicht [Fn. 1], 268 ff.), andererseits aber entsprechende Mitteilungen gegenüber der Presse zum Schutz von deren politischer Kontrollfunktion besonders schützt (vgl. §§ 53 Abs. 1 Nr. 5, 97 Abs. 5 StPO); es wäre vermutlich ein Großteil der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse – die dann unstreitig in Realisierung demokratischer Kontrollaufgaben durchgeführt wurden – ohne einen Aufmerksamkeit erregenden, vorgängigen Bruch der amtlichen Verschwiegenheitspflicht nie eingesetzt worden. Unmittelbar ändert ein Datenzugangsrecht hieran freilich nichts: Der Datenzugang bleibt antragsgebunden und wer über ihn entscheidet, ist eine sowohl nach außen als auch nach innen regelungsbedürftige Zuständigkeitsfrage (s.u. I. 3.). Die Verschwiegenheitspflicht, soweit sie Hierarchien abzusichern und eine Flucht in die Öffentlichkeit bei inneren Auseinandersetzungen zu verhindern hat, wird als solche nicht aufgehoben. Sind jedoch alle Daten grundsätzlich zugänglich, ändert sich deren Umfeld und deren praktische Relevanz. Ihre Bedeutung für den Informationsfluss nach außen nimmt ab und ihre innerdienstliche Bedeutung erhält ein begrenzteres, aber klareres Profil.

<sup>52</sup> *Jestaedt* Geheimnis (Fn. 21), 215 f., 222; *Wegener* Staat (Fn. 1), VI. A. 3. b) (1); *B. Pieroth* Das Verfassungsrecht der Öffentlichkeit für die staatliche Planung, FS Hoppe, 2000, 195, 197 f.; allgemein *E.-W. Böckenförde* in: HStR II, 2. Aufl. 1998, § 30 Rn. 15; *Masing* Untersuchungen (Fn. 16), 234 ff.

<sup>53</sup> Es führt indes zu weit, mit dieser Begründung ein individuelles Datenzugangsrecht mit seinen näheren Konturen unmittelbar aus der Verfassung herzuleiten. Sicher ist eine rigide Geheimhaltung aller Verwaltungsvorgänge mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar, und es spricht einiges dafür, dass auch die Fortgeltung der bisherigen Nichtöffentlichkeit unter den Bedingungen der Gegenwart funktionell nicht mehr gerechtfertigt ist und somit der Gesetzgeber von Verfassung wegen zu einer Reform gehalten ist. Das nähere Ausmaß der Öffentlichkeit lässt sich dabei im einzelnen aus der Verfassung aber nicht ableiten. Insbesondere folgt aus der Verfassung nicht ein prinzipielles Zugangsrecht zu allen Daten, das nur durch je konkret nachzuweisende Gegenrechte oder -belange beschränkt werden kann, so dass es letztlich nur auf eine Einzelfallabwägung ankommt. Der Gesetzgeber ist zu einer typisierenden Gestaltung nicht nur berechtigt, sondern gehalten (vgl. näher unten II. 2.).

<sup>54</sup> *Masing* Mobilisierung (Fn. 6), 225 ff.; ähnlich *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 88 ff.

## II. Informationsfreiheit: Zugang zu Daten der Verwaltung

### I. Regelungskonzepte und Regelungsprobleme

#### a) Abwägung und Prinzipien

Die Forderung nach Datenzugang ist heute wohlfeil.<sup>55</sup> Sie bleibt aber schales Wasser, solange sie nicht den Sprudel gegenläufiger Interessen in sich aufnimmt. Immerhin – es fehlt nicht an Gestaltungsvorschlägen. Für den Bund liegen mehrere Entwürfe für ein „Informationsfreiheitsgesetz“

---

<sup>55</sup> Ernst zu nehmende Stimmen gegen ein grds. Datenzugsrecht sind heute nicht mehr zu vernehmen; vgl. *F. Schoch/M. Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProFE). Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 2002, 36; *Schoch* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 1), 156f.; *ders.* Rahmenbedingungen (Fn. 45); *Trute* Rahmenbedingungen (Fn. 45); *Trantas* Akteneinsicht (Fn. 1), passim; *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), passim; *Kugelmann* Rechtsstellung (Fn. 1), passim; *A. Voßkuhle* „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsrechtsreform – Eine kritische Bestandsaufnahme, *VerwArch* 92 (2001), 184, 201; *ders.* Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informationsgesellschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann* (Hrsg.) *Verwaltungsrecht* (Fn. 45), 384; *R. Pitschas* Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert* (Hrsg.) *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, 241f.; *S. Simitis* Datenschutz – Rückschritt oder Neubeginn, *NJW* 1998, 2473, 2475; ähnlich *M. Albers* Information als neue Dimension im Recht, *Rechtstheorie* 33 (2002), 61, 89; für eine Verzahnung der Kerngebiete des Informationsrechts als „Minimalvoraussetzung einer Informationsordnung“ *Kloepfer* Informationsrecht (Fn. 3), § 4 Rn. 12ff.; *ders.* Geben moderne Technologien und die europäische Integration Anlass, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen?, in: *Verhdlg. des 62. DJT*, Bd. II/1 (Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse), 1998, D 92f.; *B. Sokol* Informationszugang und Datenschutz, in: *Roßnagel* (Hrsg.) *Handbuch* (Fn. 30), 1803, 1805; *H. Garstka* Empfiehlt es sich, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener – auch grenzüberschreitender – Informationen neu zu bestimmen?, *DVBl* 1998, 981, 991; *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 215; *S. Lodde* Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat, 1996; *Strohmeier* Umweltinformationszugangsrecht (Fn. 5), 309f.; *J. Tauss/J. Kollbeck/N. Fazlic* e-Recht und e-Demokratie. Die Modernisierung des Informationsrechts als Reformprojekt zur elektronischen Demokratie, *ZG* 2001, 231, 233f.; *G. Häfner/F. Gerlach* Wissen ist Macht – Nichtwissen macht auch nichts? Vorstellungen des Entwurfs für ein Informationsfreiheitsgesetz der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, *ZRP* 1998, 123, 127; *T. Hart/C. Weizel* Informationsfreiheit und der transparente Staat. Eine Analyse der Bertelsmann Stiftung, 2003, 6; *H. Burkert* Informationszugang als Element einer Europäischen Informationsrechtsordnung?, in: *Lamnek/Tinnefeld* (Hrsg.) *Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa. Informationelle Teilhabe und weltweite Solidarität*, 1998, 126ff.; *T. Hoeren* Information als Gegenstand des Rechtsverkehrs – fragmentarische Überlegungen zur Zukunft der Mediengesetzgebung, in: *ebd.*, 151. Kritisch zum Konzept einer grundsätzlichen Informationszugangsfreiheit im öffentlichen Sektor *R. Bieber* Informationsrechte Dritter im Verwaltungsverfahren. Ansätze zu legislativer und dogmatischer Neubewertung, *DÖV* 1991, 857, 866f.

vor<sup>56</sup> – darunter ein anspruchsvoller Entwurf von Kollegen<sup>57</sup> –, und in vier Ländern sind solche Gesetze sogar schon in Kraft.<sup>58</sup> Vereinfacht zusammengefasst lassen sie sich als Prinzipienordnung charakterisieren: Am Anfang steht das Prinzip der Aktenöffentlichkeit: Jeder hat ein antragsgebundenes, einklagbares Recht auf Zugang zu allen Daten der Verwaltung, unabhängig von dem Nachweis eines Interesses. Ausnahmen

<sup>56</sup> Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes (IFG), abrufbar unter [http://www.bmi.bund.de/dokumente/Artikel/ix\\_28349.htm](http://www.bmi.bund.de/dokumente/Artikel/ix_28349.htm) (Stand: 9. 9. 2003); vgl. zum Verfahrensstand *Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit* Jahresbericht 2002, 162, LT-Drs. 15/1757 (abrufbar unter <http://www.datenschutz-berlin.de/infomat/download.htm#tb>; Stand: 11. 9. 2003). Der Entwurf eines Gesetzes zur Gewährleistung des freien Zugangs zu amtlichen Informationen (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/8432, wurde auf Empfehlung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags, BT-Drs. 13/11152, noch in der 13. Wahlperiode abgelehnt.

<sup>57</sup> *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 55).

<sup>58</sup> Brandenburg (AIG-Bbg): Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG) v. 10. 3. 1998, GVBl I/1998, 46; hierzu *R. Breitenbach/B. Palenda* Das neue Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz des Landes Brandenburg, LKV 1998, 252; *R. Kneifel-Haverkamp* Das Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz in Brandenburg, DuD 1998, 438; *C. Patsch* Brandenburgs Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG) – Vorbild für Deutschland?, NJW 1998, 2559; *R. Breitenbach/B. Palenda* Das Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz des Landes Brandenburg – Ein Vorbild für die Rechtsentwicklung in Deutschland!, NJW 1999, 1307; *A. Dix* Akteneinsicht und Informationszugang in Brandenburg, DuD 2002, 291. Berlin (IFG-B): Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Lande Berlin (Berliner Informationsfreiheitsgesetz – IFG) v. 15. 10. 1999, GVBl 1999, 561, zuletzt geändert durch Gesetz v. 30. 7. 2001, GVBl 2001, 305; hierzu *C. Patsch* Das Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit in Berlin, LKV 2001, 98. *Schleswig-Holstein (IFG-SH)*: Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Schleswig-Holstein (Informationsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein – IFG-SH) v. 9. 2. 2000, GVBl 2000, 166, zuletzt geändert durch Gesetz v. 18. 3. 2003, GVBl 2003, 154; hierzu *G.-H. Friedersen/N. Lindemann* Informationsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (IFG SH), Kommentar, 2000; *T. Weichert* Informationsfreiheitsgesetz Schleswig-Holstein, DuD 2000, 262; *C. Nordmann* Das Informationsfreiheitsgesetz Schleswig-Holstein, RDV 2001, 71; *B. Köster* Erfahrungen mit dem schleswig-holsteinischen Informationsfreiheitsgesetz, DuD 2003, 36. Nordrhein-Westfalen (IFG-NRW): Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen – IFG NRW) v. 27. 11. 2001, GVBl 2001, 806; hierzu *B. Axler* Das Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen (IFG NRW), CR 2002, 847; *T. Wolf-Hegerbekermeyer/B. Pelizäus* Freie Information für alle – gut gemeint, aber auch gut gemacht?, DVBl 2002, 955; *M. Zilkens* Zur Bedeutung des neuen Informationsfreiheitsgesetzes NRW für die kommunale Rechtspraxis – Eine kritische Betrachtung, RDV 2002, 300; *C. Patsch/W. Schurig* Das Informationsfreiheitsgesetz von Nordrhein-Westfalen – ein weiterer Schritt aus dem Entwicklungsrückstand Deutschlands, DÖV 2003, 482. Vgl. länderübergreifend *F. Stollmann* Informationsfreiheitsgesetze in den Ländern, VR 2002, 309.

findet dieses in Gegenprinzipien: dem Schutz personenbezogener Daten, von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und öffentlichen Interessen,<sup>59</sup> insbesondere der Effektivität der Verwaltung. Unbeschadet verschieden gelungener Präzisierungsversuche bzw. auch einer Umkehr der Vermutungsregel für personenbezogene Daten soll sich die Entscheidung über den Datenzugang letztlich in der Regel nach einer Abwägung im Einzelfall richten:<sup>60</sup> Maßgeblich sei, ob das Offenbarungsinteresse die entgegen-

<sup>59</sup> Der Begriff der „öffentlichen Interessen“ erfasst in diesem Zusammenhang so unterschiedliche Ausnahmetatbestände wie den Schutz grundlegender Staatsinteressen des Bundes bzw. eines Landes (z.B. das Bereiten von schwerwiegenden Nachteilen für das Wohl des Bundes oder eines Landes, den Schutz der internationalen Beziehungen oder der Landesverteidigung), den Schutz der Effektivität der Rechtsdurchsetzung (u.a. Besorgnis der Beeinträchtigung von Ablauf oder Erfolg strafrechtlicher Ermittlungsverfahren) oder den Schutz des behördlichen Entscheidungsprozesses (z.B. Schutz der Vertraulichkeit von Beratungen, Beeinträchtigung der Erfüllung der übertragenen Aufgaben), de lege lata niedergelegt in § 4 AIG-Bbg; §§ 9–11 IFG-B; §§ 9 und 10 IFG-SH und §§ 6 und 7 IFG-NRW. Vgl. auch §§ 3 und 4 IFG-Referentenentwurf des BMI (Fn. 56), §§ 5 und 6 IFG-ProfE (Fn. 55) und §§ 7 und 8 des Entwurfs von Bündnis90/Die Grünen (Fn. 56).

<sup>60</sup> In den meisten Fällen ist diese Abwägung tatbestandlich offen gehalten, vgl. etwa § 7 Abs. 1 IFG-ProfE (Fn. 55): kein Informationsanspruch, „soweit (...) das Informationsinteresse nicht überwiegt“. So ist etwa nach § 6 Abs. 1 IFG-B das Informationsinteresse des Antragstellers, welches durch § 1 IFG-B beschränkt wird (Förderung demokratischer Meinungs- und Willensbildung und Ermöglichung einer Kontrolle staatlichen Handelns), generell mit dem Interesse der Betroffenen an der Geheimhaltung ihrer personenbezogenen Daten abzuwägen, wobei § 6 Abs. 2 IFG-B zur Präzisierung verschiedene Regelbeispiele beinhaltet, bei deren Vorliegen der Offenbarung der Daten schutzwürdige Belange der Betroffenen nicht entgegenstehen. § 5 Abs. 2 Nr. 3 AIG-Bbg stellt die Gewährung von Akteneinsicht in das Ermessen der Behörde, soweit aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls im Hinblick auf den Zweck der politischen Mitgestaltung das Offenbarungsinteresse des Antragstellers das Interesse der betroffenen Personen an der vertraulichen Behandlung der Information überwiegt.

Grundsätzlich anders und tendenziell weiterführend dagegen – in dieser Differenz von der Literatur bisher freilich kaum bemerkt – ist das Regelungskonzept in Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein, die den Zugang zu personenbezogenen Daten generell ausschließen und nur abschließend aufgezählte tatbestandlich bestimmte Ausnahmen zulassen, vgl. § 9 Abs. 1 lit. a-e IFG-NRW; § 12 Abs. 1 Nr. 1–4 IFG-SH. Allerdings reicht auch hier ganz allgemein schon ein „rechtliches Interesse“, dem schutzwürdige Belange nicht entgegenstehen. Dies ist zwar vergleichsweise eng gefasst und knüpft bei entsprechender Auslegung an die überkommenen Strukturen (§§ 29, 30 VwVfG; § 16 BDSG) an. Es schließt für diese Fälle insbesondere rein politisch-partizipative Interessen bzw. die bloße Absicht der Gewinnerzielung als Rechtfertigung für eine Akteneinsicht aus. Da es aus den verfahrensbezogenen Bindungen herausgenommen ist, bleibt aber auch hier das Kriterium des rechtlichen Interesses sehr unbestimmt und als Grundlage eines Datenzugangs zu personenbezogenen Unterlagen unbefriedigend (§ 16 BDSG ist aus diesem Grund nie als eigenständige Anspruchsgrundlage verstanden worden). Überdies trägt

stehenden Belange überwiege.<sup>61</sup> Allen Belangen sei dabei Rechnung zu tragen.

Diese Lösung beendet bisher weithin die Diskussion. Sie befriedigt den Harmoniebedarf: Jeder kann sich sein Ergebnis als das richtige vorstellen. Tatsächlich beginnen die Probleme hier jedoch erst.

#### b) *Das Problem des Datenschutzes*

Der zentrale, bisher noch kaum erfasste Konfliktpunkt<sup>62</sup> liegt hier im Grundsatz der Zweckbindung – dem unangefochtenen Eckpfeiler jeden modernen Datenschutzes:<sup>63</sup> Personenbezogene Daten dürfen danach nur

---

diese privatnützige Öffnung umgekehrt dem gemeinbezogenen Anspruch des Datenzugangs nicht Rechnung und kann auch von dieser Seite her nicht überzeugen.

<sup>61</sup> Die Regelung in § 12 Abs. 1 Nr. 4 IFG-SH, § 9 Abs. 1 lit. e IFG-NRW, bei der zwischen dem rechtlichen Interesse des Antragstellers und entgegenstehenden überwiegenden, schutzwürdigen Belangen des Betroffenen abgewogen wird, kann zu einem Einfallstor einer offenen Abwägung werden, wenn „rechtliches Interesse“ hier entgegen der Tradition und unter Berufung auf das demokratische Anliegen des Gesetzes weit verstanden wird. Im überkommenen Kontext begrenzt das Tatbestandsmerkmal den Kreis der Anspruchsberechtigten jedoch gegenüber dem des bloß „berechtigten Interesses“, vgl. *D. Grünwald* in: Obermayer (Hrsg.) *VwVfG*, 3. Aufl. 1999, § 29 Rn. 13.

<sup>62</sup> Man beschränkt sich weitgehend auf beschwichtigende Formeln wie die Rede von Datenschutz und -zugang als zwei Seiten einer Medaille, vgl. zum Terminus „Kehrseite der Medaille“ die Darstellung bei *P. Gola* *Zwei Jahre neues Bundesdatenschutzgesetz – Zur Entwicklung des Datenschutzrechts seit 1991*, *NJW* 1993, 3109, 3111. In allgemeiner Weise, d.h. ohne Fokussierung des Zentralproblems der Zweckbindung, wird das Verhältnis von Datenschutz und Informationsfreiheit selbstverständlich immer wieder thematisiert, vgl. *Angelov* *Grundlagen* (Fn. 1); *A. Dix* *Bedroht der Datenschutz die Informationsfreiheit? Anmerkungen zu einem heraufziehenden europäischen Konflikt*, in: *Bizer/Lutterbeck/Rieß* (Hrsg.) *Umbruch* (Fn. 45), 169 ff.; *H. Burkert* *Informationszugang und Datenschutz*, in: *Sokol* (Hrsg.) *Neue Instrumente im Datenschutz*, 1999, 68 ff.; *Der Hessische Datenschutzbeauftragte* 14. Tätigkeitsbericht, 1986, 165; *H.-U. Gallwas* *Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit*, *NJW* 1992, 2785; *O. Höffe* *Daten- und Persönlichkeitsschutz im Zeitalter der Globalisierung. Philosophische Bausteine für eine interkulturelle Begründung*, in: *Bizer/Lutterbeck/Rieß* (Hrsg.), 257 ff.; *Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz* 25./26. 10. 1999, Dokumentation, 2000; *B. Sokol* *Datenschutz und Informationszugang*, in: *Bäumler* (Hrsg.) *Der neue Datenschutz – Datenschutz in der Informationsgesellschaft von morgen*, 1998, 35, 37 ff.; *dies.* *Datenschutz versus Informationszugang?*, *DuD* 1997, 380; *dies.* *Brennpunkte des Datenschutzes*, in: *Roßnagel* (Hrsg.) *Handbuch* (Fn. 30), 1803 ff.; *Simitis* *Amtshilfe* (Fn. 47).

<sup>63</sup> Zur Neukonzeption des Datenschutzes und dem Recht der informationellen Selbstbestimmung *M. Albers* *Zur Neukonzeption des grundrechtlichen „Daten“ schutzes*, in: *Haratsch/Kugelmann/Repkewitz* (Hrsg.) *Herausforderungen* (Fn. 45), 113; *dies.* *Analyse und Neukonzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*, 2004 (im Erscheinen); *Gallwas* *Konflikt* (Fn. 62); *Gurlit* *Konturen* (Fn. 16), 1122; *W. Hoffmann-*

zu bestimmten Zwecken erhoben und übermittelt werden.<sup>64</sup> Jede Änderung des Zwecks wider Willens bedarf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Festlegung des neuen Zwecks, der dann seinerseits für die Verarbeitung verbindlich ist. Geschützt werden nicht Daten, sondern Informationszusammenhänge.<sup>65</sup> Ein pauschales Datenzugangsrecht hebt dieses Prinzip auf. Wenn alle Daten der Verwaltung unabhängig von Bezug und Zweck jedermann grundsätzlich zugänglich sind, zerfällt die Zweckbindung. Die Konzepte sind damit schon vom Grundsatz her unvereinbar: So wie Datenschutz informationsbezogen ist, ist Informations-

---

*Riem* Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 1998, 513, 519 ff.; *Kloepfer* Informationsrecht (Fn. 3), § 3 Rn. 48 ff.; *Masing* Untersuchungen (Fn. 16), 132 ff.; *A. Roßnagel/A. Pfitzmann/H. Garstka* Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001, 46 ff.; *S. Simitis/G. Fückner* Informationelle Selbstbestimmung und „staatliches Geheimhaltungsinteresse“, NJW 1990, 2713; *W. Schulz* Verfassungsrechtlicher Datenschutzauftrag in der Informationsgesellschaft, Die Verwaltung 1999, 137 ff.; *S. Simitis* Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 394; *M.-T. Tinnefeld* Allgemeiner Datenschutz, in: Roßnagel (Hrsg.) Handbuch (Fn. 30), 485 ff.; *dies.* Die Novellierung des BDSG im Zeichen des Gemeinschaftsrechts, NJW 2001, 3078, 3079; *H.-H. Trute* Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.) Handbuch (Fn. 30), 156, 158 ff.; *U. Vultejus* Informationelle Selbstbestimmung auch bei Genen, ZRP 2002, 70 ff.; *Weichert* Ökonomisierung (Fn. 46); *F. v. Zezschwitz* Konzept der normativen Zweckbegrenzung, in: Roßnagel (Hrsg.) Handbuch (Fn. 30), 219, 223.

<sup>64</sup> BVerfGE 65, 1; vgl. zur Zweckbindung *H.-H. Schild* Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung, in: Roßnagel (Hrsg.) Handbuch (Fn. 30), 501, 503 ff.; *K. Globig* Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung im öffentlichen Bereich, in: ebd., 627, 653 ff.; *I. Fritsche* Datenschutz im öffentlichrechtlichen Bereich, LKV 1991, 81, 83; *H. Bäuml*er Datenschutz für Ausländer, NVwZ 1995, 239, 240; *U. Dammann* Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NVwZ 1991, 640, 642; *C. Heckel* Behördeninterne Geheimhaltung. Ein Beitrag zum amtsinternen Datenaustausch, NVwZ 1994, 224, 226; *A. Roßnagel* Die fortgeschrittene elektronische Signatur, MMR 2003, 164, 168; *A. Roßnagel/A. Pfitzmann/H. Garstka* Modernisierung des Datenschutzrechts, DuD 2001, 253, 259 ff.; *J. Schneider* Datenschutz und Neue Medien, NJW 1984, 390, 396 ff.; *Simitis* Selbstbestimmung (Fn. 63), 402; *ders.* Amtshilfe (Fn. 47), 2795, 2799; *ders.* Datenschutz (Fn. 55); *T. Weichert* Datenschutzstrafrecht – ein zahnlöser Tiger?, NSZ 1999, 490, 491; *v. Zezschwitz* Konzept (Fn. 63), 229 ff.

<sup>65</sup> Zur Unterscheidung von Daten und Informationen vgl. *Albers* Analyse (Fn. 63), I. Teil, 2. Kap. A. I., II.; *dies.* Information (Fn. 55), 74; *Kloepfer* Informationsrecht (Fn. 3), § 1 Rn. 58 ff.; *Simitis* Amtshilfe (Fn. 47), 2799; *Schoch* Rahmenbedingungen (Fn. 45), 167; *Steinmüller* Informationstechnologie (Fn. 45), 189 ff., 211 ff.; *Sieber* Informationsrecht (Fn. 46), 2574; *H.-H. Trute* Der Schutz personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft, JZ 1998, 822; anders aber § 3 Abs. 2 UIG, welcher Information mit jedem gespeicherten Datum gleichsetzt. Zur Unterscheidung zwischen Daten und Informationen s.a. *Scherzberg* Verwaltung (Fn. 47), 199.



freiheit datenbezogen. Ihr Ziel ist nicht die zweckgebundene, sondern die zweckfreie Verarbeitung der Daten. Als neukombinierbarer Rohstoff<sup>66</sup> wird ihre Nutzung in die Kreativität der Freiheit entlassen.<sup>67</sup> Allenfalls lässt sich diese dann punktuell begrenzen. Als Vorbild ist an Frankreich zu denken, das eine kommerzielle Nutzung verbietet.<sup>68</sup> Jedoch liegt schon herein eine Relativierung auch der Anliegen der Informationsfreiheit.<sup>69</sup> Jedenfalls begründet dies keine durch Zweckbindungen strukturierte, vorhersehbare Datenverarbeitung.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Z.T. wird er auch als vierter Produktionsfaktor – neben Kapital, Arbeit und Boden – bezeichnet; vgl. dazu sowie zur Bezeichnung als „Rohstoff“ A. Büllesbach Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1991, 2593, 2594; A. Fisahn Ein unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code, ZRP 2001, 49, 51; O. Hauf Die Informationsgesellschaft, 1996, 31 f.; Pitschas Verwaltungsrecht (Fn. 55), 234; Schoch Rahmenbedingungen (Fn. 45), 168; H. Spinner Die Wissensordnung – Ein Leitkonzept für die dritte Grundordnung des Informationszeitalters, 1994, 19; Wiebe Information (Fn. 46), 233 f.

<sup>67</sup> Sind die Daten einmal frei zugänglich, unterliegen Beschränkungen ihrer Nutzung im Übrigen auch verfassungsrechtlich engeren Grenzen, insbesondere aus Art. 5 und Art. 12 GG. Der Schutzbereich der Informationsfreiheit garantiert nicht nur die Unterrichtung für den Augenblick, sondern gewährleistet als Grundlage für die freie Meinungsbildung auch das Speichern und Aufbereiten der Informationen außerhalb des Gedächtnisses; vgl. Schulze-Fielitz (Fn. 1), Art. 5 I, II GG Rn. 62; Starck (Fn. 1), Art. 5 I, II Rn. 50; W. Hoffmann-Riem in: Wassermann u. a. (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, 3. Aufl. 2001, Art. 5 Rn. 108. Die Übermittlung der Daten wird freilich nicht durch die Informationsfreiheit, sondern durch die Meinungsäußerungsfreiheit (u. a. Freiheitsrechte) geschützt.

<sup>68</sup> Art. 10 Gesetz N° 78–753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, Journal Officiel v. 18. 7. 1978, zuletzt geändert durch Gesetz N° 2000–321 v. 12. 4. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, Journal Officiel v. 13. 4. 2000; vgl. allgemein zur Rechtslage in Frankreich C. Grewe Transparenz, Informationszugang und Datenschutz in Frankreich, DÖV 2002, 1022.

<sup>69</sup> Hart/Weixel Informationsfreiheit (Fn. 55), 10, 12.

<sup>70</sup> Die Zweckbindungen unmittelbar zwischen den Behörden selbst würden durch ein Jedermannsrecht formal freilich nicht berührt. Auch sie lassen sich im Ergebnis dann aber kaum aufrechterhalten: Schon rechtlich lassen sich die Daten weitgehend durch Dritte auch in Verwaltungsverfahren einführen. Im Übrigen dürfte eine Abschottung jedenfalls faktisch eine Illusion sein. In Frankreich steht das Datenzugangsrecht denn auch von vornherein auch Amtsträgern zu. Dabei wird unterschieden zwischen Behörden desselben und Behörden unterschiedlicher Rechtsträger: Nach ständiger Entscheidungspraxis der CADA besteht das Datenzugangsrecht im Rahmen des Gesetzes N° 78–753 v. 17. 7. 1978 nur zwischen Behörden unterschiedlicher Rechtsträger, Behörden desselben Rechtsträgers können sich nur im Wege der Amtshilfe behelfen, vgl. Commission d'accès aux documents administratifs (ed.) Guide de l'accès aux documents administratifs, 1997, 46; ebenso J.-Y. Vincent Accès aux documents administratifs. Régime général. Loi du 17 juillet 1978, Erläuterung Nr. 36; Winter Akteneinsicht (Fn. 3), 184.

Aus dem Dilemma hilft auch die Abwägung nicht heraus. Denn welches Offenbarungsinteresse soll mit dem Schutz der personenbezogenen Daten abgewogen werden, wenn es doch auf ein individuelles Interesse für den Datenzugang weitgehend nicht ankommen soll? Und welches Offenbarungsinteresse hat welche Valenz? Überwiegt den Privatschutz – wie in Berlin – nur ein politisches Mitwirkungsinteresse,<sup>71</sup> oder umgekehrt – wie in Schleswig-Holstein – nur ein rechtlich geschütztes Privatinteresse?<sup>72</sup> Mit welchen künftig denkbaren Verknüpfungen dieser Daten nach ihrer Herausgabe soll abgewogen werden? Wie auch immer diese Fragen beantwortet werden: Datenschutzrechtlich hinreichende Zweckfestlegungen ergeben sich aus solchen Formeln jedenfalls nicht.<sup>73</sup>

---

Nutzungsbeschränkungen der Bürger sind, zumal unter den Bedingungen der Vernetzung, überdies kaum kontrollierbar, vgl. *Commission d'accès aux documents administratifs* (ed.) ebd., 183f. sowie *Vincent Accès* (Fn. 70), Erläuterung Nr. 8.

<sup>71</sup> § 6 Abs. 1 iVm § 1 IFG-B; zu den Schwierigkeiten der praktischen Umsetzung vgl. *Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit* Jahresbericht 2000, 52ff., LT-Drs. 14/1328; Jahresbericht 2001, 154ff., LT-Drs. 15/591; Jahresbericht 2002, 164ff., LT-Drs. 15/1757 (jeweils abrufbar unter <http://www.datenschutz-berlin.de/infomat/download.htm#tb>; Stand: 11. 9. 2003).

<sup>72</sup> § 12 Abs. 1 Nr. 4 IFG-SH; vgl. *Landesbeauftragter für den Datenschutz des Landes Schleswig-Holstein* 23. Tätigkeitsbericht 2001, LT-Drs. 15/870, Kap. 12; 24. Tätigkeitsbericht 2002, LT-Drs. 15/1700, Kap. 13; 25. Tätigkeitsbericht 2003, LT-Drs. 15/2535, Kap. 13 (jeweils abrufbar unter <http://www.datenschutzzentrum.de/material/tb/index.htm>; Stand: 11. 9. 2003). Ebenso § 9 Abs. 1 lit. e IFG-NRW.

<sup>73</sup> Versteht man Abwägung als individuelle Abwägung, so wird man den Verzicht auf den Nachweis eines individuellen Interesses dahingehend uminterpretieren müssen, dass zwar kein bestimmtes Interesse gegeben sein muss, die Benennung des konkreten Interesses aber doch zumindest eine Obliegenheit ist. Der Ausgangspunkt, dass es keines Interesses bedürfe, meint dann genauer, dass alle Interessen zwar grundsätzlich, nicht aber gleichwertig anspruchsbegründend sind. Nicht nur von der Struktur der Norm, sondern auch angesichts der Unkontrollierbarkeit der tatsächlichen späteren Datenverwendung ist dies wenig befriedigend. Die amerikanische Rechtsprechung ist deshalb – wenngleich mit Brüchen – dazu übergegangen, nicht mehr auf das konkrete Offenlegungsinteresse des Antragstellers abzustellen, sondern die Abwägung generalisiert zwischen dem Offenbarungsinteresse der Allgemeinheit als solcher und dem Privatinteresse vorzunehmen. Die Neuorientierung der Rechtsprechung fand ihren Ursprung in der Grundsatzentscheidung des U.S. Supreme Court in *U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 U.S. 749, 750, 772 (Urteil v. 22. 3. 1989); dazu *S.E. Wilborn* *Developments under the Freedom of Information Act*, *Duke Law Journal* 1990, 1113, 1124ff.; *G. Dickinson* *The Supreme Court's narrow Reading of the Public Interest served by the Freedom of Information Act*, *University of Cincinnati Law Review* 59 (1990), 191, 202ff. Das ist konsequent, zeigt aber umso deutlicher, dass die Spannung zwischen dem Offenbarungsinteresse der Allgemeinheit und dem Schutz personenbezogener Daten gesetzlich gerade nicht bewältigt ist.

Auch die Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses für personenbezogene Daten ändert daran nichts. Freilich, sie straft den emphatisch proklamierten Grundsatz<sup>74</sup> der Aktenöffentlichkeit als materielle Regel Lügen: Ein Großteil der Aktenbestände etwa der Gesundheits-, Arbeits-, und Finanzverwaltungen, der Polizei, Ausländerbehörden, Schulen oder Universitäten wird so sogleich wieder ausgenommen. Bei Vorbehalt einer tatbestandlich offenen Abwägung bleibt aber doch alles offen: Sollen Bürgergruppen Einzelmaßnahmen nicht nur der Umwelt- sondern auch der Sozialhilfebehörden kritisch begleiten? In Frankreich sind die Namen der Studenten je nach Fakultät zugänglich,<sup>75</sup> in Schweden die Steuerbescheide,<sup>76</sup> in den USA die Namen von Gefängnisinsassen<sup>77</sup> – wie viel Öffentlichkeit ist gewollt?

Ein Datenzugangsrecht, das tatbestandlich unbegrenzt auch den Zugriff auf personenbezogene Daten offen hält, ist nicht nur unberechenbar. Es widerspricht überdies den Reformbemühungen um ein modernes Datenschutzrecht. Hier zielt alles darauf, solche Daten im Datenverkehr

<sup>74</sup> *Scherzberg* Freedom (Fn. 11), 737; *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 55), 102ff.

<sup>75</sup> Entscheidung der CADA avis N° 19952475 „Doyen de la faculté de médecine de Montpellier“ v. 12. 10. 1995 (Die Adressen werden dabei freilich nicht herausgegeben).

<sup>76</sup> In Schweden sind Informationen über die Höhe des zu versteuernden Einkommens und die sich daraus ergebende Steuerlast öffentlich zugänglich; dies ergibt sich aus Kap. 2 Art. 1 Tryckfrihetsförordningen (Druckfreiheitsverordnung) v. 5. 4. 1949, SFS Nr. 1949:105, zuletzt geändert durch Gesetz SFS Nr. 2002:1049, vgl. Fn. 27; iVm Kap. 9 Art. 1–3 Sekretesslagen (Geheimhaltungsgesetz) v. 20. 3. 1980, SFS Nr. 1980:100, zuletzt geändert zum 1. 1. 2004 durch Gesetz SFS Nr. 2003:461 (der Originaltext ist abrufbar unter <http://www.riksdagen.se/debatt/sfst/index.asp> [nach Eingabe der SFS-Nr. 1980:100 in die Suchmaske erscheint der aktuelle Volltext]; eine englische Fassung findet sich – leider nur auszugsweise und auf dem Stand von 1986 – bei *Askelöf/Heurgren* Akteneinsicht [Fn. 3], 505); und Kap. 2 Art. 5 Lagen om behandling av uppgifter i skatteförvaltningens beskattningsverksamhet (Gesetz über den Umgang der Steuerbehörden mit Steuerinformationen) v. 19. 4. 2001, SFS Nr. 2001:181, zuletzt geändert zum 1. 1. 2003 durch Gesetz SFS Nr. 2002:431.

<sup>77</sup> Auf Bundesebene bietet das U.S. Federal Bureau of Prisons auf seiner Homepage (abrufbar unter <http://www.bop.gov>; Stand: 12. 9. 2003) die Möglichkeit, Insassen von Bundesgefängnissen ausfindig zu machen, wobei die Suchergebnisse über Alter, Hautfarbe, Geschlecht und Datum der Entlassung bzw. Adresse der Vollzugsanstalt und voraussichtlichem Datum der Entlassung informieren. Ähnliche Dienste bieten auch viele der U.S. Bundesstaaten, wobei sich diese im Umfang der zugänglichen Informationen stark unterscheiden. So informiert der Gefangenensuchdienst des Staates Florida auf seiner Homepage (abrufbar unter <http://www.dc.state.fl.us/AppCommon>; Stand: 12. 9. 2003) über Rasse, Geschlecht, Haar- und Augenfarbe, Größe, Gewicht, Geburtsdatum, Vollzugsanstalt, Aliasnamen, Narben, Tattoos, Vorstrafen und Aufenthaltsadresse nach Entlassung. Darüber hinaus sind Bilder der (Ex-) Strafgefangenen frei zugänglich.

möglichst zu vermeiden.<sup>78</sup> Man fordert Pseudonymisierung, Anonymisierung, *privacy enhancing technologies*, Zertifizierungen, Verschlüsselungen, generell: Datensparsamkeit. Dies folgt der Einsicht, dass unter den Bedingungen internationaler Netze ein Schutz von einmal in Umlauf geratenen Daten kaum mehr möglich ist. Firmen wie *ChoicePoint Inc.*, die mit über 4000 Mitarbeitern und steigenden Aktien weltweit nichts als Daten sammeln und vermarkten,<sup>79</sup> beweisen die Relevanz dieser Einsicht. Ein Gesetz, das in dieser Lage die Offenlegung personenbezogener Verwaltungsdaten allgemein und ununterschieden als Einzelabwägung regelt, ist – im Jargon – unterkomplex.

c) *Das Problem der Effektivität der Verwaltung*

Der zweite Konfliktbereich ist die Effektivität der Verwaltung. Die einst mitreißende Euphorie der Aufklärung, die Öffentlichkeit und Vernünftigkeit des Verwaltungshandelns in eins setzte, ist uns in der Mediengesellschaft nicht mehr möglich.<sup>80</sup> Öffentliche Kommunikation ist nicht der herrschaftsfreie Diskurs der Vernünftigen, sondern wird durch medienbedingte Selektionskriterien, Darstell- und Vermittelbarkeitsgrenzen,

<sup>78</sup> So nun auch ausdrücklich § 3a BDSG; *Kloepfer* Technologien (Fn. 55), D 87f.; *J. Bizer* in: *Roßnagel* (Hrsg.) *Recht der Multimedia-Dienste*, Losebl. (Stand: 2000), § 3 Rn. 96ff.; *Roßnagel/Pfützmann/Garstka* *Modernisierung* (Fn. 63), 35ff.; *A. Dix* *Zehn Jahre Brandenburgisches Datenschutzgesetz – Von der informationellen Bevormundung zur informationellen Selbstbestimmung*, LKV 2002, 153, 157; *P. Gola/C. Klug* *Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2000/2001*, NJW 2001, 3747, 3748; *Kloepfer* *Informationsrecht* (Fn. 3), § 8 Rn. 73, § 13 Rn. 56; *A. Roßnagel/P. Scholz* *Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität – Rechtsfolgen der Verwendung anonymer und pseudonymer Daten*, MMR 2000, 721; *Tinnefeld* *Datenschutz* (Fn. 63), 485f.; *dies.* *Novellierung* (Fn. 63), 3079f.

<sup>79</sup> Ein Bericht (*M. Streitz* *Big Brother Inc., die Gewinnmaschine*) u.a. zu *ChoicePoint Inc. v. 7. 5. 2003* findet sich bei Spiegel Online abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,247596,00.html> (Stand: 2. 10. 2003); zum aktuell anhängigen Rechtsstreit gegen *ChoicePoint Inc.* und *LexisNexis* vgl. <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1056139884864> (Stand: 2. 10. 2003). Vgl. auch *S. Simitis* *Diskussionsbeitrag, Verhdlg. des 62. DJT 1998*, M 176, der auf die Zahl von 1000 einschlägigen Unternehmen und die Verarbeitung von Daten von 150 Mio. Personen innerhalb von 24 Stunden verweist; *D. J. Solove* *Access and Aggregation: Public Records, Privacy and the Constitution*, *Minnesota Law Review*, June 2002; *ders.* *Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy*, *California Law Review*, July 2002.

<sup>80</sup> *Vesting* *Rundfunkrecht* (Fn. 43), 74ff. Vgl. allgemein *J. Habermas* *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1962), 225ff., 275ff., einschränkend *Einleitung*, 1990, 27ff.; *ders.* *Faktizität und Geltung*, 3. Aufl. 1993, 435ff.; s.a. bereits *C. Schmitt* *Verfassungslehre* (1928), 1954, 208f., der gültige Repräsentation von Öffentlichkeit abhängig macht und dies gegen den Parlamentarismus selbst wendet.

Unterhaltungswert und psychologische Faktoren bestimmt.<sup>81</sup> Sie ist strukturbedingt entdifferenziert und hochgradig irrational. Auch wenn Datenzugang zunächst Sachinformationen induziert, erhalten diese ihr Gewicht erst auf dem Markt der öffentlichen Meinungen. Und dieser hat das Problem eines jeden Marktes: Die Marktgewichte sind verschieden – auch in der Frage, wer öffentliche Meinung mobilisieren und Daten nutzen kann.<sup>82</sup>

Verwaltungsöffentlichkeit braucht deshalb Grenzen – und hierzu gibt es vielfältige, auch differenzierte Vorschläge.<sup>83</sup> Einigkeit besteht über Eck-

<sup>81</sup> Aus der juristischen Literatur *Vesting* Rundfunkrecht (Fn. 43), 193ff.; *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 178ff., jeweils mit Nachweisen aus den Nachbardisziplinen. Vgl. *Habermas* Faktizität (Fn. 80), 455ff.

<sup>82</sup> *F. Neidhardt* Die Rolle des Publikums – Anmerkungen zur Soziologie politischer Öffentlichkeit, FS Mayntz, 1994, 315, 322f.; *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 183ff.; vgl. auch *V. Boehme-Neßler* Recht als Theater? – Auswirkungen der Fernsehkultur auf das Recht, ZRP 2003, 125, 127.

<sup>83</sup> Das UIG, die IFG der Länder (vgl. Fn. 58) sowie die aktuellen IFG-Entwürfe (vgl. Fn. 55, 56) enthalten Regelungen zum Schutz öffentlicher Belange, der Rechtsdurchsetzung und des behördlichen Entscheidungsbildungsprozesses in unterschiedlicher Art und Ausführlichkeit. Insbesondere sind diese auch in Hinblick auf das der Verwaltung jeweils eingeräumte Ermessen verschieden ausgestaltet. Überblickartig dargestellt betreffen diese Regelungen – vorbehaltlich von Unterschieden im Einzelnen – insbesondere folgende Aspekte: Es besteht kein Anspruch auf Zugang zu Akten, die eine Behörde zur Durchführung eines Gerichtsverfahrens, eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, eines Disziplinarverfahrens oder eines ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfahrens verwendet (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 UIG; § 4 Abs. 1 Nr. 5 AIG-Bbg; § 9 Abs. 1 S. 2 IFG-B; § 9 Nr. 2, 3 IFG-SH; § 6 lit. b IFG-NRW; § 3 Nr. 4 IFG-Referentenentwurf des BMI [Fn. 56]; § 5 Nr. 2 IFG-ProfE [Fn. 55]). Der Antrag auf Aktenzugang ist zu versagen, wenn durch das Bekanntwerden des Akteninhalts Angaben und Mitteilungen öffentlicher Stellen, die nicht dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes unterfallen, ohne deren Zustimmung offenbart würden (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 AIG-Bbg; § 10 Abs. 3 Nr. 2 IFG-B; § 6 lit. c IFG-NRW; § 3 Nr. 5 IFG-Referentenentwurf des BMI [Fn. 56]; § 5 Nr. 3 IFG-ProfE [Fn. 55]). Der Aktenzugang wird versagt, wenn das Bekanntwerden der Information die Funktionsfähigkeit der Exekutive beeinträchtigt (§ 4 Abs. 2 Nr. 4 AIG-Bbg; § 10 Abs. 5 IFG-SH; § 7 Abs. 2 lit. b IFG-NRW; § 6 Abs. 3 Nr. 3 IFG-ProfE [Fn. 55]). Dem Informationsfreiheitsgesuch wird nicht entsprochen, soweit sich der Inhalt der Akten auf den Prozess der Willensbildung innerhalb von und zwischen Behörden bezieht (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 AIG-Bbg; § 10 Abs. 4 IFG-B; § 7 Abs. 2 lit. a IFG-NRW). Zu Informationen aus einem laufenden Verwaltungsverfahren ist kein Zugang zu gewähren; davon ausgenommen sind Ergebnisse von Beweiserhebungen, Gutachten und Stellungnahmen von dritter Seite (§ 10 Abs. 1 IFG-B; § 10 Abs. 1, 2 IFG-SH; § 4 Nr. 1 IFG-Referentenentwurf des BMI [Fn. 56]). Der Aktenzugang wird versagt, wenn sich der Antrag auf Offenbarung noch nicht abgeschlossener Schriftstücke bezieht (§ 7 Abs. 2 UIG; § 4 Abs. 2 Nr. 3 AIG-Bbg; § 6 Abs. 3 Nr. 2 IFG-ProfE [Fn. 55]). Vorentwürfe und Notizen sind nicht zu offenbaren (§ 10 Abs. 3 IFG-SH; § 7 Abs. 2 lit. c IFG-NRW; § 6 Abs. 1 Nr. 2 IFG-ProfE [Fn. 55]). Der Antrag auf Aktenzugang ist abzulehnen, wenn sich der Inhalt der Akten auf Beratungen der Landes-

punkte wie die Nichtöffentlichkeit von förmlichen Ermittlungsverfahren des Straf-, Ordnungswidrigkeiten- und Disziplinarrechts oder Staatsgeheimnissen.<sup>84</sup> Zentrale andere Fragen aber sind ungeklärt. Erstreckt sich die Öffentlichkeit auch auf laufende Verfahren, werden also alle Verwaltungsverfahren zu hinkend öffentlichen<sup>85</sup> („hinkend“: weil die Öffentlichkeit hier von privater Initiative abhängt)? Gibt es einen Schutz der internen Willensbildung und wirkt dieser auch gegenüber späteren Einsichtsbegehren?<sup>86</sup> Auch hier besteht die Gefahr von Formelkompro-

---

regierung oder Arbeiten zu ihrer Vorbereitung bezieht (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 AIG-Bbg; § 10 Abs. 3 Nr. 1 IFG-B). Es besteht keine Offenbarungsverpflichtung, wenn ein Antrag missbräuchlich gestellt wird, insbesondere, wenn der Antragsteller über die begehrten Daten bereits verfügt (§ 7 Abs. 3 UIG; § 6 Abs. 2 IFG-ProfE [Fn. 55]). Dem Antrag auf Akteneinsicht ist nicht zu entsprechen, wenn er sich auf Offenbarung noch nicht aufbereiteter Daten bezieht (§ 7 Abs. 2 UIG; § 6 Abs. 3 Nr. 2 IFG-ProfE [Fn. 55]). Zu verwaltungsinernen Mitteilungen ist kein Zugang zu gewähren (§ 7 Abs. 2 UIG).

<sup>84</sup> Zum Schutz von Staatsgeheimnissen vgl. § 3 Nr. 1 IFG-Referentenentwurf des BMI (Fn. 56); § 5 Nr. 1 IFG-ProfE (Fn. 55). Auch die Informationsfreiheitsgesetze verschiedener Bundesländer enthalten entsprechende Vorschriften, so § 4 Abs. 1 Nr. 1 AIG-Bbg; § 11 IFG-B; § 9 Nr. 1 IFG-SH; § 6 lit. a IFG-NRW. Im geltenden Recht vgl. § 93 ff. StGB, § 96 StPO, § 29 Abs. 2 VwVfG. Entsprechend sind die Stimmen der Literatur: vgl. nur *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 231 ff.; *Schoch* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 1), 164; *ders./Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 55), 84f.

<sup>85</sup> Der Schutz noch nicht abgeschlossener Verwaltungsverfahren kommt – mit unterschiedlicher inhaltlicher Reichweite – insbesondere in den folgenden Vorschriften zum Ausdruck: § 7 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UIG; § 4 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 Nr. 3 AIG-Bbg; § 10 Abs. 1 IFG-B; § 9 Nr. 2, 3, § 10 Abs. 1 IFG-SH; § 6 lit. b, § 7 Abs. 1 IFG-NRW; § 4 Nr. 1 IFG-Referentenentwurf des BMI (Fn. 56); § 5 Nr. 2, § 6 Abs. 3 Nr. 2 IFG-ProfE (Fn. 55). Daneben enthalten die Landesgesetze sowie die Entwürfe für ein Bundesgesetz noch generelle Vorschriften zum Verhältnis zu den bisherigen Aktenzugangsregelungen (§ 2 Abs. 5 AIG-Bbg; § 4a VwVfG-B [eingefügt durch § 19 Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin v. 15. 10. 1999, GVBl 1999, 561, 564]; § 17 IFG-SH; § 4 Abs. 2 S. 1 IFG-NRW; § 1 Abs. 3 IFG-Referentenentwurf des BMI [Fn. 56]; § 3 Abs. 4 IFG-ProfE [Fn. 55]). Soweit diese einen Datenzugang für laufende Verfahren ausschließen sollen, wird dieses z. T. als vorläufige Zurückhaltung verstanden, der spätere Änderungen zu folgen haben (so *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz [Fn. 55], 70f.). Zum Teil sind die Regelungen undeutlich: Die Vorschriften können dergestalt ausgelegt werden, dass sich der Aktenzugang Verfahrensbeteiligter in laufenden Verwaltungsverfahren nach den jeweiligen speziellen Verfahrensregelungen richtet, daneben jedoch weiterhin ein Akteneinsichtsrecht Nichtbeteiligter vorbehaltlich der Ausnahmetatbestände der Informationsfreiheitsgesetze besteht.

<sup>86</sup> § 10 Abs. 6 IFG-SH ordnet an, dass aufgrund von Abs. 1 (laufende Verfahren) und 4 (Protokolle vertraulicher Beratungen) vorenthaltene Informationen spätestens nach Abschluss des jeweiligen Verfahrens zugänglich zu machen sind. Hinsichtlich Abs. 4 gilt dies jedoch nur für Ergebnisprotokolle. Eine ähnliche Regelung findet sich in § 7 Abs. 1, 3 IFG-NRW. Das UIG, das AIG-Bbg und das IFG-B sowie der IFG-Referentenentwurf des

missen, die Konfliktlinien zudecken statt lösen. Ein Vorbehalt der Nicht-öffentlichkeit, wenn die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung erheblich beeinträchtigt wird,<sup>87</sup> ist eine leere Chiffre. Und der Verschluss von Akten, die „den Prozess der Willensbildung innerhalb von und zwischen den Behörden“ betreffen (so in Berlin),<sup>88</sup> ermöglicht es, das Transparenzprinzip selbst zurückzunehmen. Der Umfang der Öffentlichkeit bleibt so unentschieden.

d) *Inkurs: Amerikanische und kontinentaleuropäische Gesetzgebungstradition*

Ich möchte hier für einen Moment die Ebene wechseln. Es öffnet sich damit der Blick auf eine tiefere Dimension: die abnehmende Steuerungsfähigkeit materieller Gesetze. In der Ausgestaltung des Datenzugangs spiegelt sich das Problem, das er lösen soll: Öffentlichkeit soll die geschwundene Steuerungskraft der Gesetze kompensieren. Doch findet nun schon das Gesetz über die Öffentlichkeit selbst kaum mehr zu gehaltvollen Bestimmungen.<sup>89</sup> Die normative Offenheit, in die die Öffentlichkeit einspringen soll, erfasst so die die Öffentlichkeit gewährenden Normen selbst. Hierin liegt eine Anfrage an die Leistungsfähigkeit inhaltlich-systematischer Gesetzgebung in der Differenziertheit moderner Gesellschaften überhaupt – ein Problem, das von der Grundrechtsdogmatik bis hin zum Regulierungsverwaltungsrecht auch sonst virulenter ist, als wir uns bewusst machen.

Nicht zufällig liegt das Vorbild der diskutierten Regelungen im *Freedom of Information Act* der USA. Dieser aber versteht sich von vornherein nicht als systematisch-konfliktaufbereitende Grundlegung. Als *statute* in der *common law*-Tradition ist es problemorientierter Anstoß zur Entwicklung einer allgemeinen Idee durch die Rechtsprechung – *case by case*.<sup>90</sup>

---

BMI (Fn. 56) und der IFG-ProfE (Fn. 55) treffen hinsichtlich der Beschränkung des Umfangs der *ex-post*-Einsicht keine expliziten Regelungen.

<sup>87</sup> So geregelt in § 4 Abs. 2 Nr. 4 AIG-Bbg; § 6 Abs. 3 Nr. 3 IFG-ProfE (Fn. 55). Ähnlich § 9 Abs. 1 S. 1 IFG-B. § 10 Abs. 5 IFG-SH und § 7 Abs. 2 lit. b IFG-NRW stellen auf eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung (nur) der Landesregierung ab.

<sup>88</sup> § 10 Abs. 4 IFG-B. Ebenso § 4 Abs. 2 Nr. 1 AIG-Bbg und § 7 Abs. 2 lit. a IFG-NRW.

<sup>89</sup> Bezeichnenderweise liegt denn auch der zentrale Erfolg eines Abwägungsdatenzugangs in der Schaffung von Begründungslasten: Es wird nichts entschieden, aber auf das Ergebnis eines vernünftigen Diskurses, letztlich also auf eine quasi-verfahrensmäßige Lösung, gesetzt.

<sup>90</sup> Zur grundlegenden Bedeutung des *common law* für das amerikanische öffentliche Recht und insbesondere für das Gesetzesverständnis vgl. O. Lepsius *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997, insb. 128ff.; s. a. J. Masing *Die US-amerikanische Tradition*

Man suchte, wie es hieß, „a workable formula that encompasses, balances and appropriately protects all interests“<sup>91</sup>, kurz: eine Formel, unter die alles passt. Solch zurückgenommenes Gesetzesverständnis versteht Offenheit als Stärke. Gerade für ein Datenzugangsrecht hat ein solches Gesetzesverständnis zunächst Vorteile. Denn der Entwurf eines systematisch durchdachten Gesetzes stellt wegen der Ubiquität von Informationen vor besondere Schwierigkeiten. Das amerikanische Modell erlaubt hier den Weg des Experiments und kann kurzfristig eine große Dynamik freisetzen.<sup>92</sup> Die Adaption dieses Konzepts hat jedoch gravierende Ausfälle: Sie

---

der *Regulated Industries* und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AöR 128 (2003, im Erscheinen).

<sup>91</sup> U.S. Supreme Court in *Chrysler Corporation v. Brown*, 441 U.S. 281, 292 (Urteil v. 18. 4. 1979).

<sup>92</sup> Und entsprechend soll nun, nach dem 11. September, *case by case* manche bisherige Öffnung wieder zurückgebaut werden. Das Gesetz wird so Grundlage verschiedener konkretisierender *policies*: U.S. Präsident *Bill Clinton* erließ während seiner Amtszeit eine Anweisung an alle Bundesbehörden, bei der Anwendung des Freedom of Information Act dem Prinzip der Aktenöffentlichkeit ausreichend Rechnung zu tragen (Memorandum vom 4. 10. 1993; abrufbar unter [http://www.usdoj.gov/oip/foia\\_updates/Vol\\_XIV\\_3/page2.htm](http://www.usdoj.gov/oip/foia_updates/Vol_XIV_3/page2.htm); Stand: 15. 9. 2003). Das Memorandum des Präsidenten wurde ergänzt von einem weiteren der damaligen Justizministerin Janet Reno vom gleichen Tag (Memorandum vom 4. 10. 1993; abrufbar unter [http://www.usdoj.gov/oip/foia\\_updates/Vol\\_XIV\\_3/page3.htm](http://www.usdoj.gov/oip/foia_updates/Vol_XIV_3/page3.htm); Stand: 15. 9. 2003), in dem diese dezidierte Anwendungsratschläge zur Erreichung einer verbesserten Aktenzugänglichkeit gab. Unter anderem wurde der sog. „foreseeable harm“-Standard entwickelt. Danach ist der Aktenzugang nur dann zu verwehren, wenn dieser bei vernünftiger Betrachtungsweise eine Verletzung eines durch eine Ausnahme geschützten Interesses erwarten lässt. Unter der Präsidentschaft von *George W. Bush* erfuhr diese Entwicklung eine Wende durch das auf die Anschläge vom 11. 9. 2001 reagierende Memorandum des Justizministers John Ashcroft vom 12. 10. 2001 (abrufbar unter <http://www.usdoj.gov/oip/foiapost/2001foiapost19.htm>; Stand: 15. 9. 2003). In diesem wurde der „foreseeable harm“-Standard durch das „sound legal basis“-Prinzip abgelöst. Aktenzugang ist nunmehr nur noch nach einer umfassenden Prüfung aller in Betracht kommenden Ablehnungsgründe zu gewähren, deren Anwendung weitest möglich auszudehnen ist. Tatsächlich zeigte sich nach Erlass des Ashcroft-Memorandums, dass Informationen, die früher ohne Komplikationen zu erhalten waren, nunmehr gerichtlich erstritten werden mussten; dazu *V. Blum* *Secrecy Fights loom large for Bush – Suit over Energy Task Force just one of many Disputes*, *Legal Times*, 25 (2002), Nr. 49. Gegen diese Kehrtwende bei der Anwendung des FOIA (Fn. 4) wandte sich neben anderen das U.S. House of Representatives und widersprach in der von ihm herausgegebenen Informationsbroschüre zum FOIA (Fn. 4) ausdrücklich dem „sound legal basis“-Prinzip; vgl. *A Citizen's Guide on using the Freedom of Information Act and the Privacy Act of 1974 to request Government Records* vom 23. 6. 2003, Introduction (abrufbar unter <http://www.fas.org/sgp/foia/citizen.html>; Stand: 15. 9. 2003). Vgl. im Übrigen *M.E. Halstuk* *Shielding private Lives from prying Eyes: The escalating Conflict between constitutional Privacy and the Accountability Principle of Democracy*, *Common Law Conspicuous* 11 (2003), 71.



demontiert das Prinzip kollektiver Entscheidung, d.h. das Prinzip demokratisch verantworteter Setzung, und nimmt dem Recht seine systematische Ordnungskraft. Kritisch wird dies ohne die Einbindung in die Tradition des *case law* mit *precedents*, *stare decisis* und der großen Verehrung der Richter. Recht kann dann in ein archaisches Muster zurückfallen: Die Optimierung aller wünschenswerten Prinzipien *ad hoc* nach *common sense*. Maßstab ist nicht mehr die Norm, sondern die Wirklichkeit – der alte Fehler des Naturrechts.

Vielleicht sind letztlich beide Wege nicht nur als Alternativen zu begreifen.<sup>93</sup> Im Kontext unserer Rechtsordnung gilt es eine gehaltvolle Strukturierung des Datenzugangs zumindest aber zu versuchen – wobei gerade das den Rückgriff auf Erfahrungen im Ausland und damit eine internationale Perspektive verlangt.<sup>94</sup> Anstatt die Konflikte auf ein magisches Viereck aus Prinzipien zu abstrahieren, in dessen Zauber die Verwaltung wieder als Einheit leuchtet,<sup>95</sup> bedarf es der Differenzierung. Differenzierung meint nicht detailversessene Durchregulierung.<sup>96</sup> Gemeint ist eine absichtende Strukturierung und grundsätzliche Entscheidung zentraler

<sup>93</sup> In der Rechtswirklichkeit stehen sich diese idealtypisch so unterschiedlichen Konzepte weniger schroff gegenüber. So gehen auch in kontinentaleuropäischer Tradition viele Gesetze – man denke nur an das Verwaltungsverfahrensgesetz – auf schrittweise suchend entwickeltes Richterrecht zurück (vgl. zur Bedeutung des Richterrechts in der deutschen Rechtsordnung u.a. *G. Less* Von Wesen und Wert des Richterrechts, 1954; *H.W. Kruse* Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, in: *Recht und Staat*, Heft Nr. 396, 1971; *J. Ipsen* Richterrecht und Verfassung, 1975; *R. Wank* Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978; *F. Ossenbühl* Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988; sowie die Entscheidung BVerfGE 34, 269 „Soraya“; vgl. auch die Beiträge in *Erbguth/Masing* u.a. (Hrsg.) Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 13. Deutsch-polnisches Verwaltungskolloquium, 2004 [im Erscheinen]). Umgekehrt nimmt sich auch der amerikanische Gesetzgeber gewissen Regelungsbereichen grundsätzlich gestaltend an, wie sich gerade auch am FOIA (Fn. 4) zeigt: Seit seinem Erlass im Jahr 1966 wurde er nicht der alleinigen Auslegung durch die Gerichte überlassen, sondern bereits acht Mal geändert, darunter im Jahr 1996 die Einführung des „Electronic FOIA“, der Bestimmungen über die Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung und der Möglichkeiten des Internets enthält.

<sup>94</sup> Diesem Anspruch kann in einem Überblicksreferat wie Vorliegendem freilich nur begrenzt genügt werden.

<sup>95</sup> Zur Problematik der Einheit der Verwaltung vgl. grundlegend *B.-O. Bryde* Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, *VVDStRL* 46 (1988), 181 (bzgl. eines Informationszugangs insb. 206f.) und *G. Haverkate* ebd., 217; *W. Krebs* in: *HStR* III, 2. Aufl. 1996, § 69 Rn. 11 ff., 22; *F. Ossenbühl* Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, 260; *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 80ff.; *E. Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, *AöR* 116 (1991), 329, 365.

<sup>96</sup> Erst recht meint Differenzierung nicht eine Verschiebung des Projekts in unzählige Fachgesetze, die letztlich nichts anderes als eine Blockade wäre.

Konflikte, die dann auch Generalklauseln und tatbestandlich gebundene Einzelabwägungen tragen kann. Ziel ist nicht eine Verwässerung, sondern eine Schärfung des Datenzugangs. Demokratische Dignität hat nur ein Anspruch mit klarem Profil und verbindlicher Durchsetzungskraft – auch gegen Privatinteressen und Verwaltungsbelange.

## 2. *Thesen zu den Grundbestimmungen eines Datenzugangsrechts*

### a) *Transparenz der Verwaltung und Transparenz der Gesellschaft*

Differenzierung muss zunächst eine Entgrenzung anerkennen: Mehr Transparenz der Verwaltung heißt unvermeidbar auch mehr Transparenz der Gesellschaft. Verwaltungstransparenz ist nicht die Glasscheibe über einer Kiste autistischer Beamter, sondern in dieser Kiste, in deren Akten spiegelt sich die Gesellschaft selbst. Wie weit soll solche Publizität dann aber gehen? Genauer in Blick zu nehmen sind hierbei die bei näherer Betrachtung sehr unterschiedlichen Funktionen, die einem Datenzugang zugeordnet werden können.

#### aa) *Daten ohne Personenbezug*

*These 1: Wesentliche Kernfunktionen einer Informationsfreiheit zielen auf Daten ohne Personenbezug. Zu solchen Daten ist grundsätzlich Zugang zu gewährleisten.*

Ein Großteil der Reformanliegen sucht keine Daten mit Personenbezug. Besonders das Anliegen, Verwaltungsverantwortung demokratisch zu stärken,<sup>97</sup> verlangt grundsätzlich nur eine Offenlegung der anonymisierten Praxis bzw. allgemeiner Entscheidungsgrundlagen wie der Finanzen, nicht aber von Individualvorgängen. Der *U.S. Supreme Court* sieht in solch generalisierend-politischer Beurteilung den *central purpose* des Datenzugangs überhaupt und bestimmt von hier aus die gesamte Auslegung.<sup>98</sup> Ohne personenbezogene Daten kommt auch das Anliegen

<sup>97</sup> Aus der reichhaltigen Literatur *Schoch* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 1), 156f.; *ders./Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 55), 25ff.; *Wegener* Staat (Fn. 1), VI. A. 3.; *Nolte* Herausforderung (Fn. 3), 367; *König* Umweltinformationsgesetz (Fn. 11), 54f.; *Jestaedt* Geheimnis (Fn. 21), 216ff.

<sup>98</sup> Der U.S. Supreme Court entwickelte die *central purpose*-Doktrin in *Reporters Committee for Freedom of the Press v. Department of Justice*, 489 U.S. 749 (Urteil v. 22. 3. 1989), im Rahmen der Auslegung von 5 U.S.C.A. § 552 (b)(7)(C) FOIA (Fn. 4). Unmittelbar an die *Reporters Committee*-Entscheidung hat der Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in *National Association of Retired Federal Employees v. Horner*, 879 F.2d 873 (Urteil v. 7. 7. 1989), die Grundsätze von *Reporters Committee* auf 5 U.S.C.A. § 552 (b)(6) FOIA (Fn. 4) angewandt. Auch der Supreme Court hat bislang mehrmals klargestellt,

aus, administrative Fachkenntnisse wie Messdaten, Erhebungen oder Erfahrungswerte gesellschaftlich nutzbar zu machen.<sup>99</sup> Auch das Ziel, gemeinnützig engagierte oder fachlich interessierte Gruppen in administrativen Strategien, Schwerpunktsetzungen oder Deutungsmustern einzubinden,<sup>100</sup> braucht in der Regel keine Individualdaten. Entsprechendes gilt für die Vor- und Nachbereitung von Verwaltungskontakten außerhalb laufender Verfahren durch Offenlegung der Geschäftsverteilung und interner Abläufe, bevorstehender Entscheidungen, Zielsetzungen und Entscheidungspraxis oder des zeitlichen Horizonts von Verfahren.<sup>101</sup> Auch die überfällige Zugänglichkeit aller Verwaltungsvorschriften liegt auf dieser Ebene.<sup>102</sup> Überall hier gilt von *Welckers* große demokratische Forderung: „Das Öffentliche muss öffentlich sein“.

---

dass die grundlegenden Ausführungen in *Reporters Committee* gleichsam für 5 U.S.C.A. § 552 (b)(6) FOIA (Fn. 4) gelten; vgl. *U.S. Department of State v. Ray*, 502 U.S. 164, 177 f. (Urteil v. 16. 12. 1991); *U.S. Department of Defense v. Federal Labor Relations Authority*, 510 U.S. 487, 495 f. (Urteil v. 23. 2. 1994). Ausführlich zur *central purpose*-Doktrin *M.E. Halstuk/C.N. Davis* *The Public's Interest be damned: Lower Court Treatment of the Reporter's Committee „Central Purpose“ Reformulation*, *Administrative Law Review* 54 (2002), 983.

<sup>99</sup> Zu diesem Anliegen vgl. *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 186 ff.; *R. Pitschas* Das Informationsverwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, *Die Verwaltung* 33 (2000), 111, 124; *H. Rossen-Stadtfeld* Kontrollfunktion der Öffentlichkeit – ihre Möglichkeiten und ihre (rechtlichen) Grenzen, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Verwaltungskontrolle*, 2001, 117, 181 ff.; allgemein zum zugrunde liegenden „Wandel aller Lebensbereiche“ *Kloepfer* Informationsrecht (Fn. 3), § 1 Rn. 17 ff. In Bezug auf den Zustand der Umwelt war das ein wesentliches Anliegen des Umweltinformationsgesetzes, vgl. Erwägungsgrund 6 der dem Umweltinformationsgesetz zugrunde liegenden Richtlinie 90/313/EWG v. 7. 6. 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABIEG L 158/56; vgl. weiter *Scherzberg* Freedom (Fn. 11), 733 ff.; *Schomerus/Schrader/Wegener* Umweltinformationsgesetz (Fn. 11), § 1 Rn. 1, 3 ff. Vgl. im Übrigen die weiterführenden Nachweise in Fn. 46 f.

<sup>100</sup> Zu diesem Anliegen vgl. *Rossen-Stadtfeld* Kontrollfunktion (Fn. 99); *W. Kahl* Der europarechtlich determinierte Verfassungswandel im Kommunikations- und Informationsstaat Bundesrepublik Deutschland, in: Haratsch/Kugelmann/Repkewitz (Hrsg.) *Herausforderungen* (Fn. 45), 9, 13 ff.; *M. Kloepfer* in: HStR II, 2. Aufl. 1998, § 35 Rn. 18 f.; *A. Fisahn* Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, 211 f.; *Kugelmann* Rechtsstellung (Fn. 1), 1 f. Kritisch dazu *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 200 ff. und *Schmidt-Abmann* Verwaltungsrecht (Fn. 29), 102 f.

<sup>101</sup> Vgl. auch BVerwG, NVwZ 2003, 1114, wo ein verfassungsunmittelbarer Informationsanspruch – hier freilich auf klassische subjektive Rechte, nämlich Art. 12 Abs. 1 GG gestützt – bei staatlicher Auftragsvergabe bereits im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens bejaht wird.

<sup>102</sup> Vgl. hierzu u. a. die grundsätzlichen ablehnenden Entscheidungen BVerwGE 61, 15, 19 ff.; 61, 40, 42 ff.; zuletzt bestätigt in BVerwGE 104, 220, 224; sowie im Überblick *Kopp/*

bb) *Personenbezogene Daten*

*These 2: Personenbezogene Daten dürfen grundsätzlich nicht dem Datenzugang unterliegen. Begrenzt müssen aber auch sie zugänglich sein. Es bedarf hierfür inhaltlich bestimmter gesetzlicher Regelungen ohne tatbestandlich offenen Abwägungsvorbehalt.*

„Das Private muss privat sein“ – lautet der Kontrapunkt zu von Welckers These. Publizität muss grundsätzlich vor individualisierbaren Daten Halt machen.<sup>103</sup> Nur auf dieser Grundlage lässt sich Anschluss an den verfassungsrechtlich gebotenen Datenschutz gewinnen.<sup>104</sup> Allerdings sind

---

Ramsauer VwVfG (Fn. 6), § 40 Rn. 28 mwN; differenzierend *Ossenbühl* Verwaltungsvorschriften (Fn. 95), 159 ff., 462 ff., 502 ff.; für eine grundsätzliche Veröffentlichungspflicht *K. Lange* Innenrecht und Außenrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert (Hrsg.) Reform (Fn. 55), 307, 321 ff.; *A. Wittling* Die Publikation der Rechtsnormen einschließlich der Verwaltungsvorschriften, 1991, 269; *G. Lübke-Wolff* Der Anspruch auf Information über den Inhalt ermessensbindender Verwaltungsvorschriften, DÖV 1980, 594, 596; *C. Gusy* Die Pflicht zur Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften, DVBl 1979, 720, 724.

<sup>103</sup> Da es insoweit allein um den Schutz des Einzelnen geht, betrifft das selbstverständlich allein eine Veröffentlichung, mit der der Betroffene nicht einverstanden ist. Soweit eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt, gibt es keinen Grund mehr, die Herausgabe der entsprechenden Unterlagen zu verweigern. Wenn dies allerdings in die gesetzliche Regelung eines Datenzugangsrechts aufgenommen werden soll, so bedarf es einer Regelung, ob bzw. in welchem Umfang die Behörden verpflichtet sein sollen, die Betroffenen nach einer Einwilligung zu fragen. Bei Auskunftsanträgen, die viele Personen betreffen (z. B. eigenschaftsbezogene Namenslisten), kann dies ein erheblicher Aufwand sein. Für relevante Bereiche kann hier wiederum eine Lösung in einer entsprechenden Gestaltung schon der laufenden Datenverarbeitung selbst – dazu unten III. 1. b) – gesucht werden (z. B. Frage nach Einverständnis bei Datenerhebung für die Veröffentlichung von Studierendennamen unter Zuordnung der Fakultät etwa bei Einschreibung).

<sup>104</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Datenschutzes vgl. oben Fn. 63f. Freilich kann auch mit den hier vorgeschlagenen gesetzlich konkretisierten Öffnungstatbeständen der *informationsbezogene* Ansatz des Datenschutzes nicht gewahrt werden (siehe aber auch unten Fn. 113): Welchen Gang die einmal veröffentlichten Daten schließlich nehmen, ist kaum mehr einholbar (die amerikanische Rechtsprechung fragt dann auch längst nicht mehr, ob der Antragsteller, sondern ob die Öffentlichkeit ein Interesse an den begehrten Informationen hat; vgl. U.S. Supreme Court in *U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 U.S. 749, 750, 772 [Urteil v. 22. 3. 1989]; dazu *Wilborn* Developments [Fn. 73], 1124 ff.; *Dickinson* Supreme Court's [Fn. 73], 202 ff.). Eine gesetzlich näher definierte Öffnung enthält nur, aber doch immerhin ein *datenbezogenes* Maß. Dass insoweit dann auch Daten Privater dem freien Fluss der Daten ausgesetzt sind, muss das Datenschutzrecht der Informationsgesellschaft verarbeiten können.

damit bestimmte Funktionen, die Datenzugang erfüllen soll, nicht mehr allgemein gewährleistet. Wenn Datenzugang auch konkrete gesellschaftliche Machtverhältnisse – selbst oder in ihrem Einfluss auf die Verwaltung – transparent machen soll, müssen Ross und Reiter benannt werden. Erforderlich sind konkret-personenbezogene Daten auch, soweit Private sich als öffentliche Sachwalter in einzelne Verwaltungsverfahren einschalten können sollen,<sup>105</sup> oder soweit eine wachende Öffentlichkeit zwischen den Bürgern selbst angestrebt wird.<sup>106</sup> Ebenso legt sich die Freigabe auch von personenbezogenen Daten, etwa von Namenslisten,<sup>107</sup> nahe, soweit der Datenzugang ganz allgemein als Förderung der gesellschaftlichen, insbesondere wirtschaftlichen, Kommunikation verstanden wird.<sup>108</sup> Funktionen dieser Art sind freilich besonders problembehaftet.

<sup>105</sup> In diesem Kontext stehen insbesondere diverse Regelungen des Aktenzugangs im Umweltrecht. So dient die Beteiligung der Öffentlichkeit im Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren dem Ziel, die Informationsbasis der zuständigen Stellen zu verbessern, und trägt dadurch zu einer Effektivierung und qualitativen Verbesserung der Verwaltungsentscheidung bei; s. *J. Wagner* in: Hoppe (Hrsg.) Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPg), Kommentar, 1995, § 9 Rn. 3, 5; *W. Erbguth/A. Schink* Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, Kommentar, 2. Aufl. 1996, Einl. Rn. 18, § 9 Rn. 10; *Rossen-Stadtfeld* Kontrollfunktion (Fn. 99), 132. Entsprechend räumt etwa das Bundesnaturschutzgesetz anerkannten Naturschutzvereinen Mitwirkungsbefugnisse ein, durch die die Ausgewogenheit behördlicher Entscheidungsfindung verbessert und dem Vollzugsdefizit der Verwaltung im Bereich des Naturschutzes entgegengewirkt wird; s. *E. Gassner* in: *ders./Bendominir-Kahlo/Schmidt-Räntsch* Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2003, § 58 Rn. 2f. mwN.

<sup>106</sup> Hinsichtlich Unternehmensdaten lässt sich dies an folgenden Beispielen verdeutlichen: So veröffentlicht auf europäischer Ebene die Kommission im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften umfangreiche Informationen über die Festsetzung von Geldbußen gegen genau bezeichnete Unternehmen, denen Wettbewerbsverstöße angelastet werden (abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/>; Stand: 19. 9. 2003). Ähnliches findet sich in den USA. Die U.S. Einwanderungsbehörde veröffentlicht mehrmals im Jahr eine Liste von Firmen, denen Bußgelder wegen Beschäftigung von Ausländern ohne gültige Arbeitserlaubnis auferlegt wurden (abrufbar unter <http://www.immigration.gov/graphics/aboutus/foia/ereadm/esdefin4.htm>; Stand: 16. 9. 2003).

<sup>107</sup> So entschied etwa ein U.S. District Court in *Baltimore Sun v. U.S. Marshals Service*, 131 F.Supp.2d 725 (Urteil v. 13. 2. 2001), zugunsten der Herausgabe von Namen und Adressen von Personen, die behördlich beschlagnahmte und eingezogene Sachen erworben hatten. Hinsichtlich der Herausgabe von Namens- und Adresslisten gibt es eine Fülle von Entscheidungen in der U.S. Rechtsprechung; vgl. *U.S. Department of Justice FOIA Guide* (Fn. 28), Exemption 6, Exemption 7(C) mit zahlreichen Nachweisen gerichtlicher Entscheidungen. Vgl. auch Fn. 115.

<sup>108</sup> So jedenfalls ansatzweise *Pitschas* Selbstbestimmung (Fn. 46), 142f.; *ders.* Geben moderne Technologien und die europäische Integration Anlass, Notwendigkeit und

Sie haben ein gesteigertes Politisierungspotential und wirken unmittelbar auf die Friedensfunktion der Rechtsordnung zurück: Bürgerliche Wachsamkeit und Denunziantentum liegen eng beieinander. Richtigerweise sind sie nicht schon allgemein als Funktion des Datenzugangs anzuerkennen, sondern nur für bestimmte Bereiche. Ihre Freisetzung durch die Öffnung auch individueller Daten bedarf deshalb einer speziellen Anordnung durch Gesetz.<sup>109</sup> Erforderlich sind sachlich differenzierende, hinreichend bestimmte Regelungen zum Umfang solcher privaten Publizitätspflicht, die insbesondere auch für den Betroffenen vorhersehbar und verhältnismäßig sind.<sup>110</sup> Eine tatbestandlich offene Abwägungsklausel reicht – entgegen gängigen Vorstellungen – nicht.<sup>111</sup>

---

Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen?, in: Verhdlg. des 62. DJT, Bd. II/1 (Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse), 1998, M 9, 27 ff.

<sup>109</sup> Etwa nach dem Vorbild des § 12 Abs. 1 IFG-SH, der in Nr. 1–3 klassische Offenbarungstatbestände benennt; ebenso § 9 Abs. 1 lit. a–d IFG-NRW. Zu § 12 Abs. 1 Nr. 4 IFG-SH u. § 9 Abs. 1 lit. e IFG-NRW vgl. oben Fn. 60f.

<sup>110</sup> Zum Vorbehalt des Gesetzes in diesem speziellen Bereich schon *E. Schwan* Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsrechte, *VerwArch* 66 (1975), 120, 125f., 127 ff.; zur damit eng zusammenhängenden Frage der Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des damit verbundenen Parlamentsvorbehalts und des Bestimmtheitsgebots vgl. *Kloepfer* Informationsrecht (Fn. 3), § 3 Rn. 49; *ders.* Technologien (Fn. 55), D 1, D 48f. Sachlich steht hierhinter die Einsicht, dass materiell nicht alle personenbezogenen Daten als „privat“ und damit als schützenswert anzuerkennen sind, sondern dass es hierzu gesetzlicher Differenzierung bedarf. Zurecht betont die neuere Literatur zum Datenschutz, dass der Schutz der informationellen Selbstbestimmung nicht in schlichter Analogie zum Eigentum konstruiert werden darf; vgl. dazu *Albers* Analyse (Fn. 63), 1. Teil, 2. Kap. C. V.; 2. Teil, 3 Kap. A. I.2.; 4. Kap. A. II.2.b.); *Trute* Grundlagen (Fn. 63), 168; *ders.* Schutz (Fn. 65), 825; *Pitschas* Selbstbestimmung (Fn. 46), 146; *W. Hoffmann-Riem* Datenschutz als Schutz eines diffusen Interesses in der Risikogesellschaft, in: *Krämer/Micklitz/Tonner* (Hrsg.) Recht und diffuse Interessen in der europäischen Rechtsordnung, 1997, 779 ff.; *Simitis* Selbstbestimmung (Fn. 63), 400; aA für das U.S.-amerikanische Recht *A. Branscomb* Who owns Information?, *New York* 1994, 174 ff. mwN; zum „Eigentum“ an personenbezogenen Daten auch *Weichert* Ökonomisierung (Fn. 46), 1467.

<sup>111</sup> Formal gesehen scheint allerdings bereits die geltende Rechtslage in § 16 BDSG (und den entsprechenden Landesgesetzen) eine solche Abwägungsklausel zumindest für die Befriedigung von privaten „berechtigten Interessen“ zu enthalten. Diese Vorschriften sind jedoch bisher – was angesichts der vielfältigen Begründungsversuche der Literatur, auch schon in der gegenwärtigen Rechtslage ein Datenzugangsrecht zu finden, allerdings erstaunlich ist – nie als eigenständige Anspruchsgrundlage verstanden worden. Wegen ihrer Unbestimmtheit ist diese Zurückhaltung im Ergebnis berechtigt.

Vorzusehen<sup>112</sup> ist eine solche Öffnung<sup>113</sup> etwa für Verfahren mit gesetzlicher Öffentlichkeitsbeteiligung, deren partizipatives Konzept – soweit verfahrensmäßig erforderlich – grundsätzlich auch Publizitätspflichten der Betroffenen rechtfertigt. Wegen ihres besonderen Öffentlichkeitsbezugs sollten auch Informationen, die Immobilien betreffen, individuell zuordenbar zugänglich sein, womit nicht nur entsprechende Genehmigungsverfahren (etwa im Baurecht), sondern auch die Grundeigentumsverhältnisse transparent würden. Nach den ausländischen Vorbildern des Datenzugangs sind überdies dienstbezogene Angaben von Amtsträgern (Funktionsbeschreibung, Dienstadresse etc.) zugänglich zu machen.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Selbstverständlich sind hierbei Unterausnahmen vorzusehen. Insbesondere können besonders sensible Daten (vgl. Artikel 8 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABIEG Nr. L 281 v. 23. 11. 1995; § 3 Abs. 9 BDSG) grundsätzlich ausgenommen werden, wobei auch auf Generalklauseln zurückgegriffen werden kann. Demgegenüber darf der Schutz personenbezogener Daten nicht grundsätzlich auf solche Daten beschränkt werden: Dies würde die datenschutzrechtliche Erkenntnis ignorieren, dass es belanglose Daten nicht gibt, sondern es immer auf den Informationszusammenhang ankommt. Da die Informationsfreiheit einen solchen durch Zweckbindungen grundsätzlich nicht sicherstellt, kann der Schutz personenbezogener Daten nicht schon grundsätzlich reduziert werden (s.o. II. 1. b)).

<sup>113</sup> Neben Öffnungsklauseln, die bestimmte Daten *allgemein* zugänglich und damit – im Rahmen des allgemeinen Rechts, insbesondere auch im Rahmen eines noch zu schaffenden Datenverkehrsrechts – frei nutzbar machen, lassen sich auch Offenlegungsvorschriften denken, die der Wahrung bestimmter, näher spezifizierter Interessen *Einzelner* gelten. In solchen Fällen kann die Übermittlung der Daten mit empfängerbezogenen Nutzungsbeschränkungen verbunden werden und damit auf die im Datenschutzrecht sonst übliche Regelungstechnik informationsbezogener Maßgaben zurückgegriffen werden. Freilich bedarf auch dies eines Kontextes und einer Regelungsstrukturierung, die sicherstellt, dass mit der Beachtung solcher Maßgaben seitens des Informationsempfängers bei lebensnaher Betrachtung gerechnet werden kann und dieses rechtlich durchsetzbar ist. Der Sache nach würden solche Regelungen freilich nicht an das neue Modell der Informationsfreiheit, sondern an das tradierte Modell des begrenzten privatnützigen Datenzugangs anknüpfen.

<sup>114</sup> In den USA regelt 5 C.F.R. § 293.311, welche Daten von Bundesangestellten allgemein zugänglich sind. Darüber hinaus sind nach der U.S. Rechtsprechung zum FOIA (Fn. 4) disziplinarrechtliche Vorgänge der Allgemeinheit zu offenbaren, jedenfalls soweit diese hochgestellte Regierungsmitarbeiter betreffen und ein bewiesenes, gravierendes und vorsätzliches Fehlverhalten zum Gegenstand haben; vgl. *U.S. Department of Justice FOIA Guide* (Fn. 28), Exemption 6, Factoring in the Public Interest mwN. Weitere ausdrückliche Gesetzesregelungen zur Zugänglichkeit dienstbezogener Angaben von Amtsträgern finden sich etwa in: Art. 4 Abs. 1 des französischen Gesetzes N° 2000–321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *Journal Officiel* v. 13. 4. 2000; Art. 5 Abs. 1 lit. c des japanischen Informationsfreiheitsgesetzes (in englischer Übersetzung abrufbar unter <http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanni/translation3.htm>; Stand: 18. 9. 2003); Art. 19 Abs. 1 des kanadischen Access to

Hinzukommen können bereichsspezifische Regeln. So sollte über die Herausgabe eigenschaftsbezogener Namenslisten (etwa: alle Wehrdienstleistenden) fachgesetzlich differenziert entschieden werden – ein Feld von großem wirtschaftlichen Interesse, das etwa in den USA einer kaum berechenbaren Rechtsprechung unterliegt.<sup>115</sup> Eigens geregelt werden sollte auch eine Offenlegung der individuellen Steuerpflicht – das schwedische Vorbild weist hier einen Schritt in staatsbürgerliche Öffentlichkeit.

cc) *Daten juristischer Personen*

*These 3: Daten juristischer Personen sind keine personenbezogenen Daten und damit als Teil von Verwaltungsunterlagen grundsätzlich zugänglich. Für sie ist ein zweckbezogener Schutz zu schaffen, insbesondere durch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.*

Juristische Personen genießen nicht den gleichen Schutz wie der einzelne Bürger. In Frage steht hier nicht unmittelbar personale Freiheit, sondern ein entindividualisiertes, auf begrenzte Ziele ausgerichtetes Handeln,<sup>116</sup> das typischerweise eingebunden ist in Entscheidungen Dritter. Publizität berührt nicht die Unverfügbarkeit eines sich selbst wollenden

---

Information Act iVm Art. 3 lit. j Privacy Act (beide abrufbar unter <http://www.info.com.gc.ca/acts/default-e.asp>; Stand: 18. 9. 2003); Art. 34 Abs. 2 lit. f des südafrikanischen Promotion of Access to Information Act (abrufbar unter [http://www.acts.co.za/Prom\\_of\\_Access\\_to\\_Info/Index.htm](http://www.acts.co.za/Prom_of_Access_to_Info/Index.htm); Stand: 18. 9. 2003). Soweit nicht ausdrücklich kodifiziert, ergibt sich die Öffentlichkeit dienstbezogener Angaben im Übrigen aus dem strukturellen Aufbau der Informationsfreiheitsgesetze an sich. Die Gewährung des Zugangs ist der Grundsatz, der Schutz der Privatsphäre Dritter die Ausnahme, wobei dienstbezogene Daten nicht als Teil der Privatsphäre anzusehen sind.

<sup>115</sup> Die Rechtsprechung beschäftigt sich insbesondere mit der Ausnahme 5 U.S.C.A. § 552 (b)(4) FOIA (Fn. 4) (Schutz von Handelsgeheimnissen sowie von vertraulichen Finanz- oder Wirtschaftsdaten) und mit den Ausnahmen 5 U.S.C.A. § 552 (b)(6) und (b)(7)(C) FOIA (Fn. 4) (Schutz personenbezogener Daten). Der U.S. Supreme Court hat in mehreren Entscheidungen (*Reporters Committee*, 489 U.S. 749; *Ray*, 502 U.S. 164; *FLRA*, 510 U.S. 487; *Bibles*, 519 U.S. 355) immer wieder den Schutz der Privatsphäre hervorgehoben und den Zugang zu Informationen verweigert. Trotz dieser den Schutz der Privatsphäre deutlich betonenden Rechtsprechung gibt es nicht wenige untergerichtliche Entscheidungen, in denen nach wie vor die Herausgabe von Namen und Adressen angeordnet wurde (etwa 852 F.Supp. 1558 [S.D.Fla 1994]; 1995 WL 68747 [N.D.Ill. 1995]; 943 F.Supp. 31 [D.D.C. 1996]; 131 F.Supp.2d 725 [D.Md. 2001]). Vgl. im Übrigen *U.S. Department of Justice FOIA Guide* (Fn. 28), Exemption 4, Exemption 6 u. Exemption 7(C).

<sup>116</sup> Dass hinter juristischen Personen immer Individuen stehen, die weithin auch etwa aus Registern ermittelt werden können, ändert daran nichts und führt nicht etwa dazu, dass all diese Daten den Schutz personenbezogener Daten genießen. Der Regelloffenlegung der Daten steht hier die Zuordenbarkeit zu Individuen nicht entgegen.



Subjekts, sondern allein die Erreichung bestimmter Zwecke:<sup>117</sup> Die Erstellung eines Unternehmensprofils im Kontext von Marketingstrategien ist nicht dasselbe wie die eines Persönlichkeitsprofils. Als Grundzellen gesteigerten gesellschaftlichen, vor allem wirtschaftlichen Einflusses rechtfertigt sich ihnen gegenüber die (hinkende) Öffentlichkeit von Verwaltungsverfahren regelmäßig durch den Gesichtspunkt der Kontroll- und Markttransparenz. Eine Zugänglichkeit von Verwaltungsdaten birgt hier besondere Chancen, Allgemeinbelange gegenüber der Verwaltung geltend zu machen. Die amerikanische Rechtsprechung, nach der alle vergebenen Aufträge der öffentlichen Hand bis hin zu den vereinbarten Einzelpreisen einsehbar sind, wäre auch in Deutschland heilsam.

Begrenzungen der Öffentlichkeit sind zur Sicherung der freiheitsrechtlich verbürgten Zweckverfolgung geboten. Dies ist zum einen bereicherspezifisch fachgesetzlich sicherzustellen. Zum anderen bedarf es eines allgemeinen Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Der Geheimnisbegriff muss dabei – um Entgrenzungen zu vermeiden – ein objektives Element enthalten, in Anlehnung an die USA könnte er von dem Nachweis der Wahrscheinlichkeit eines drohenden substanziellen Wettbewerbschadens<sup>118</sup> abhängig gemacht werden. Auch können bestimmte Angaben – wie nach der Aarhus-Konvention die Emissionswerte – grundsätzlich ausgenommen werden. Legt man hierbei einen eher strengen Maßstab an, kann das Geheimnis dann aber auch wirklich geschützt werden: Eine alles wieder relativierende Abwägung mit einem öffent-

---

<sup>117</sup> Für eine Rückbeziehung auf das Persönlichkeitsrecht *Trute* Rahmenbedingungen (Fn. 45), 258; zur Geltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nur für natürliche Personen *ders.* Grundlagen (Fn. 63), 173 ff.; *W. Kau* Vom Persönlichkeitschutz zum Funktionsschutz, 1989, 95 ff.; 102 ff.; *Kloepfer* Informationsrecht (Fn. 3), § 3 Rn. 56. Zu Recht macht die Datenschutzdiskussion geltend, dass solche Dichotomien die Komplexität von Kommunikation einzuebnen neigen und es nicht um ein Entweder/Oder gehen kann. Schutz ist auch hier, und zwar funktional bezogen, zu gewährleisten. Gerade aber deshalb kann der Zugriff der Informationsfreiheit hier weiter gefasst werden als gegenüber personenbezogenen Daten und die Regelloffenlegung als Ausgangspunkt anerkannt werden. In einigen Bereichen (z.B. SGB X und BStatG) gelten die Datenschutzregelungen unterschiedslos für natürliche wie auch juristische Personen. Dazu auch v. *Zeischwitz* Konzept (Fn. 63), 223 f. Zum Schutz jeder Freiheit vor staatlicher Informationssammlung und -weitergabe *Schwan* Datenschutz (Fn. 110), 122, 130.

<sup>118</sup> „To cause substantial harm to the competitive position of the person from whom the information was obtained“ vgl. die grundlegende Entscheidung des Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in *National Parks and Conservation Association v. Morton*, 498 F.2d 765, 770 (Urteil v. 7. 6. 1974); eine Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung zu Exemption 4 findet sich bei *U.S. Department of Justice* FOIA Guide (Fn. 28), Exemption 4, Competitive Harm Prong of National Parks.

lichen Offenbarungsinteresse des Antragstellers, respektive der Allgemeinheit findet dann nicht mehr statt.<sup>119</sup>

b) *Dialektik von Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit als Handlungsvoraussetzung der Verwaltung*

Auch für das zweite Problemfeld, die Effektivität der Verwaltung, kann nicht von einem Generalprinzip der Öffentlichkeit ausgegangen werden. Zwar begründet demokratische Rechenschaftspflicht eine Vermutung der Öffentlichkeit;<sup>120</sup> Nichtöffentlichkeit muss funktional begründbar sein. Dies enthebt jedoch nicht der Notwendigkeit einer genaueren Strukturierung solcher funktionalen Gesichtspunkte, die dann in differenzierenden und dabei notwendigerweise typisierenden Regelungen ihren Niederschlag finden.<sup>121</sup> Auch hierzu Grundentscheidungen in Thesen:

aa) *Abgeschlossene und laufende Verwaltungsverfahren*

*These 4: Daten aus abgeschlossenen Verfahren sind grundsätzlich zugänglich zu machen, solche aus laufenden Verfahren nur nach Maßgabe bereicherspezifischer Differenzierung.*

Ist ein Verfahren abgeschlossen, wird die demokratische Vermutung der Öffentlichkeit wirksam: Da es nicht mehr behindert werden kann, gibt es aus Sicht der Handlungsfähigkeit der Verwaltung keinen Grund, dessen Akten noch unter Verschluss zu halten. Dass die Möglichkeit der späteren Veröffentlichung vorwirkt, ist hiergegen kein Einwand, sondern

<sup>119</sup> Mit dieser Frage hat die U.S. Rechtsprechung einige Zeit gerungen; vgl. *U.S. Department of Justice FOIA Guide* (Fn. 28), Exemption 4, Competitive Harm Prong of National Parks mwN. Mit der Entscheidung des Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in *Public Citizen Health Research Group v. Food & Drug Administration*, 185 F.3d 898 (Urteil v. 6. 8. 1999), in der das Gericht neben der Prognose eines wirtschaftlichen Schadens das Erfordernis einer darüber hinaus gehenden Abwägung ablehnte, scheint das Ringen jedoch ein Ende gefunden zu haben.

<sup>120</sup> *Wegener* Staat (Fn. 1), VI. A. 3. („demokratisches Verteilungsprinzip“). Er greift insoweit der Sache nach auf *Jestaedt* Geheimnis (Fn. 21), 215f., 222, zurück, der eine Parallele zum „rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip“ konstruiert, seinerseits aber dann inkonsequenterweise Öffentlichkeit im Einzelnen doch für begründungsbedürftig hält. Vgl. auch *Pieroth* Verfassungsrecht (Fn. 52), 197f.; *W. Leisner* Der unsichtbare Staat, 1994, 76.

<sup>121</sup> Die Grenzen des Datenzugangs Privater dürfen nicht pauschal mit denen des Parlaments – auch wenn dieses vor der Öffentlichkeit agiert und damit Öffentlichkeit vermittelt – gleichgesetzt werden. Das Vertrauen des Parlaments entscheidet – zu jedem Moment aktualisierbar – über Bestand oder Ende der Regierung. Wenn das Parlament mit seinen strukturell begrenzten Kapazitäten und seiner an der Staatsleitung ausgerichteten Perspektive einen Vorgang für die Frage des Vertrauens für so wichtig hält, dass es von seinen Kontrollkompetenzen Gebrauch macht, so können diese eine weitere Öffentlichkeit begründen als Anfragen von privaten Bürgern.

entspricht vom Grundsatz her dem Ziel öffentlicher Rechenschaft. Ausnahmen mag es in Einzelfällen geben, sie berühren aber nicht das Prinzip. Anders ist das für laufende Verfahren. Die Vorstellung, Verwaltungsverfahren könnten grundsätzlich (hinkend) öffentlich geführt werden, ist zu undifferenziert. Auch heute beschränkt sich Verwaltung nicht vorwiegend auf die Aufgabe einer ausgleichenden Mediation zwischen verschiedenen Interessengruppen, sondern braucht weithin – insbesondere in Individualverfahren – die entpolitisierende Sachlichkeit der Nichteinmischung. Die Öffnung solcher Verfahren ist deshalb nicht generell, sondern nur für geeignete Bereiche vorzusehen. Es reichen hierfür freilich allgemeiner gefasste Bestimmungen. So könnte etwa eine generelle Öffnung für Verfahren mit planungsrechtlichem Einschlag<sup>122</sup> oder gesetzlicher Öffentlichkeitsbeteiligung bzw. für Verfahren des Umweltrechts<sup>123</sup> vorgesehen werden. Grundsätzlich zugänglich sollten demgegenüber Informationen sein, die sich nicht auf konkrete Verwaltungsverfahren beziehen. Insbesondere etwa normative oder faktische Entscheidungsgrundlagen, allgemeine Zielsetzungen und administrative Planungen müssen von der Informationsfreiheit erfasst werden.

#### *bb) Interne Willensbildung und Informantenschutz*

*These 5: Der Zugang zu Verwaltungsdaten braucht Ausnahmeregelungen insbesondere zur Sicherung von Freiräumen der internen Willensbildung und zum Informantenschutz.*

Auch in Verfahren, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, verlangt die Gestaltungsfähigkeit der Verwaltung Freiräume zur internen Erarbeitung von Vorschlägen, Strategien und Initiativen. Schon handlungstheoretisch stehen Entscheidungsabläufe stets im Wechsel von innen und außen, und

<sup>122</sup> Betroffen wären hiervon insbesondere auch Plangenehmigungen, vgl. hierzu *E. Gassner* Zur Gleichstellung der Rechtswirkungen von Planfeststellung und Plangenehmigung, NuR 1996, 492, 494 ff.; *U. Repkewitz* Beschleunigung der Verkehrswegeplanung, VerwArch 88 (1997), 137, 152 f.; *H. Jarass* Aktuelle Probleme des Planfeststellungsrechts – Plangenehmigung, Planänderung, Planergänzung, ergänzendes Verfahren, DVBl 1997, 795, 796 ff.; *A. Schink* Die Umweltverträglichkeitsprüfung – eine Bilanz, NuR 1998, 173, 174 ff.; *W. Erbuth* Verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte der Deregulierung im Planfeststellungsverfahren, UPR 1999, 41, 42 ff.; zur Planungsgenehmigung allgemein *H.-J. Riegel* Die Planungsgenehmigung im Fachplanungsrecht – Anwendungsbereich, Verfahren und Rechtswirkungen, 1996.

<sup>123</sup> Das Umweltinformationsgesetz hält schon in seiner geltenden Fassung grundsätzlich – freilich nach Maßgabe einer Einzelfallentscheidung im Sinne des Abwägungsmodells – auch den Zugang zu Unterlagen aus laufenden Verfahren offen, was gemeinschaftsrechtlich auch geboten ist (Urteil des EuGH, Rs. C-321/96 „Mecklenburg/Kreis Pinneberg“, Urteil v. 17. 6. 1998, Slg. 1998, I-3809 ff., mit Bezugnahme auf die Ausführungen des Generalanwalts).

gerade politische Kommunikation setzt grundsätzlich eine Dialektik von Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit voraus. Vorbereitende Entwürfe und Dokumente interner Vorberatungen müssen deshalb vor dem Zugriff der Öffentlichkeit geschützt werden.<sup>124</sup> Gesetzlich lässt sich dies – wie in den meisten Regelungsentwürfen bzw. Landesgesetzen – nur in einer eher allgemeinen Formel erfassen. Die Umsetzung liegt dann maßgeblich an einer differenzierten Strukturierung des jeweiligen Verwaltungsverfahrens.<sup>125</sup>

In begrenztem Umfang sollte solcher Schutz auch über den Abschluss des Verfahrens hinaus wirksam bleiben.<sup>126</sup> Da die Verwaltung ohne Angst vor Fehlern auch unkonventionelle Lösungen unbefangen durchdenken können muss, ist auch eine nachwirkende Abschirmung funktional adäquat. Sie beugt einer Entschriftlichung und Verlagerung der Willensbildung vor. Allerdings ist gesetzlich klarzustellen, dass diese nicht etwa die Entscheidungsfindung als Ganze erfasst, sondern nur eng begrenzte Vor- und Zwischenstufen des Verfahrens, strukturiert zum Beispiel durch ausgehende Schriftsätze.<sup>127</sup>

Eine weitere typische Ausnahmeregelung von Datenzugang begründet der Schutz von vertraulichen Informationen, die der Verwaltung ohne Rechtspflicht und Erwartung eines Vorteils übermittelt werden.<sup>128</sup> Solche

<sup>124</sup> So auch die bisherigen Landesgesetze sowie die Entwürfe für ein Bundesgesetz, s. o. Fn. 85.

<sup>125</sup> Siehe unten III. 1. c).

<sup>126</sup> Vgl. die ähnliche Diskussion im parlamentarischen Untersuchungsrecht (die deshalb freilich nicht ebenso beantwortet werden muss, s. Fn. 121): Während der Prozess der internen Willensbildung nach einer Ansicht als Kernbereich der Exekutive ohne weitere Einschränkungen zu schützen ist und damit auch gegenüber späteren parlamentarischen Untersuchungen wirksam werden kann (so wohl BVerfGE 67, 100, 139; V. Busse Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung im Spannungsfeld der staatlichen Gewalten, DÖV 1989, 45, 50ff.; G. Memminger Parlamentarische Kontrolle der Regierung durch Untersuchungsausschüsse, DÖV 1986, 15, 22; vgl. auch N. Achterberg/M. Schulte in: v. Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.] Grundgesetz, Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 44 Rn. 68f.), soll nach anderer Ansicht die interne Willensbildung nur bis zu deren Abschluss vor parlamentarischen Untersuchungen geschützt werden, also einem späteren Akteneinsichtsbegehren nicht mehr entgegengestellt werden können (StGH Bremen, DVBl 1989, 453, 455ff.; zustimmend D. Engels Parlamentarisches Untersuchungsrecht und der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung, Jura 1990, 71, 76ff.; vgl. auch P. Badura Anmerkung zu BVerfG 2 BvR 611/84, DÖV 1984, 760, 762).

<sup>127</sup> Auch hier kommt es maßgeblich auf konkretisierende Strukturierungen durch die Verwaltung selbst an, s. u. III. 1. c).

<sup>128</sup> So etwa § 7 Abs. 4 S. 1 UIG oder § 4 Nr. 2 IFG-Referentenentwurf des BMI (Fn. 56); nicht als freiwillig übermittelte Informationen gelten Angaben, die zur Erlangung von öffentlichen Leistungen oder Aufträgen gemacht werden; vgl. § 7 Abs. 4 S. 2 UIG; ferner

Informationen sind für die Verwaltung wichtig, fließen aber nur, wenn Vertraulichkeit gewährleistet ist oder zumindest werden kann. Die hier zu einem starken Geheimschutz neigende Rechtsprechung der USA, die praktisch jedes freiwillig übermittelte Dokument überhaupt dem Zugang der Öffentlichkeit entzieht,<sup>129</sup> braucht dabei jedoch nicht übernommen werden.

c) *Konvergente Entwicklungen in anderen Staaten*

Die genannten Thesen greifen insbesondere auch auf Erfahrungen des Auslands zurück. Sie versuchen, die dort oft unter Rechtsprechungswirren gefundenen Ergebnisse kritisch fortzudenken und in ein normativ klareres Gerüst zu bringen. Keineswegs sind sie ein Sonderweg fort-dauernder Geheimhaltung. Gerade die Vorsicht vor der Offenlegung von Individualdaten findet sich zunehmend etwa auch in der amerikanischen Rechtsprechung. In einer revoltierenden Grundsatzentscheidung von 1989 stellt der *Supreme Court* fest, Kernanliegen der Informationsfreiheit sei es, Licht in die Aufgabenerledigung der Behörden zu bringen, nicht über Privatpersonen und Einzelfälle zu informieren. Die Freigabe von individuellen Angaben wurde so – weithin ohne Abwägung mit dem spezifischen Interesse des Antragstellers – kontinuierlich, wenngleich nicht berechenbar, eingengt. Demgegenüber gilt für juristische Personen: „*corporations have no privacy*“<sup>130</sup>. In Kanada, das Datenschutz und Datenzugang hellsichtig in einem Gesetz regelt, sind personenbezogene Daten schon gesetzlich nicht herauszugeben – selbstverständlich mit Ausnahmen im Einzelnen. Mehr Reibungen birgt das Nebeneinander von zwei Gesetzen in Frankreich. Auch hier wurden personenbezogene Daten zunächst aus der Informationsfreiheit herausgenommen, der Begriff der *information à caractère nominatif* aber bald enger als im Datenschutz ausgelegt. Heute ist dies gesetzlich sanktioniert;<sup>131</sup> das unbefriedigende

---

zur U.S.-amerikanischen Rechtspraxis *U.S. Department of Justice FOIA Guide* (Fn. 28), Exemption 4, Applying Critical Mass mwN.

<sup>129</sup> Vgl. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in *Critical Mass Energy Project v. Nuclear Regulatory Commission*, 975 F.2d 871 (Urteil v. 21. 8. 1992), vom U.S. Supreme Court nicht zur Revision angenommen, 113 S.Ct. 1579 (Entscheidung v. 22. 3. 1993); Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in *Center for Auto Safety v. National Highway Traffic Safety Administration*, 244 F.3d 148 (Urteil v. 30. 3. 2001).

<sup>130</sup> District Court Rhode Island in *Providence Journal Corporation v. FBI*, 460 F.Supp. 778, 785 (Urteil v. 5. 10. 1978).

<sup>131</sup> Durch Gesetz N° 2000–321 v. 12. 4. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, Journal Officiel v. 13. 4. 2000, wurde dieser dem französischen Datenschutzrecht entnommene Begriff aus dem Gesetz N° 78–753 (vgl. Fn. 68) entfernt und durch die in der Entscheidungspraxis der CADA und der Rechtsprechung

Verhältnis zum Datenschutz aber dauert damit fort.<sup>132</sup> Interessant ist schließlich der ganz andere Weg Schwedens mit seiner alten Öffentlichkeitstradition: In einem weit über hundert Seiten starken Geheimhaltungsgesetz sucht man hier eine Lösung in katalogisierender Detaillierung.<sup>133</sup>

Auf solche Verästelung zielt das von mir vorgetragene Gesetzeskonzept nicht. Mir geht es um eine gesetzlich grundsätzliche Abschichtung. Sie kann heute aber mehr sein als der tatbestandlich offene Abwägungsauftrag der Pioniergesetze. Wenn wir in dieser Weise die Erfahrungen des Auslands nutzen, ließe sich die Stellung als internationales Schlusslicht in einen Vorteil wenden.

### III. Die Umgestaltung der Verwaltung im Zeichen der Transparenz

#### 1. Folgen eines freien Datenzugangs für die Verwaltung

Die Dimension solcher Publizität führt über das Datenzugangsrecht weit hinaus. Denn ein solches Recht zieht eine grundlegende Umgestal-

---

(vgl. hierzu *Vincent Accès* [Fn. 70], Erläuterung Nr. 115 mwN) entwickelte Auslegungsdefinition ersetzt: „... Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs: – dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels, ...“ (im jetzigen Art. 6 Abs. 2 erster Spiegelstrich des Gesetzes N° 78–753). Demgegenüber die Definition aus Art. 4 des französischen Datenschutzgesetzes, Gesetz N° 78–17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *Journal Officiel* v. 7. 1. 1978: „... les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, ...“.

<sup>132</sup> Unter dem Schutz des französischen Datenschutzgesetzes, Gesetz N° 78–17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *Journal Officiel* v. 7. 1. 1978, stehen gemäß dessen Art. 4 von vornherein nur natürliche Personen. Auch im Informationszugangsgesetz, Art. 6 Abs. 2 erster Spiegelstrich des Gesetzes N° 78–753 (vgl. Fn. 68), beschränkt sich der Schutz juristischer Personen auf das Verbot der Übermittlung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.

<sup>133</sup> Sekretesslagen v. 20. 3. 1980, SFS Nr. 1980:100, zuletzt geändert zum 1. 1. 2004 durch Gesetz SFS Nr. 2003:461; vgl. Fn. 76. Der Sekretesslagen unterteilt sich in 15 Kapitel, von denen 13 – mit jeweils unterschiedlichem Umfang – Ausnahmebestimmungen im Hinblick auf verschiedene Geheimhaltungsinteressen konkretisieren. Den Schwerpunkt bilden Kapitel 7–9 mit insgesamt 102 Bestimmungen, die den Schutz der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Einzelnen betreffen. Daneben werden Ausnahmebestimmungen in den Kapiteln 2–5 im öffentlichen Interesse und in den Kapiteln 6 und 10–13 aus wirtschaftlichen, umweltschützenden oder behördenpezifischen Gründen (Geheimhaltungsregeln für Regierung, Reichstag und Gerichte) getroffen, insgesamt 43 Bestimmungen. Vgl. hierzu weiter die Literatur in Fn. 27.

tung der Informationsbeziehungen und -verarbeitung der Verwaltung nach sich. Es ändert damit die Verwaltung selbst.

a) *Die informierende Verwaltung*

Als Erstes: Die Verwaltung wird zur informierenden Verwaltung. Datenzugang beschränkt sich nicht auf passives Einsichtgeben, sondern setzt Kommunikation in Gang.<sup>134</sup> Das mobilisiert nicht nur die Bürger zur Teilnahme an der Verwaltung, sondern verlangt auch von der Verwaltung eine aktive Einlassung auf solche Kommunikation. So sollten Behörden verpflichtet werden, zur Ermöglichung von substantiierten Anfragen eine genaue Aufgabenbeschreibung, ihren Organisationsplan, Aktenordnungssysteme und -register sowie die Ausgestaltung ihres Datenzugangsverfahrens öffentlich zu machen.<sup>135</sup> Vorzustellen ist auch die obligatorische Aufbereitung von Basisinformationen wie einschlägige Verwaltungsvorschriften, Leitentscheidungen oder von Dokumentationen bzw. Rechenschaftsberichten. Das amerikanische Recht, das diese Pflichten ganz an den Anfang stellt, sieht überdies vor, dass in solche

<sup>134</sup> Dazu im Einzelnen bereits Fn. 47f., 99ff.; *K. Lenk* Außerrechtliche Grundlagen für das Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft: Zur Bedeutung von Information und Kommunikation in der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsrecht* (Fn. 45), 59, 69ff.; *A. Roßnagel* Möglichkeiten für Transparenz und Öffentlichkeit im Verwaltungshandeln – unter besonderer Berücksichtigung des Internet als Instrument der Staatskommunikation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) ebd., 257, 331ff.; *Vofßkuhle* Wandel (Fn. 55), 365; zu den Funktionen eines freien Informationszugangs allgemein *Fisahn* Demokratie (Fn. 100), 209ff.

<sup>135</sup> UIG, AIG-Bbg und IFG-SH treffen keine Regelungen über Veröffentlichungspflichten. Nach § 17 Abs. 4 IFG-B hat jede öffentliche Stelle Organisations- und Aktenpläne sowie auf den Zweck der Aktenführung beschränkte Informationsverzeichnisse zu führen und allgemein zugänglich zu machen. § 12 IFG-NRW und § 11 IFG-Referentenentwurf des BMI (Fn. 56) treffen ähnliche Regelungen, wobei die Informationsverzeichnisse zwar auch Aufschluss über die vorhandene Informationssammlung geben, jedoch nur geführt werden „sollen“. § 15 IFG-ProfE (Fn. 55) ordnet hingegen das Führen und allgemeine Zugänglichmachen solcher Informationsverzeichnisse zwingend an. Gemäß § 12 S. 3 IFG-NRW und § 15 Abs. 3 S. 1 IFG-ProfE (Fn. 55) hat die Veröffentlichung der Verzeichnisse nach Möglichkeit elektronisch zu erfolgen. Hierzu *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 249; § 15 IFG-ProfE (Fn. 55). Vgl. auch die Begründung zu § 11 IFG-Referentenentwurf des BMI (Fn. 56). Im Vergleich zu den deutschen Informationsfreiheitsgesetzen enthält der FOIA (Fn. 4) sehr viel ausführlichere Regelungen. Organisations- und Aktenpläne, Informationsverzeichnisse, Verwaltungsvorschriften, abschließende Behördenentscheidungen und weitere Informationen sind entweder nach 5 U.S.C.A. § 552 (a)(1) FOIA (Fn. 4) im U.S. Federal Register bekannt zu machen oder gemäß 5 U.S.C.A. § 552 (a)(2) FOIA (Fn. 4) im Internet bereitzustellen; vgl. *U.S. Department of Justice* FOIA Guide (Fn. 28), Introduction u. FOIA Reading Rooms.

elektronischen Leseräume auch wiederholt angefragte Dokumente einzustellen sind.<sup>136</sup>

Auch unabhängig von Rechtspflichten entsteht mit dem Datenzugangsrecht ein Druck auf die Verwaltung, die Kommunikation aktiver zu gestalten und so durch Informationen, Erläuterungen und Deutungen die Fäden möglichst in der Hand zu behalten. Solcher Druck, der gesetzlich unterstützt und kanalisiert werden kann, birgt die Chance der Bürgernähe, der Übersetzung der Fach- in die Alltagssprache, der Akzeptanz.<sup>137</sup> Er stellt freilich auch vor neue Herausforderungen. Eine aktive Informationspolitik muss nicht nur hierarchisch, kompetentiell und organisatorisch bewältigt werden,<sup>138</sup> sondern wirft auch neue Probleme der Sachlichkeit und Neutralität auf.<sup>139</sup> Maßgaben für die Selbstdarstellung der Verwaltung im Zeitalter der Netze – man könnte etwa an obligatorische *links* zu Webseiten für Fragen und Gegenkonzepte denken – stehen noch aus, und auch die Einbindung privater Werbung ist noch diskussionsbe-

<sup>136</sup> 5 U.S.C.A. § 552 (a)(2)(D) FOIA (Fn. 4). Danach sind Informationen, die Gegenstand eines Informationsersuchens gewesen sind, in elektronischer Form zugänglich zu machen, soweit nach Einschätzung der Behörde weitere Nachfragen nach der Information zu erwarten sind. Eine vergleichbare Regelung enthält auch § 15 Abs. 3 S. 2 IFG-ProfE (Fn. 55).

<sup>137</sup> *Scherzberg* Öffentlichkeit (Fn. 1), 183 ff., in Bezug auf die massenmediale Kommunikation. Zur Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren vgl. den gleichnamigen Beitrag von *T. Würtberger*, NJW 1991, 257; *ders.* Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996.

<sup>138</sup> Zunächst können äußerlich Zuständigkeiten festgelegt werden wie für die Auskünfte gegenüber der Presse. Setzt sich Kommunikation aber als ein die Wirklichkeit tatsächlich mitbestimmendes Element durch, sind die hierin liegenden Herausforderungen erheblich: Zunächst bedeuten sie eine Schwächung der Hierarchie, weil im Zweifel auf verschiedenen Ebenen je eigenständig kommuniziert wird und damit Festlegungen getroffen werden, die in der Hierarchie nur begrenzt korrigiert werden können. Zudem kann insoweit ein erheblicher Abstimmungsbedarf entstehen, wobei hier insbesondere auch die Abstimmung zwischen verschiedenen Aufgabenträgern zu bewältigen ist. Je dezentraler die Kommunikation nach außen angesiedelt wird, desto größer ist insoweit ein Abstimmungsbedarf; je mehr demgegenüber die Kommunikation nach außen organisatorisch konzentriert wird, desto größer ist dann der Abstimmungsbedarf nach innen. Vgl. *Voßkuhle* Wandel (Fn. 55), 365 ff.; *ders.* Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 277, 344f. Zu den Auswirkungen der elektronischen Kommunikation auf die Verwaltungsstrukturen *H. Reiner mann* Das Internet und die öffentliche Verwaltung, DÖV 2000, 20; *Roßnagel* Möglichkeiten (Fn. 134), 331.

<sup>139</sup> Zu diesem Problemkreis allgemein umfassend *M. Fehling* Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, insb. 169 ff. zum Typus der Verwaltung als „effizienzorientierte Dienstleistung“ und den spezifischen Gefahren für die Unparteilichkeit der Verwaltung.



dürftig.<sup>140</sup> Die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung, bisher noch kaum behandelt, wird zu einem herausfordernden Thema.<sup>141</sup> Ob hierbei das gesamte Repertoire von Marketingstrategien, Werbeslogans und wohlklingenden Leerformeln der Privatwirtschaft genutzt werden kann, stellt die verbreitete marktorientierte Deutung der Verwaltung als bloße Dienstleistungsunternehmen einmal mehr auf die Probe.

#### b) Differenzierte Informationsaufbereitung

Des Weiteren ändert Datenzugang die Informationsaufbereitung; potentielle Kommunikation muss schon den Umgang mit Informationen anleiten. Wichtig ist zunächst eine transparente Ordnung und inhaltvolle Kennzeichnung der Akten. Vor allem sind, wo möglich, bereits bei der Aktenführung personenbezogene von anderen Informationen zu trennen und durch entsprechende Datenverarbeitungsprogramme abgeschichtet zu verwalten. Auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sollten von den

<sup>140</sup> *J. Heimlich* Zur Zulässigkeit der Werbung von Hoheitsträgern am Beispiel der öffentlichen Feuerwehr, NVwZ 2000, 746, 747 ff.; *M. Kittler* Die öffentliche Hand als Werbeträger im Internet, NJW 2000, 122 ff.; *H. Schulze-Fielitz* Betätigung öffentlich-rechtlicher Institutionen im Onlinebereich, AfP 1998, 447, 455; *M. Rath-Glawatz* Betätigung öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten im Online-Bereich, AfP 1998, 261, 267 f.; zur Frage der Randnutzung s. a. *J. Isensee* in: HStR III, 2. Aufl. 1996, § 57 Rn. 172; *H. Kremmer* Die rechtliche Problematik des kommunalen Pressewesens, 1980, 116 ff.; *M. Libertus* Randnutzung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, AfP 1992, 229 ff.; zur ähnlichen Problematik im Bereich der Gemeinden *J. Wohlfarth* Rechtsfragen der Stadtmöblierung, NVwZ 1997, 749.

<sup>141</sup> Die juristischen Problemstellungen der Öffentlichkeitsarbeit der Regierung sind in Rechtsprechung und Literatur eingehend diskutiert worden, vgl. u. a. BVerfGE 44, 124 „Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung“; *W. Leisner* Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat, 1966; *F. Schürmann* Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, 1992; *R. Gröschner* Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 619. Speziell für den kontrovers diskutierten Fall der Warnungen wird deutlich, welche entgrenzende Wirkung Öffentlichkeitsarbeit, verstanden allgemein als Kommunikation, haben kann, vgl. hierzu nur BVerfGE 95, 173, E 105, 252 oder E 105, 279. Zur allgemeinen Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung – verstanden als Selbstdarstellung der Behörde – gibt es hingegen noch kaum Literatur, diese bezieht sich überwiegend auf die Tätigkeit der Kommunen in diesem Bereich, vgl. z. B. für den Bereich der kommunalen Publikations-tätigkeit *Kremmer* Problematik (Fn. 140); allgemein hierzu *M. Wittzack* Kommunale Öffentlichkeitsarbeit. Rechtgrundlagen und Grenzen, BayVBl 1998, 37. Für den Bereich der übrigen Verwaltung haben sich in der Praxis in den letzten Jahren durch die dynamische Entwicklung des Internets die technischen Möglichkeiten der Verwaltung für Selbstdarstellung und Kommunikation mit dem Bürger vervielfacht (u. a. Konzept des virtuellen Rathauses, Internetauftritte der jeweiligen Behörde) und zu einer angeregten juristischen Erörterung in diesem speziellen Bereich geführt, vgl. u. a. *T. Groß* Öffentliche Verwaltung im Internet, DÖV 2001, 159; *Reinermann* Internet (Fn. 138); *Rofnagel* Möglichkeiten (Fn. 134) mwN.

Betroffenen sofort deklariert und dann in den Akten markiert werden<sup>142</sup> – ebenso wie Kennzeichnungspflichten auch sonst Daten herausheben und einem eigenen Kommunikationsregime unterstellen können; das Bundesverfassungsgericht hat diesen Weg bereits gewiesen.<sup>143</sup> All dies macht Publizität zu einem mitlaufenden Faktor des administrativen Handelns selbst. Datenzugang wird in ein kommunikationsfähiges Umfeld eingebunden und Ansprüche auf Anonymisierung oder Selektion von Akten<sup>144</sup> – wie der EuGH für Umweltdaten mühsam durchsetzen musste<sup>145</sup> – verlieren an Brisanz.

Weitreichender und noch wenig durchdrungen ist die in der Datenschutzdiskussion geforderte Verwendung von Pseudonymen im Verwaltungsverfahren.<sup>146</sup> Mit Chiffren, die nur von bestimmten Personen zugeordnet, aber mit individuellen Eigenschaften verkettet werden können,<sup>147</sup>

<sup>142</sup> Für eine unmittelbare Kennzeichnung solcher Geheimnisse auch *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 55), 123f.; *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 243. In unklaren oder umstrittenen Fällen reicht es, den Vorbehalt eines Geheimnisses auszuweisen, so dass bis zu einem konkreten Einsichtsbegehren keine unnötigen Streitfragen zu klären sind.

<sup>143</sup> BVerfGE 100, 313, 361. Allgemein hierzu *Albers* Analyse (Fn. 63), 2. Teil, 4. Kap. C. I.; *A. Dix* Konzepte des Systemdatenschutzes, in: Roßnagel (Hrsg.) Handbuch (Fn. 30), 363, 382.

<sup>144</sup> Der Anspruch auf Herausgabe von Teilakten, wenn einzelne Aktenteile geheimhaltungsbedürftig sind, kann heute als selbstverständliches Element eines Datenzugangsrechts angesehen werden, vgl. etwa die ausdrücklichen Regelungen in § 4 Abs. 2 UIG, § 6 Abs. 2 AIG-Bbg, § 12 IFG-B, § 14 IFG-SH, § 9 Abs. 1 S. 1 IFG-Referentenentwurf des BMI (Fn. 56), § 9 IFG-ProfE (Fn. 55), 5 U.S.C.A. § 552 (b) FOIA (Fn. 4), Kap. 2 Art. 12 S. 3 schwedischer The Freedom of the Press Act. Hierzu *Häfner/Gerlach* Wissen (Fn. 55), 126; *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 241, 247; *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 55), § 9.

<sup>145</sup> Vgl. Urteil des EuGH, Rs. 217/97 „Kommission/Deutschland“, Slg. 1999, I-5087, Rn. 29ff.

<sup>146</sup> Bezogen sind diese Forderungen in der Regel auf den Behördenverkehr via Internet; konsequenterweise sind sie dabei aber verallgemeinerbar; vgl. dazu § 3a BDSG, der den vorrangigen Einsatz von Anonymisierung und Pseudonymisierung bei der Datenverarbeitung vorsieht; BT-Drs. 13/7385, 23; *Kloepfer* Informationsrecht (Fn. 3), § 8 Rn. 27, 70; sehr ausführlich: *Roßnagel/Scholz* Datenschutz (Fn. 78), 723 ff.; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* Modernisierung (Fn. 63), 148, 178; v. *Zezschwitz* Konzept (Fn. 63), 228; zu der Umsetzung der vormaligen Forderung s. *A. Roßnagel* Das elektronische Verwaltungsverfahren – Das Dritte Verwaltungsverfahrenänderungsgesetz, NJW 2003, 469, 472.

<sup>147</sup> Zum Wesen und zu den verschiedenen Formen der Pseudonymisierung – und ebenso zu deren nur relativen Gewähr von Schutz vgl. *H. Federrath/A. Pfitzmann* Technische Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.) Handbuch (Fn. 30), 61, 76ff.; *M. Hansen* Privacy Enhancing Technologies, in: ebd., 291, 305ff.; *B. Pfitzmann/M. Waidner/A. Pfitzmann* Rechtssicherheit trotz Anonymität in offenen digitalen Systemen (Teil 1), DuD

soll das Verwaltungsgeschehen selbst entpersonalisiert werden.<sup>148</sup> Dies freilich ändert Verwaltung erheblich: Es stärkt deren Typisierung und Objektivierung und reduziert individuelle Abweichungen. Damit unterstreicht es Auswirkungen, die *in nuce* schon in der Öffentlichkeit selbst liegen: Der Spielraum für informelle Einzellösungen schrumpft.<sup>149</sup>

c) *Informationsbezogene Strukturierung von Entscheidungsabläufen*

Neue Herausforderungen liegen auch in einer informationsbezogenen Strukturierung der Entscheidungsabläufe. Da allgemeine Normen die Dialektik von Öffentlich- und Nichtöffentlichkeit des Verwaltungshandelns nur grob strukturieren können,<sup>150</sup> bedarf es hierzu der Konkretisierung durch die Verwaltung selbst. Erforderlich ist eine an den jeweiligen Aufgaben auszurichtende Gliederung der einzelnen Verwaltungsabläufe, d.h. die Entwicklung von informationellen Ablaufprogrammen.<sup>151</sup> In ihnen ist – der Wechselseitigkeit von Kommunikation entsprechend – sowohl der Informationsfluss nach außen, als auch die Generierung von Information durch die Verwaltung abzubilden. Das Pendant zum informierten Bürger bildet die informierte Verwaltung – angesichts einer ab-

---

1990, 243, 305 ff.; A. Roßnagel Konzepte des Selbst Datenschutzes, in: ders. (Hrsg.) Handbuch (Fn. 30), 325, 344 ff.; ders. Datenschutz in Tele- und Mediendiensten, in: ebd., 1278, 1315; ders./Scholz Datenschutz (Fn. 78), 721 ff.; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka Modernisierung (Fn. 63), 148, 178; zur Pseudonymisierung im Signaturgesetz durch einen vertrauenswürdigen Dritten gem. § 7 Abs. 1 SigG vgl. BR-Drs. 966/96 sowie Arbeitskreis Technik der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, DuD 1997, 710 ff. Für den Bereich der Mediendienste K.-H. Ladeur Datenverarbeitung und Datenschutz bei neuartigen Programmführern in „virtuellen Videotheken“. Zur Zulässigkeit der Erstellung von Nutzerprofilen, MMR 2000, 715, 718.

<sup>148</sup> Zu Recht kritisch deshalb zu der neuen Vorschrift des § 3a Abs. 2 S. 3 VwVfG Roßnagel/Pfitzmann/Garstka Modernisierung (Fn. 63), 150.

<sup>149</sup> Wenn im Zuge der Transparenz tendenziell alle Vorentscheidungen allgemein zugänglich sind, kann jede Entscheidung als Präzedenzfall bemüht werden. Informelle Lösungen im gesetzlichen Halbdunkel werden damit zurückgedrängt – das ist grundsätzlich der Sinn von öffentlicher Kontrolle, hindert die Verwaltung damit freilich auch an flexiblen Lösungen in Sondersituationen. Es ist denkbar, dass von da aus ein Druck auf die Maßstäbe gerichtlicher Ermessenkontrolle und der Gleichheitskontrolle entsteht bzw. auch eine Unterscheidungssuche im Sinne der *case law*-Jurisprudenz einsetzt.

<sup>150</sup> S. oben II. 2. b) aa).

<sup>151</sup> Eine andere Stoßrichtung hat der Vorschlag, so genannte „Informationspläne“ zu veröffentlichen. Hierbei geht es um die Ersetzung textlicher Ermächtigungsgrundlagen zur Datenerhebung durch grafisch gestaltete IuK-Pläne in der Rechtsform einer gesetzvertretenden Verwaltungsvorschrift, vgl. dazu C.-E. Eberle Transparenter Datenschutz durch Informations- und Kommunikationspläne, in: Schmidt (Hrsg.) Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, 91.

nehmenden Steuerungskraft der Gesetze ein wichtiges Ziel von Publizität. Dies erhebt den Abbau materieller Gesetze indes nicht zum Programm: Informationen können politische Entscheidungen nie ersetzen, und auch deren transparente Strukturierung hat nie die egalitär demokratische Basis eines Gesetzes.

Von der Form her sind die Ablaufprogramme als Verwaltungsvorschriften festzulegen. Dies verhindert inflexible Uniformisierungen und belässt die Organisationsverantwortung, gegebenenfalls auch dezentral, in den Händen der Verwaltung.<sup>152</sup> Ergänzend oder substituierend können hier Computerprogramme eingesetzt werden, wie sie als *workflow*-Programme bereits in Erprobung sind.<sup>153</sup> Insgesamt bedeutet solche Strukturierung freilich einen bedeutsamen Paradigmenwechsel: Verwaltung ordnet sich nicht mehr länger allein von der am Ende stehenden Entscheidung her, sondern in der Zeit, d.h. prozesshaft.<sup>154</sup>

#### d) Technikabhängigkeit

Die Realisierung solch prozesshafter Elemente ist – wie die Informationsfreiheit selbst – eng verbunden mit der Digitalisierung und dem

<sup>152</sup> Näheres Ziel der Ablaufprogramme ist es, die Verwaltung zu veranlassen, ihre Verfahren selbst zu reflektieren und bewusst zu strukturieren, so dass sie letztlich selbst über den Wechsel von Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit mit entscheidet, sich hieran dann aber auch festhalten lassen muss. Bei solcher Strukturierung ist die Verwaltung selbstverständlich nicht frei, sondern hat die groben Strukturierungen des Gesetzes zu konkretisieren und ist durch sie gebunden. Organisationsrechtlich könnte so etwas durch ein *monitoring* seitens verselbstständigter Verwaltungseinheiten, etwa nach dem Vorbild der *Commission d'accès aux documents administratifs* in Frankreich (die freilich mit den Datenschutzbeauftragten zusammengelegt werden könnte und dezentral zu strukturieren wäre) abgesichert werden.

<sup>153</sup> Zum *workflow*-Management allgemein Scherzberg *Verwaltung* (Fn. 47), 197f.; *Roßnagel* *Möglichkeiten* (Fn. 134), 317f.; zum *E-Government* allgemein *Boehme-Neßler* *Government* (Fn. 47); *K. Lenk/R. Traunmüller* *Öffentliche Verwaltung und Informationstechnik. Perspektiven einer radikalen Neugestaltung der öffentlichen Verwaltung mit Informationstechnik*, 1999; *H. Schmitz/A. Schlatmann* *Digitale Verwaltung? Das Dritte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften*, NVwZ 2002, 1281, 1287.

<sup>154</sup> Dieser Gedanke ist zuletzt in der Debatte um die Reform des Verwaltungsrechts in den Vordergrund getreten, vgl. etwa die Beiträge in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002; vgl. auch *Schupfert* *Verwaltungswissenschaft* (Fn. 38), 772ff., wo insbesondere auch die Gefährdung dieses Ansatzes durch die Beschleunigungsgesetzgebung thematisiert wird. S. auch schon *K.A. Bettermann* *Das Verwaltungsverfahren*, VVDStRL 17 (1959), 118, 122, der vor falschen Parallelen zum Prozessrecht warnt, das sich am Urteil ausrichtet. *Bettermann* konzentriert sich gleichwohl im Folgenden auf die Gesetzesanwendung; *F. Hufen* *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 4. Aufl. 2002, Rn. 13ff. mwN.

Übergang zur elektronischen Aktenführung.<sup>155</sup> Datenzugang wird letztlich über das Netz abzuwickeln sein, und insbesondere Anonymisierung, Pseudonymisierung und Ablaufprogramme verdanken moderner Computertechnik ihre Stoßkraft. Damit entstehen neue Abhängigkeiten: Verwaltungsabläufe folgen Programmen, die private Dritte erstellen und dann faktisch oftmals alternativenlos sind. Technik und Recht gehen ineinander über.<sup>156</sup> Unabhängig noch von den allgemeinen Problemen

<sup>155</sup> Vgl. hierzu *A. Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft – Informationelles Verwaltungsorganisationsrecht, in: *Leipold* (Hrsg.) Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, 2002, 97, 104f.; *Schmitz/Schlatmann* Verwaltung (Fn. 153), 1287; für den Bereich der Justiz kritisch *R. Suermann* Schöne (?) neue Welt – die elektronische Akte, *DRiZ* 2001, 291; *Reinermann* Internet (Fn. 138), 25; *Roßnagel* Möglichkeiten (Fn. 134), 320f.; allgemeiner zum Bereich des *E-Government* *Boehme-Neßler* Government (Fn. 47); *R. Bründler* E-Government in der Europäischen Informationsgesellschaft, in: *Gasser* (Hrsg.) Informationsrecht in „e“-Umgebungen – Information Law in eEnvironments, 2002, 123; *Groß* Verwaltung (Fn. 141), 163. Erfahrungen aus der Verwaltungspraxis gibt es z. B. für das Europäische Patentamt (vgl. *F. Kretschmer* Aktuelle Berichte – September 2003, *GRUR* 2003, 764, 765) oder für das Grundbuchwesen (vgl. *J. Schmidt-Räntsch* Das EDV-Grundbuch, *VIZ* 1997, 83, 85ff.), wo das „elektronische Grundbuch“ seit Jahren mit Erfolg besteht.

<sup>156</sup> So bereits heute insbesondere im Bereich des Steuerrechts und der Finanzverwaltung, bei der der einzelne Sachbearbeiter den Steuerbescheid bzw. die Steuerberechnung nicht mehr selbsttätig anhand des Gesetzes vornimmt, sondern die Berechnung durch (extern entwickelte) Computerprogramme vorgenommen wird. Die Verschmelzung von Technik und Recht wird besonders deutlich anhand der elektronischen Signatur; vgl. dazu *J. Bizer* Funktion und Voraussetzungen digitaler Signaturen aus rechtlicher Sicht, in: Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (Hrsg.) Kulturelle Beherrschbarkeit digitaler Signaturen. Interdisziplinärer Diskurs zu querschnittlichen Fragen der IT-Sicherheit, 1997, 111ff.; *M. Eifert/L. Scheiber* Elektronische Signatur und der Zugang zur Verwaltung. Die Folgen der EU-Signaturrechtlinie für das Verwaltungsrecht und die Verwaltungspraxis, *MMR* 2000, 340; *U. Noack* Digitaler Rechtsverkehr: Elektronische Signatur, elektronische Form und Textform, *DStR* 2001, 1893; *U. Pordesch* Risiken elektronischer Signaturverfahren, *DuD* 1993, 561ff.; *A. Roßnagel* Das neue Recht elektronischer Signaturen – Neufassung des Signaturgesetzes und Änderung des BGB und der ZPO, *NJW* 2001, 1817; *ders.* Die fortgeschrittene elektronische Signatur, *MMR* 2003, 164; für den Bereich Anonymisierung/Pseudonymisierung vgl. Fn. 78, 146f. sowie allgemein *Hansen* Technologies (Fn. 147), 291ff.; *Federrath/Pfitzmann* Grundlagen (Fn. 147), 61ff.; *V. Hammer* Die künftige Informationsinfrastruktur und das Grundrecht auf Information, in: *Roßnagel* (Hrsg.) Freiheit im Griff, 1989, 49; *F. Nicklisch* Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht. Zur kontrollierten Rezeption wissenschaftlich-technischer Standards durch die Rechtsordnung, *NJW* 1982, 2633; *Sieber* Informationsrecht (Fn. 46), 2569; *A. Roßnagel* Zur rechtlichen Bewältigung der informationstechnischen Entwicklung: Gestaltungsnotwendigkeiten, -probleme und -möglichkeiten, in: *Böttger/Fieguth* (Hrsg.) Zukunft der Informationstechnologie, 1992, 69; *ders.* Freiheit durch Systemgestaltung, *FS Podlech*, 1994, 227; *ders.* Rechtliche Gestaltung der Informationstechnik – Aufgaben und Chancen auf dem Weg in eine zivile Informationsgesellschaft, in: *Alcatel*

eines Datenverkehrsrechts liegen hierin anspruchsvolle Herausforderungen. Ansätze, die Probleme zumindest anzugehen, sind dabei in den modernen Mitteln des Regulierungsverwaltungsrechts<sup>157</sup> sowie adäquaten organisationsrechtlichen Strukturen zu suchen.<sup>158</sup>

e) *Die Umgestaltung der Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger als Weg*

Das skizzierte Szenario ist komplex. Wird das aber nicht *ad absurdum* geführt durch die mageren Ergebnisse des Umweltinformationsgesetzes, das zwar viele Aufsätze, aber kaum Nachfrage produziert hat?<sup>159</sup> Die Lehre vom subjektiv öffentlichen Recht prägt die Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger in Deutschland tief. Weder Behörden noch Öffentlichkeit sind auf eine über die Rechtsverteidigung hinausgehende, de-

---

SEL Stiftung (Hrsg.) Rechtliche Gestaltung der Informationstechnik, Dokumentation der Fachtagung der SEL-Stiftungsprofessur am 26./27. Juni 1996 in Darmstadt, 1996, 8ff.; ders. Rechtliche Regelungen als Voraussetzung für Technikgestaltung, in: Müller/Pfitzmann (Hrsg.) Mehrseitige Sicherheit in der Kommunikationstechnik, 1997, 361.

<sup>157</sup> Gelingen muss dabei die Verbindung wettbewerblicher Anbieterstrukturen mit gemeinwohlorientierten Vorgaben und Definitionsmacht der öffentlichen Verwaltung. Dabei kann sich das Regulierungsverwaltungsrecht nicht auf einmalige Ausschreibungen beschränken, sondern muss Programme der dauerhaften Zusammenarbeit von Privaten und Behörden entwickeln. Zu verschiedenen Formen von Regulierung vgl. J. Masing Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung, *VerwArch* 95 (2/2004, im Erscheinen) und die weiteren Nachweise in Fn. 41.

<sup>158</sup> Zu denken ist insoweit etwa an eine Zusammenlegung mit den Strukturen der Datenschutzbeauftragten, so geschehen im Zuge der Schaffung eines allgemeinen Informationszugangsrechts in den Ländern Berlin (§ 18 IFG-B), Brandenburg (§ 11 AIG-Bbg), Nordrhein-Westfalen (§ 13 IFG-NRW) und Schleswig-Holstein (§ 16 IFG-SH). In Frankreich dagegen bestehen zwei selbstständige unabhängige nationale Verwaltungseinheiten nebeneinander: Einerseits die *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA), die für die Durchsetzung des Gesetzes über den Zugang zu Verwaltungsunterlagen zuständig ist, und andererseits die nationale Datenschutzkommission, die *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), mit jeweils getrennten Aufgabenbereichen. Aufgabe solcher Behörden wäre es dann vorrangig, von außen Impulse zu geben, Beratung und *monitoring*-Verfahren bereitzustellen sowie einen Informationsaustausch zwischen den Behörden zu sichern. Solche Einheiten könnten zugleich nach außen eine Schlichtungsfunktion für streitige Informationsbegehren bekommen und dabei etwa auch zu einer *in camera*-Sichtung befugt sein.

<sup>159</sup> Eine Untersuchung für drei Bundesländer (Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland) fand 214 Anträge in drei Jahren (1997–1999), dazu M. Schmillen Umweltinformationsrecht zwischen Anspruch und Wirklichkeit. Rechtliche und praktische Probleme des Umweltinformationsgesetzes unter Einbeziehung der UIG-Novelle und der neuen Umweltinformationsrichtlinie, 2003, 20. Vgl. auch S. Frenzel Zugang zu Informationen der deutschen Behörden, 2000, 10; Angelov Grundlagen (Fn. 1), 186f., 209f.; Köster Erfahrungen (Fn. 58); Dix Akteneinsicht (Fn. 58), 292ff.

mokratisch begründete Kommunikation eingestellt, und hierzu fehlen bisher auch alle strukturellen Voraussetzungen. Eine solche Transformation braucht Zeit. Das Datenzugangsrecht kann sie nur anstoßen. Es gibt auf Dauer dann aber keine Gründe, dass die Daten der Verwaltung in Deutschland von geringerem Interesse sind als in Frankreich, wo die Beschwerdeanträge in den letzten 12 Jahren um 130 Prozent stiegen,<sup>160</sup> oder den USA, die jährlich ca. 200000 Anträge allein auf Bundesebene registrieren.<sup>161</sup> Freilich wachsen damit auch die Kosten.<sup>162</sup> In der Informa-

<sup>160</sup> Vgl. hierzu die Zahlen aus den Jahren 1991–2002 in: Commission d'accès aux documents administratifs (ed.) rapport d'activité de l'année 2002, Paris 2003, 8. Statistisch erfasst sind hier nur die Beschwerdeanträge an die CADA und nicht die Zahl der eigentlichen Anträge; aus der großen Steigerungsrate der Beschwerdeanträge darf aber wohl geschlossen werden, dass auch die Zahl der eigentlich gestellten Anträge zugenommen hat. Denn während in den Anfangsjahren 1979–1980 sich die Zahl der Beschwerdeanträge auf insgesamt 470 Anträge beschränkte, stieg sie bis zum Jahr 1991 auf 2238 pro Jahr und ab da kontinuierlich bis auf den bisherigen Höchststand von 5081 Beschwerdeanträgen im Jahr 2002.

<sup>161</sup> Nach den Angaben der Jahresberichte (Berichte des U.S. Department of Justice, abrufbar unter <http://www.usdoj.gov/oip/foia-ar.htm>; Stand: 22. 9. 2003) registrierten die Behörden im Jahr 1998 181388 Anträge. Der bisherige Spitzenwert von 235042 Anträgen wurde im Jahr 2000 erreicht, dann trat ein leichter Rückgang auf 182079 Anträge im Jahr 2002 ein.

<sup>162</sup> Diese lassen sich auch nicht durch Gebühren decken. Die uneingeschränkte Anwendung des Kostendeckungsprinzips würde eine prohibitive Wirkung haben; vgl. EuGH, Rs. 217/97 „Kommission/Deutschland“, Slg. 1999, I-5087, Rn. 47f.; vgl. auch *Angelov* Grundlagen (Fn. 1), 212, 248; *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 55), § 14. Um prohibitive Wirkungen der Gebührenerhebung zu vermeiden, sieht etwa 5 U.S.C.A. § 552 (a)(4)(A)(ii) FOIA (Fn. 4) ein gestaffeltes Gebührensystem unter Berücksichtigung des Nutzungszwecks vor: Mit abnehmender Bedeutung des Kostendeckungsprinzips wird unterschieden zwischen Informationsgesuchen für wirtschaftliche Zwecke, Gesuchen für nicht-wirtschaftliche Zwecke von Bildungs- oder wissenschaftlichen Einrichtungen sowie von Vertretern der Medien und sonstigen Gesuchen. Gestaffelte Gebührenmodelle bergen allerdings die Gefahr, dass der Informationssuchende über die Hintertür der Gebührenberechnung zur Offenbarung seines an sich nicht nachzuweisenden Informationsinteresses veranlasst oder gar gezwungen wird (vgl. *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz [Fn. 55], § 14 Rn. 29). Die Aarhus-Konvention begrenzt in Art. 4 Abs. 8 die Gebühren für die Bereitstellung von Informationen grundsätzlich auf eine „angemessene Höhe“; gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b i, c ist zu öffentlich zugänglichen Listen, Registern und Datensammlungen gebührenfreier Zugang zu gewähren.

Zu den Kosten des Informationszugangsrechts in den USA vgl. die jährlichen Berichte des U.S. Department of Justice (abrufbar unter <http://www.usdoj.gov/oip/foia-ar.htm>; Stand: 22. 9. 2003). Lagen diese im Jahre 1981 noch bei rund \$ 17,2 Mio., stieg diese Summe im Jahr 2002 auf rund \$ 77,5 Mio. Auf der anderen Seite ist es nahezu unmöglich, die Vorteile und Rückflüsse zu quantifizieren (die Gebührenrückflüsse betragen bei den U.S.-Bundesbehörden 2002 0,292 %) – dies schon deshalb, weil es sich dabei häufig

tionsgesellschaft sind diese jedoch Investitionskosten und werden in praktisch allen Industriestaaten hingenommen. Wird der dem Zugangsrecht nur schrittweise anzuschließende Umbau der Verwaltung eingebunden in die ohnehin auszubauende Digitalisierung und führt er – in Wechselwirkung mit einer zunehmenden praktischen Relevanz des Datenzugangs – zu einer kommunikativen Ausrichtung von deren Strukturen selbst, liegt in ihm nicht Aufblähung, sondern Modernisierung und Effektivierung.

## 2. Von der Transparenz zu einem „Informationsverwaltungsrecht“?

Ich gelange damit zur Vogelperspektive der Systematik: Bildet solche Transparenz nun die Grundlage eines „Informationsverwaltungsrechts“? Ich möchte das verneinen. Zunächst reichen die Informationsbeziehungen der Verwaltung weiter als der Aspekt der Transparenz: Verwaltungshandeln durch Warnungen und Empfehlungen, die Abwicklung von Verwaltungsvorgängen im Netz durch *E-Government*, die Probleme digitaler Aktenführung oder Fragen des Datenschutzes und -verkehrs lassen sich von hier aus nicht erfassen. Aber auch unabhängig davon ist die Anerkennung eines „Informationsverwaltungsrechts“ als verselbstständigtes Rechtsgebiet fragwürdig.<sup>163</sup> Allerdings lässt sich unter diesem Begriff der administrative Umgang mit Informationen sinnvoll zusammenfassen sowie nach übergreifenden Strukturmerkmalen ordnen und analysieren. Die Ausbildung eines „Informationsverwaltungsrechts“ ist dogmatisch

---

um indirekte Rückflüsse handelt, vgl. *Department of Justice* FOIA Update, Vol. I, Nr. 3 (1980; abrufbar unter [http://www.usdoj.gov/oip/foia\\_updates/Vol\\_I\\_3/page3.htm](http://www.usdoj.gov/oip/foia_updates/Vol_I_3/page3.htm); Stand: 22. 9. 2003).

<sup>163</sup> Verwendung des Begriffs mit unterschiedlichen Akzenten bei *Pitschas* Verwaltungsrecht (Fn. 55), 242, 253, 265 mit Hinweisen auf begriffliche Vorüberlegungen; *Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrecht (Fn. 29), 238 ff.; *Ladeur* Privatisierung (Fn. 47); *Pitschas* Informationsverwaltungsrecht (Fn. 99); *T. Vesting* Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten und die Umstellung der verwaltungsrechtlichen Systembildung auf ein „Informationsverwaltungsrecht“, *Die Verwaltung* 35 (2002), 433; *ders.* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 44). Distanz ist insbesondere gegenüber der Ansicht geboten, die – von der Emphase der Entdeckung der Information als neuen Faktor der Verwaltung hinweggetragen – das gesamte „Problem der verwaltungsrechtlichen Ordnungsbildung aus einer Perspektive der Informationsgenerierung und Wissensproduktion (re)formulieren“ will (s. *Vesting* ebd., 438 unter überdehnender Berufung auf *Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrecht [Fn. 29], 238 ff., der dem Informationsverwaltungsrecht nur wenig mehr als zwei Seiten einräumt). Die erheblichen Herausforderungen der Informationsgesellschaft können nicht mit einem befreienden Sprung aus der Geschichte, sondern nur aus dieser Geschichte selbst heraus, aus der sie auch erwachsen sind, bewältigt werden. Skeptisch aus rechtstheoretischer Perspektive wie hier *Albers* Information (Fn. 55), 89.



eine große Aufgabe. Informationen sind jedoch keine Materie, die ein eigenes Gegenstandsfeld umreißen oder sich aus den Grundbedingungen allgemeinen Verwaltens herauslösen lassen.<sup>164</sup> Sie sind elementarer Teil jeden Verwaltens überhaupt. Als Querschnittsmaterie sollte der Informationsumfang deshalb auch nicht in einem Informationsverwaltungsgesetz<sup>165</sup> oder gar als Teil eines allgemeinen Informationsgesetzbuchs geregelt werden. Eine Modernisierung der Informationsbeziehungen liegt nicht in deren Extrapolierung zu einer Spezialmaterie, sondern in ihrer Integration in die Grundlagen des Verwaltungsrechts. Der Schutz wie die Öffentlichkeit von Daten und ihre Einbindung in eine rechtlich differenzierte Informationsstruktur müssen selbstverständlicher Teil des Verwaltungshandelns überhaupt sein. Ihre Regelung, insbesondere Datenzugang und Datenschutz, sind deshalb einheitlich in die Verwaltungsverfahrensgesetze aufzunehmen – zumindest mittelfristig.<sup>166</sup> Diese würden damit grundlegend modernisiert und zur Grundlage der rechtlichen Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürgern insgesamt werden.<sup>167</sup> Es würde so

<sup>164</sup> Dazu allgemein *Lenk* Grundlagen (Fn. 134), 66 ff. Kritisch zu einer zu einheitlichen und damit undifferenzierten Handlung des Informations- und Datenschutzrechts auch *Albers* Information (Fn. 55), 67 ff.

<sup>165</sup> In diese Richtung aber *Pitschas* Technologien (Fn. 108), M 9, M 41, der den Begriff Verwaltungsinformationsgesetz (VIG) eingeführt hat. Die Schaffung eines Informationsfreiheitsgesetzes, wie zur Zeit – parallel zu den entsprechenden Landesgesetzen – auf Bundesebene vorgesehen, mag rechtspolitisch der zur Zeit einfachste Weg zur Durchsetzung eines Datenzugangs und deshalb kurzfristig akzeptabel sein; ein solches Gesetz sollte dann aber nur als Zwischenschritt verstanden werden und mittelfristig in systematisch befriedigendere Strukturen überführt werden. Zum abzulehnenden Projekt eines Informationsgesetzbuchs vgl. Verhdlg. des 62. DJT, Bd. II/2 (Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse), 1998, M 287; *M. Klopfer* Informationsgesetzbuch – Zukunftsvision?, K&R 1999, 241; *ders.* Informationsrecht (Fn. 3), § 1 Rn. 93, § 4 Rn. 14; *ders.* Technologien (Fn. 55); wie hier skeptisch *B. Sokol* Datenschutz in der Informationsgesellschaft, MMR 1998, Heft 9, VIII; mit großer Vehemenz, jedoch ohne inhaltliche Aussagekraft, gegen das Gutachten von *Klopfer: T. Hoeren* Neuerscheinungen: Hits und Flops 1998, MMR 1999 Heft 3, XIII.

<sup>166</sup> Gegen ein solches Projekt *H. Schmitz* Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensgesetzes: Konkrete Gesetzgebungspläne und weitere Perspektiven, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahren (Fn. 138), 135, 143 f. Einen Anlauf zur Integration des Datenschutzes in das Verwaltungsverfahrensgesetz gab es bereits in der 11. Legislaturperiode: BT- Drs. 11/4306.

<sup>167</sup> Hierdurch würden sich Inhalt und Charakter der Verwaltungsverfahrensgesetze freilich tief greifend erweitern und ändern. Dies entspricht jedoch nur der grundlegend erweiterten Stellung des Bürgers gegenüber der Verwaltung, die in solchen Befugnissen Anerkennung findet. Da es nach dem traditionellen Verständnis des Bürgers in Konsequenz der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht rechtliche Beziehungen zwischen Bürgern und der Verwaltung nur im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens gab, finden sich hier bisher nur Rechte, die sich auf konkrete Verfahren beziehen. Wenn sich das mit der

deren allgemeiner Anspruch verdeutlicht und zugleich verhindert, dass jene Gesetze zum alternden Hort des Traditionsbestands verfallen, während neue Herausforderungen nach der Logik von *casebooks* in topisch orientierten Einzelgesetzen Sonderblüten treiben.<sup>168</sup>

Dieser Vorschlag setzt freilich eine Unterscheidung von privat- und öffentlichrechtlichen Regelungen für das Informationsrecht voraus. Entgegen einer starken Strömung der Datenschutzdiskussion<sup>169</sup> ist das aber richtig: Gerade das Transparenzgebot und mit ihm die demokratische Rechenschaftspflicht zeigen, dass die Informationsbeziehungen der Verwaltung ein eigenes Fundament haben. Und auf ähnlich eigenen Grundlagen ruht auch der öffentliche Datenschutz.<sup>170</sup> Das schließt ein daneben zu

---

Anerkennung eines Datenzugangsrechts ändert, ist es angemessen, dies in das Verwaltungsverfahrensgesetz als das Gesetz, das seit jeher die allgemeinen Grundbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger regelt, zu integrieren. Das Verwaltungsverfahrensgesetz bleibt so das allgemeine Verwaltungsgesetz, das es der Sache nach auch bisher war und sein sollte. Entsprechend enthalten punktuell auch schon seine bisherigen Bestimmungen Vorschriften, die über das Verwaltungsverfahren hinausführen, wie die Vorschriften zur elektronischen Kommunikation (§ 3a VwVfG), zur Amtshilfe (§§ 4ff. VwVfG), zur ehrenamtlichen Tätigkeit (§§ 81 ff. VwVfG) und zu den Ausschüssen (§§ 88 ff. VwVfG). Anläufe für die Integration des Datenschutzes in das Verwaltungsverfahrensgesetz hat es denn auch schon gegeben (s. Fn. 166).

<sup>168</sup> Zugleich wäre damit auch für die Informationsbeziehungen auf die Regelungstechnik von Allgemeinem und Besonderem verwiesen: Durch fachgesetzliche Regelungen könnten die Regeln des allgemeinen Verfahrensgesetzes bereichsspezifisch verändert werden. Anders und weniger überzeugend ist die im amerikanischen Recht vorgesehene Möglichkeit, durch Anordnungen der Exekutivspitze („executive order“) bestimmte Bereiche von der Offenlegungspflicht auszunehmen. Die früher im französischen Recht bestehenden Ausnahmelisten sind durch Art. 7 des Gesetzes N° 2000–321 abgeschafft worden (Änderung des Art. 6 des Gesetzes N° 78–753).

<sup>169</sup> Dafür, „ein grundsätzlich einheitliches materielles Datenschutzrecht für den öffentlichen und den privaten Bereich zu schaffen, dessen innere Differenzierungen sich nach den Unterschieden in der Schutzbedürftigkeit unter Beachtung der Selbstbestimmung (Freiwilligkeit) und des Gefahrenpotentials zu richten habe“, Beschluss 5 der Abteilung Öffentliches Recht des 62. DJT, Bd. II/2 (Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse); A. Büllesbach *Informationstechnologie und Datenschutz: Auswirkungen, Reformforderungen*, 1985, 2. Kapitel; J. Bizer *Thesen Privacy in der Informationsgesellschaft*. World Summit on the Information Society, 2003, These 9; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka *Moderernisierung* (Fn. 64), 256; in diese Richtung auch EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, ABLEG Nr. L 281/31 sowie dazu Sokol *Datenschutz* (Fn. 165), IX f.; zur anderen Ansicht Kloepfer *Technologien* (Fn. 55), These 27, D 146: Für Private gilt „gleichwertiger“, nicht aber „gleichartiger“ Datenschutz, der damit dem Vorbild USA folgt, in dem es ebenfalls kein einheitliches Datenschutzrecht gibt. De lege lata Kloepfer *Informationsrecht* (Fn. 3), § 8 Rn. 51.

<sup>170</sup> Die öffentliche Hand unterliegt im Rahmen der ihr je begrenzt verliehenen Kompetenzen einer unmittelbar verfassungsrechtlich begründeten Grundrechtsbindung; der Pri-

schaffendes allgemeines Datenverkehrsrecht nicht aus – mehr: Dessen Kodifizierung ist dringlich.<sup>171</sup> Wahrscheinlich muss es auch Transparenzpflichten, vielleicht sogar – unter dem Gesichtspunkt der Sozialpflichtigkeit – einen Zugang zu Daten Privater regeln. Und soweit es die allgemeinen Bedingungen moderner Kommunikation festlegt – etwa Technologieanforderungen, Kryptographieregeln, Löschungs- oder Protokollierungspflichten –, kann es auch gegenüber der Verwaltung gelten (ähnlich wie das Straßenverkehrsrecht)<sup>172</sup>. All dies ändert aber nichts daran, dass die Kommunikations- und Informationsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürgern eigenen Gesetzen unterliegen. Nichts zeigt das deutlicher als die Pflicht der Verwaltung zu Transparenz und Öffentlichkeit.

## Schluss

Ich bin damit am Schluss. Es ist hohe Zeit für ein allgemeines Zugangsrecht zu den Daten der Verwaltung – und damit für transparentere Strukturen des Verwaltens selbst. Transparenz aber ist nur ein Schritt. Sie ist Beginn von Kommunikation. Hierüber ändern sich die Stellung des Bürgers wie der Verwaltung. Der Bürger wird als *citoyen* an der Verwaltung beteiligt, die Verwaltung in ein politischeres Kräftefeld gestellt. Dies entspricht Umfeld wie Aufgaben moderner Verwaltung – ist aber doch ambivalent. Denn Macht der Öffentlichkeit spiegelt nicht formalisierte demokratische Gleichheit, sondern gesellschaftliche Ungleichheit. Mit ihr

---

vate hingegen kann nur durch ein in seine grundrechtliche Freiheit eingreifendes Gesetz zu Datenschutz angehalten werden oder sich freiwillig vertraglich zu Datenschutz verpflichten. Keine Unterscheidung trifft insoweit freilich die europäische Datenschutzrichtlinie (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABIEG Nr. L 281 v. 23. 11. 1995, 0031–0050); regelungstechnisch ist so etwas bei ergebnisorientierten Zielbeschreibungen auf hohem Abstraktionsniveau möglich; den Sachunterschied kann das aber nicht verwischen: Während der Datenschutz zwischen Privaten grds. auf die Einwilligung und damit quasi vertraglich gestützt werden soll (zur Frage der Einwilligung und Selbstregulierung *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* Modernisierung [Fn. 63], 59, 70 ff., 153 ff.), ist dies für die öffentliche Hand in dieser Weise regelmäßig nicht möglich. Die Richtlinie steht differenzierten Regelungen denn auch nicht entgegen.

<sup>171</sup> Zum Datenverkehrsrecht zwischen Privaten *Kloepfer* Technologien (Fn. 55), D 94 ff.; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* Modernisierung (Fn. 63), 59, 70 ff.; *Pitschas* Selbstbestimmung (Fn. 46), 148 f.

<sup>172</sup> Zu dem – freilich nur begrenzt tragfähigen – Vergleich eines Datenverkehrsrechts mit dem Straßenverkehrsrecht vgl. *Kloepfer* Technologien (Fn. 55), D 86 ff.

greift letztlich das Marktprinzip Platz – nach allen Erfahrungen bleibt die Mobilisierungsfähigkeit gemeinnützigen Engagements gering.<sup>173</sup> Gerade deshalb darf die Ausgestaltung der Öffentlichkeit nicht auf bloße Abwägungsklauseln gestützt werden, sondern bedarf belastbarer Differenzierungen. Gelingt es mit ihnen, Machtstrukturen nicht zu potenzieren, sondern freizulegen und zu relativieren, birgt die Öffnung der Verwaltung große Chancen. Sie wäre dann ein Beitrag zu einer wahrhaft öffentlichen Verwaltung.

---

<sup>173</sup> Von den 41 500 Informationsgesuchen, die im Jahr 1987 an die Federal Drug Administration (FDA) gerichtet wurden, kamen etwa 80% direkt oder indirekt von „regulated industries“, 6% von der Presse, 4% von privaten Individuen und nur 1% von „public interest groups“ (vgl. hierzu *E. Gurlit* Akteneinsicht in den Vereinigten Staaten, in: Winter [Hrsg.] Öffentlichkeit [Fn. 3], 511, 521); *Strohmeier* Umweltinformationszugangsrecht (Fn. 5), 215. Auf den Sonderfall des UIG bezogen vgl. die Untersuchung von *Schmillen* Umweltinformationsrecht (Fn. 159), 32; allgemeine statistische Übersichten der Antragsteller bei der CADA vgl. Commission d'accès aux documents administratifs (ed.) Rapport d'activité de l'année 2002, 11 ff.; dies. (ed.) Rapport d'activité de l'année 2001, 6 ff.; dies. (ed.) Rapport d'activité 1999–2000, 62 ff.

*Leitsätze des 2. Berichterstatters über:*

## **Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts**

### *I. Stand und Entwicklungslinien der Verwaltungsöffentlichkeit in Deutschland*

#### *1. Rechtslage und Entwicklungslinien*

*1. In Deutschland sind Unterlagen der Verwaltung grundsätzlich nichtöffentlich. Akteneinsicht – modern: Datenzugang – beschränkt sich grundsätzlich auf Rechtsschutz. International steht Deutschland damit zunehmend allein.*

*2. Die Nichtöffentlichkeit der Verwaltungsdaten ist nicht lediglich als Relikt der fehlenden demokratischen Verantwortlichkeit im deutschen Konstitutionalismus zu erklären. Sie prägte die Tradition fast aller demokratischen Staaten und wurde funktional gerechtfertigt.*

*3. Demgegenüber ist die Anerkennung allgemeiner Zugangsrechte der Bürger zu den Daten der Verwaltung international eine jüngere Entwicklung. Sie stößt in Deutschland auf besonderen Widerstand.*

*4. Hintergrund für diesen Widerstand sind historisch begründete Perspektivenverengungen der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, die das Grundverhältnis von Verwaltung und Bürger betreffen: Gegenüber der Verwaltung wird der Einzelne – entpolitisiert – prinzipiell nur als bourgeois erfasst.*

*5. Solche Verengungen sind unter dem Grundgesetz zunehmend relativiert worden. Diese Entwicklung weiterführend steht mit dem Datenzugang eine nun grundlegende Neubestimmung des Verwaltung-Bürger-Verhältnisses in Frage.*

#### *2. Reformbedarf*

*6. International wie auf europäischer Ebene wird der freie Datenzugang immer selbstverständlicher. Zum Teil ist seine Gewährung bereits Rechtspflicht.*

*7. Die geschwundene Steuerungskraft der Gesetze und das damit verbundene Aufgabenprofil der Verwaltung im planenden, vorsorgenden und vielfach*

*nur noch regulierenden Staat erfordert Kommunikation, die nicht allein vom Rechtsschutz her bestimmt sein darf.*

*8. In der Informationsgesellschaft ist Zugang zu Daten durch deren leichte Rekombinierbarkeit ein Faktor neuer Wertschöpfung. Probleme des Gemeinwesens sind oft nur noch auf der Grundlage breiter Informationsverknüpfung zu bewältigen. Die nur mediatisierte Verwaltungsöffentlichkeit durch Parlament und Presse verliert bei allseitiger Vernetzung ihre Rechtfertigung.*

### 3. Resümee

*9. Es bedarf eines individuellen, einklagbaren Zugangsrechts des Bürgers zu den Daten der Verwaltung, unabhängig von dem Nachweis eines Interesses.*

*10. In einem solchen Datenzugangsrecht liegt eine tief greifend neue Ausbalancierung des Demokratieprinzips. Seine Grundlage hat es in der prinzipiellen Rechenschaftspflicht aller demokratischen Staatsgewalt, die Ausnahmen nur aus funktionalen Gründen zulässt. Solche tragen die prinzipielle Nichtöffentlichkeit der Verwaltungsdaten heute nicht mehr.*

## II. Informationsfreiheit: Zugang zu Daten der Verwaltung

### 1. Regelungskonzepte und Regelungsprobleme

#### a) Abwägung und Prinzipien

*11. Die Regelungskonzepte eines Datenzugangsrechts laufen im Kern auf eine Prinzipienordnung hinaus. Dem Grundprinzip der Aktenöffentlichkeit werden Gegenprinzipien als Ausnahmen entgegengestellt: der Schutz personenbezogener Daten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und die Effektivität der Verwaltung. Eine verschieden strukturierte, in der Regel aber tatbestandlich offene Abwägung soll dann für den Einzelfall zwischen diesen Prinzipien ausmitteln. Dieses Modell ist unzureichend.*

#### b) Das Problem des Datenschutzes

*12. Datenzugang und Datenschutz stehen schon prinzipiell in Widerspruch zueinander. Der Grundmodus des Datenschutzes, die Zweckbindung, wird durch die Zweckfreiheit des Datenzugangsrechts außer Kraft gesetzt.*

*13. Ein tatbestandlich offener Abwägungsvorbehalt kann das nicht auffangen. Die Abwägung mit Interessen, auf die es für den Datenzugang dem Konzept nach nicht ankommen soll, ist schon prinzipiell fragwürdig. Jedenfalls gewährleistet sie keine vorhersehbare Strukturierung der weiteren Datenübermittlung.*

14. Ein Zugriffsrecht auf personenbezogene Daten läuft auch den Reformbemühungen um ein modernes Datenschutzrecht zuwider, die den Umlauf personenbezogener Daten prinzipiell zu vermeiden suchen.

c) *Das Problem der Effektivität der Verwaltung*

15. Öffentliche Kommunikation ist strukturbedingt entdifferenziert und weithin irrational. Die Öffentlichkeit der Verwaltung braucht deshalb zur Sicherung der Effektivität Grenzen. Einigkeit besteht über Eckpunkte wie die Nichtöffentlichkeit von Ermittlungsverfahren des Straf-, Ordnungswidrigkeiten- und Disziplinarrechts. Im übrigen gelingt es aber auch hier nur begrenzt, über unbefriedigende Abwägungsformeln hinauszukommen.

d) *Inkurs: Amerikanische und kontinentaleuropäische Gesetzgebungstradition*

16. Hinter diesen Regelungsproblemen liegt eine Anfrage an die Leistungsfähigkeit inhaltlich-systematischer Gesetzgebung gegenüber der amerikanischen Gesetzgebungstradition. Ohne Einbindung in das Common Law-System birgt deren Adaption die Gefahr eines Abgleitens in archaische Vereinfachung.

2. *Thesen zu den Grundbestimmungen eines Datenzugangsrechts*

a) *Transparenz der Verwaltung und Transparenz der Gesellschaft*

17. [These 1] Wesentliche Kernfunktionen einer Informationsfreiheit zielen auf Daten ohne Personenbezug. Zu solchen Daten ist grundsätzlich Zugang zu gewährleisten.

18. [These 2] Personenbezogene Daten dürfen grundsätzlich nicht dem Datenzugang unterliegen. Begrenzt müssen aber auch sie zugänglich sein. Es bedarf hierfür inhaltlich bestimmter gesetzlicher Regelungen ohne tatbestandlich offenen Abwägungsvorbehalt.

19. [These 3] Daten juristischer Personen sind keine personenbezogenen Daten und damit als Teil von Verwaltungsunterlagen grundsätzlich zugänglich. Für sie ist aber zweckbezogen Schutz zu schaffen, insbesondere durch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

b) *Dialektik von Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit als Handlungsvoraussetzung der Verwaltung*

20. [These 4] Daten aus abgeschlossenen Verfahren sind grundsätzlich zugänglich zu machen, solche aus laufenden Verfahren nur nach Maßgabe bereichsspezifischer Differenzierung.

21. *[These 5] Der Zugang zu Verwaltungsdaten braucht Ausnahmeregelungen insbesondere zur Sicherung von Freiräumen der internen Willensbildung und zum Informantenschutz.*

c) *Konvergente Entwicklungen in anderen Staaten*

22. *Mit einem solchen Konzept kann der internationale Rückstand in einen Vorteil gewendet werden. Die Thesen greifen Erfahrungen und Rechtsprechung des Auslands auf, entwickeln sie kritisch weiter und bringen sie in ein rechtsklares Gerüst.*

### III. *Die Umgestaltung der Verwaltung im Zeichen der Transparenz*

#### I. *Die Ausbildung kommunikationsorientierter Verwaltungsstrukturen*

##### a) *Die informierende Verwaltung*

23. *Datenzugang beschränkt sich nicht auf passives Einsichtgeben, sondern ist der Beginn von Kommunikation. Dies wirkt vor und verlangt eine aktive Informationspolitik der Verwaltung. Diese muss nicht nur hierarchisch, kompetentiell und organisatorisch bewältigt werden, sondern wirft auch neue Probleme der Sachlichkeit und Neutralität auf.*

##### b) *Differenzierte Informationsaufbereitung*

24. *Die Zugänglichkeit von Daten muss den Umgang mit Informationen und die Verwaltungsvorgänge selbst anleiten. Bereits die Aktenführung und Gestaltung der Informationsbeziehungen sind an Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung auszurichten.*

##### c) *Informationsbezogene Strukturierung von Verwaltungsabläufen*

25. *Zur näheren Strukturierung der Dialektik von Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit des Verwaltungshandelns bedarf es einer an den jeweiligen Aufgaben auszurichtenden Gliederung der einzelnen Verwaltungsabläufe. Durch Verwaltungsvorschriften und mittels Computerprogrammen sind informationelle Ablaufprogramme zu entwickeln.*

26. *Damit verbindet sich ein bedeutsamer Paradigmenwechsel: Verwaltung ordnet sich nicht mehr von der am Ende stehenden Entscheidung her, sondern prozesshaft.*

##### d) *Technikabhängigkeit*

27. *Eine neue Verwaltungsöffentlichkeit ist eng verbunden mit den Möglichkeiten der Digitalisierung und damit neuen Abhängigkeiten. Lösungsan-*



sätze sind in den Mitteln des Regulierungsverwaltungsrechts sowie adäquaten organisationsrechtlichen Strukturen zu suchen.

d) *Die Umgestaltung der Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger als Weg*

28. *Ein Datenzugangsrecht kann nur langsam eine Kommunikation zwischen Bürgern und Verwaltung anstoßen. Der dann schrittweise anzuschließende Umbau der Verwaltung ist einzubinden in die zunehmende Digitalisierung. Seine Kosten können so gestreckt werden und sind Investitionskosten in eine moderne Verwaltung.*

2. *Von der Transparenz zu einem „Informationsverwaltungsrecht“?*

29. *Unter dem Begriff „Informationsverwaltungsrecht“ kann der administrative Umgang mit Informationen sinnvoll zusammengefasst sowie nach übergreifenden Strukturmerkmalen dogmatisch geordnet und analysiert werden. Die hierbei zu bewältigenden Aspekte führen jedoch über den Gesichtspunkt der Transparenz weit hinaus.*

30. *Ein „Informationsverwaltungsrecht“ ist nicht als normativ verselbständigtes Rechtsgebiet auszubilden. Eine Modernisierung der Informationsbeziehungen liegt nicht in deren Extrapolierung zu einer Spezialmaterie, sondern in ihrer Integration in die Grundlagen des Verwaltungsrechts. Ihre Regelung, einschließlich Datenzugang und Datenschutz, ist in die Verwaltungsverfahrensgesetze aufzunehmen.*

### 3. Aussprache und Schlussworte

## **Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts**

**Vorsitzender (Schulze-Fielitz):** Wir steigen in die Diskussion ein. Ich darf Ihnen sagen, es liegen 17 Wortmeldungen vor, die es ermöglichen, dass jeder diskutieren kann. Es ist ein relativ heterogener Kranz von Argumentationsstichpunkten. Ich habe versucht, sie in drei Abschnitte zu gliedern. Die erste Gruppe von Diskutanten gilt den Grundlagen eines Informationsanspruchs und überhaupt eines Informationsrechts einschließlich verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektiven. Es handelt sich um sieben Kollegen; ich darf zunächst Herrn *Schoch* bitten.

**Schoch:** Herr Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen! Ich möchte in einem Punkt zu dem Referat von Herrn *Masing*, den ich in der Pause darauf vorbereitet habe, Stellung nehmen und dann kurz etwas zu drei Erweiterungen der Thematik sagen.

Zum Ausgangspunkt sollte man vielleicht in Erinnerung rufen, dass die öffentliche Verwaltung der mit Abstand größte „Informationsbesitzer“ unter den innerstaatlichen Rechtssubjekten ist; ferner weisen empirische Untersuchungen nach, dass der größte Teil der vorhandenen Daten (oder besser: „Informationen“) keinen Personenbezug aufweist, so dass das Thema „Datenschutz“, das teilweise doch sehr im Zentrum stand, eigentlich nicht die Basis darstellen sollte, um ein Konzept aufzubauen. Daher, Herr *Masing*, hätte ich es begrüßt, wenn Ihr Leitsatz 17 [These 1] anstelle von Leitsatz 12 die Grundlage Ihres Modells gebildet hätte. Dann wäre der Aspekt der „Zweckbindung von Daten“ deutlich relativiert worden. Eine zweite Bemerkung zu Ihrem Referat: Ich kenne mindestens einen Vorschlag, der genau das von Ihnen kritisierte Abwägungsmodell zu vermeiden sucht, indem tatbestandlich bestimmte Informationen der Geheimhaltung unterstellt werden und – was nicht zur Sprache gekommen ist – „entweder-oder-Entscheidungen“ vermeidet, indem es zum Beispiel auch einen nur eingeschränkten Informationszugang gibt (Stichworte: Schwärzung, Aussonderung etc.), um den Personenbezug nicht zu offenbaren.

Mein erster Punkt zur Themenerweiterung ist mit dem Stichwort „Informationsgenerierung“ markiert. Dazu möchte ich den hier erwähnten Begriff der „Informationsvorsorge“ aufgreifen. Wenn wir über ein Infor-

mationsverwaltungsrecht nachdenken, müssen wir die engen Verbindungslinien zu dem Thema „Privatisierung“, das wir in Halle behandelt haben, sehen. In dem Maße, in dem öffentliche Aufgaben in den privaten Sektor zur Wahrnehmung verlagert werden, verliert der Staat bestimmte Informationen. Gleichwohl behält er vielfach Aufsichtskompetenzen, Kontrollkompetenzen, Rechtsetzungskompetenzen. Wie reagiert der Staat mit Blick auf die Kompetenzausübung bei den eingetretenen Informations- und Wissensverlusten in den privatisierten Bereichen? Er reagiert – womit wir uns bislang nicht beschäftigt haben – unsystematisch durch die Normierung von Auskunftspflichten der Privaten, Anzeigepflichten, Dokumentationspflichten etc.; dieser Aspekt sollte im Blick behalten werden. Es geht im Informationsverwaltungsrecht eben nicht nur um den Informationszugang Privater zu Informationen der öffentlichen Verwaltung, sondern in den privatisierten Bereichen (und darüber hinaus) umgekehrt auch um den Zugang des Staates zu Informationen bei Privatrechtssubjekten (Informationsgenerierung, Informationsvorsorge für staatliches Handeln).

Das zweite Stichwort zur thematischen Erweiterung betrifft die „Informationsaufbereitung“. Wenn wir uns diesem Themenkomplex zuwenden, sollten wir die Bedeutung des Binnenbereichs der Verwaltung für das Informationsverwaltungsrecht nicht vergessen. Der Begriff der „Informationsaufbereitung“ ist in den Referaten mit Blick auf das Außenrechtsverhältnis kurz gestreift worden. Ich erwähne zusätzlich das von Juristen völlig vernachlässigte, weite Gebiet des Statistikrechts. Dort finden Selektionsmechanismen statt und dort werden bedeutsame politische Programme vorbereitet, die oftmals in Rechtsprogramme überführt werden; dennoch überlassen wir das Rechtsgebiet den Praktikern und den Ökonomen. Es gibt meines Wissens keine rechtswissenschaftlichen Kollegen, die sich mit dem Statistikrecht vertieft beschäftigt haben. Widmet man sich dem Gebiet, kann man an dem Beispiel des Statistikgeheimnisses sehr schön erkennen, dass es im Informationsverwaltungsrecht einen rechtlichen Schutz auch ohne unmittelbaren Bezug zum Recht der informationellen Selbstbestimmung geben kann. Hinzu kommt der Schutz von Betriebsgeheimnissen und Geschäftsgeheimnissen.

Der dritte Bereich zur Erweiterung der Thematik betrifft die „Informationsverwendung“. Über den Aspekt „Warnungen, Hinweise, Empfehlungen“ zu sprechen, haben wir nicht die Zeit; das wäre ein Thema für sich. Auf einen Punkt zum Stichwort „Informationsverwendung“ („Informationsnutzung“) möchte ich aber hinweisen, und zwar sowohl bezüglich der objektivrechtlichen Seite zur Informationseröffnung seitens der Verwaltung als auch zum individuellen Informationszugang: Die EU-Kommission bereitet eine Richtlinie zur kommerziellen Nutzung von In-

formationen des öffentlichen Sektors vor. Der Kreis meiner Ausführungen schließt sich hier. Ausgangspunkt der Überlegungen der Kommission ist mein eingangs gegebener Hinweis, dass die öffentliche Verwaltung der größte Informationsbesitzer ist. Die Frage kann gestellt werden, ob sich dieser Informationsbestand wirtschaftlich nutzen lässt. Die Anschlussfrage an die Referenten wäre, wie sich eine solche Überlegung mit dem von Ihnen vertretenen Konzept des grundsätzlich freien Informationszugangs vereinbaren lässt. Wir haben gewisse Erfahrungen mit gebührenrechtlichen Problemen aus dem Umweltinformationsrecht; aber hier geht es um die echte kommerzielle Nutzung von Informationsbeständen des öffentlichen Sektors. – So viel zu Überlegungen über Weiterungen des Themas „Informationsverwaltungsrecht“ in einigen Bereichen.

**Schwabe** (Zwischenfrage): Eine Minute allerhöchstens, ja. Herr *Schoch*, was Sie sagen, ist für mich fast das Evangelium, ich zweifle das nicht an, was Sie ausgeführt haben, dass nach Ihren Unterlagen das meiste nicht personenbezogen ist – ich gebe aber zu, dass es mich ein bisschen verblüfft hat. Angesichts der Finanzverwaltung, Sozialverwaltung, Universitätsverwaltung, KFZ-Verwaltung und so weiter und so fort, also alles in Anknüpfung an die Personen – wie ist es zu erklären (vielleicht, dass Sie noch zwei Sätze dazu liefern), dass trotzdem die Mehrzahl nicht personenbezogen ist?

**Schoch**: Die Verwaltungen gehen im Zeitalter der EDV zunehmend dazu über, Daten zu aggregieren. Das heißt, die zunächst vorliegenden personenbezogenen Daten werden in Verwaltungsdateien überführt, der Personenbezug wird gelöst, weil der Personenbezug für die Wahrnehmung vieler Verwaltungsaufgaben irrelevant ist. In den Verwaltungsdateien werden die Daten entsprechend aufbereitet („Geschäftsstatistiken“). Herr *Masing* hat wichtige Stichworte genannt: Anonymisierung, Pseudonymisierung. Derartige Prozesse werden in der Verwaltung seit langer Zeit praktiziert.

**Wegener**: Ich darf mich zunächst nochmals bedanken für die zwei ganz ausgezeichneten Vorträge, die uns alle, die wir noch hier geblieben sind, für unsere Geduld großzügig belohnt haben. Ich habe eine Frage, die sich zunächst an Herrn *Gröschner* richtet, weil Herr *Masing* die Verfassungsebene ja ausdrücklich ausklammern wollte. Aber vielleicht ist sie auch für Herrn *Masing* interessant, weil auch er ja von der Bedeutung einer verwaltungskulturellen Umorientierung gesprochen hat, wenn ich das in meinen Worten einmal so wiedergeben darf; einer verwaltungskulturellen Umorientierung, die der Übergang zur Informationsfreiheit mit

sich bringt und die dieser Übergang selber braucht. Meine Frage, die daran anschließt, ist diese: Brauchen wir für diese neue Orientierung der Verwaltungskultur nicht doch auch so etwas wie eine Anerkennung eines Grundrechts auf Informationsfreiheit, eines verfassungsrechtlich verbürgten subjektiv-öffentlichen Anspruchs auf freien Zugang zu Informationen der Verwaltung? Und ist – wenn ich die Frage noch etwas zuspitzen darf – die Anerkennung bzw. die Logik einer solchen Anerkennung in der jüngeren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die Sie, Herr *Gröschner*, hier angesprochen haben, in der n-tv-Entscheidung, nicht schon angelegt? Sie waren an diesem Punkt ja betont zurückhaltend und wollten sich, wenn ich Sie richtig verstanden habe, hier nicht zu weit vorwagen. Ich versuche Sie also ein wenig aus dem Fenster zu ziehen: Liegt nicht in dieser Entscheidung – die sich vordergründig nur auf die Gerichtsöffentlichkeit bezieht, aber die doch die ehemals unbeschränkt gedachte Verfügungsbefugnis des Staates über seine Informationen jetzt grundrechtlich und mit Hilfe des Demokratieprinzips beschränken möchte – liegt in dieser Entscheidung nicht in der Konsequenz die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf freien Zugang zu den Informationen der Verwaltung?

**Häberle:** Verehrte Kolleginnen und Kollegen. Wir haben den Referenten für zwei vortreffliche, kontrastreiche, einander kongeniale Referate zu danken. Sie haben in Aufbau, Methoden und Inhalten höchst „transparent“ gearbeitet und ihre Ergebnisse sollten mittelfristig ein Stück materieller Öffentlichkeit unserer Disziplin werden. – Ich möchte mich auf zwei Themen konzentrieren: *Erstens* auf das familiäre (?) Verhältnis von „Öffentlichkeit“ und „Transparenz“, *zweitens* fühle ich mich durch mehrere öffentliche Bemerkungen von Mitgliedern des „dreieinigen“, ja „dreifaltigen“ Vorstands ermutigt, die „roten Fäden“ freizulegen, die unsere ganze Tagung durchziehen, wobei ich nicht weiß, ob das „rot“ den Vorstandsmitgliedern intensiv genug ist. – Zum einen eine Frage an beide Referenten: In welchem Verhältnis stehen das Prinzip „Öffentlichkeit“ und das neuerdings (leider) in den Vordergrund rückende, ja „modische“ Transparenzgebot zueinander? Die Karriere der „Transparenz“ ist erstaunlich: Wohl vom EU-Verwaltungsrecht herkommend, findet es sich nicht nur in vielen EU-Verfassungsentwürfen, sondern auch im weltweiten Raum. So verwendet ihn die neue Verfassung von Äthiopien (1994), auch Ruanda (2003), so ist er in den beiden, mir zur Begutachtung in diesen Tagen vorgelegten zwei Verfassungsentwürfen für Somalia leider fast ganz an die Stelle der alteuropäischen „Öffentlichkeit“ gerückt. Der Vorteil des Begriffs „Öffentlichkeit“ ist ja die „Erinnerung“ an den alteuropäischen materiellen Zusammenhang von *res publica*, *salus publica* (*Cicero*),

Republik und die öffentlichen Freiheiten (Frankreich, Spanien). Er geht verloren, wenn wir eher bloss von „Transparenz“ sprechen. – Mein anderer Punkt: Alle Vorträge, gestern wie heute, haben einen positiven Wandel im Selbstverständnis unserer Vereinigung, im Verständnis unserer Disziplin offenbart: *Erstens*: wir können heute nationales öffentliches Recht nur noch erforschen und lehren, wenn wir in einer Gesamtschau das Europarecht und das „Völkerrecht“ von vorneherein einbeziehen. *Zweitens*: Unverzichtbar ist der kulturgeschichtliche Rückgriff auf neu aktivierte Klassikertexte von Athen über Rom über solche des 17. und 18. Jahrhunderts, z.B. *Manzoni* und *Kant* (Referat *Brugger*) bis zu „neuen Klassikern“, verstanden als Wert- und als Erfolgsbegriff, wobei die weltweit ausgreifende kulturelle Rechtsvergleichung unverzichtbar wird und in sehr vielen Referaten Vorbildliches geleistet wurde. *Drittens*: Wir müssen dies verbinden mit einer sensiblen Verarbeitung der Empirie, der dogmatisch sauberen Konturierung der Referenzgebiete, neue Paradigmen erfinden und sie ggf. revidieren, ein Prozess von Rezeption und Innovation und im Geiste des kritischen Rationalismus eines *Popper*. Vielen Dank.

**Classen**: Ich habe eine Frage, die sich an beide Referenten richtet. In Sachen Geheimhaltung der Informationen der Verwaltung haben Sie beide eine Umkehrung des bisherigen Regel-Ausnahme-Verhältnisses gefordert, und zwar als Postulat geltenden Verfassungsrechtes. Hätte – im Anschluss an die einführenden Bemerkungen von Herrn *Schulze-Fielitz* – ein Student im Jahre 1949 *Hans Peter Ipsen* darauf angesprochen, wie er es denn mit der Transparenz der Verwaltung hält, wäre die Antwort wahrscheinlich eine andere gewesen. Die Frage, die sich mir daher stellt, lautet: Wie kommt man zu einer solchen veränderten Interpretation sei es des Demokratieprinzips, das *Johannes Masing* stärker in den Vordergrund gestellt hat, sei es der Republik, die bei Herrn *Gröschner* im Vordergrund stand? Die historischen Beispiele, Herr *Gröschner*, überzeugen mich insofern nur in Maßen, weil sie sich, wenn ich das richtig sehe, – aus der Perspektive heutiger Staatsfunktionen – mehr auf die Gesetzgebung beziehen, jedenfalls nicht unbedingt auf das, was man heute unter Verwaltung versteht. Von daher also meine Frage: Ist es einfach neuere, bessere Einsicht? Ist es die Rechtsvergleichung, – im Anschluss an *Häberle* – bekanntlich die fünfte Methode der Auslegung, für die ich viel Sympathie habe, deren Ergebnisse aber gerade im vorliegenden Kontext dennoch etwas begründungsbedürftig sind? Ist es einfach der Wandel der Technik, weil heute der Aufwand, der zu treiben ist, um Zugang zu Informationen zu gewährleisten, wesentlich geringer ist als früher? Wenn letzteres jedenfalls einen Gesichtspunkt darstellt, kann man sich zugleich fragen, ob insoweit auch gewisse Begrenzungen mitzudenken sind etwa in dem Sinne,

dass dort, wo die Verwaltung über Informationen in digitalisierter Form verfügt, die Maßstäbe für eine Herausgabe von Information andere sind als sonst. Gegebenfalls wäre ergänzend an eine Verpflichtung zur Digitalisierung oder zur elektronischen Aufbereitung von Informationen zu denken. Wie auch immer – ich hätte von den Referenten gerne noch einige Worte zur methodischen Begründung des von ihnen angenommenen Bedeutungswandels von Verfassungsbegriffen gehört.

**Bullinger:** Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich möchte den beiden Referenten danken für den Mut, mit dem sie sich eingesetzt haben für das neue Prinzip des freien Zugangs zu Akten. Dieser Mut allerdings wiegt etwas weniger schwer, wenn man bedenkt, dass die Bundesrepublik in Europa nahezu der letzte Staat ist, der sich zu einer Änderung zu entschließen beginnt. Vor 35 Jahren war davon noch keine Spur zu finden. Ich wurde Mitglied einer internationalen Kommission, eingesetzt vom Internationalen Institut für Verwaltungswissenschaften, im Auftrage der Bundesregierung, zusammen mit dem heutigen Supreme Court Judge *Scalia*. Wir haben uns beide – ich entgegen dem Rat der Bundesregierung – eingesetzt für den öffentlichen Zugang zu öffentlichen Verwaltungsakten – und haben damit niemanden überzeugt. Alle anderen haben die Gegenargumente, die Herr *Masing* heute so schön systematisch als Begründung für die Ausnahmen vom Prinzip vorgetragen hat, als Argumente gegen eine Änderung des Prinzips vorgebracht.

Etwas ist mir noch unklar bei Ihnen beiden: Wie kann man vermeiden, dass die öffentliche Verwaltung mit der Begründung, das öffentliche Interesse erfordere die Geheimhaltung, doch dem Zugang einen Riegel vorschleibt? Das habe ich gleich am Anfang der Kommissionsarbeit verspürt. Mir wurde (vom Bundespresseamt) gesagt: „Die Einzelregelung finden Sie in einer Verwaltungsvorschrift, die müssen Sie einmal genau studieren.“ Ich sagte: „Geben Sie mir bitte die Verwaltungsvorschrift.“ – „Das geht nicht, die ist geheim.“ – „Also“, habe ich gefragt, „wie komme ich an die heran?“ Antwort: „Gehen Sie zur jugoslawischen Botschaft gegenüber, geben Sie das übliche Trinkgeld, dort bekommen Sie's, die haben's vorrätig.“ Das zeigt ein wenig die ganze Brüchigkeit der Geheimhaltung, und trotzdem: Liegt nicht hier ein versteckter Schlüssel zu weiterer, allgemeinerer Geheimhaltung? Oder glauben Sie, dass ein Kontrollorgan tätig werden kann?

**Saxer:** Ich erlaube mir einige rechtsvergleichende Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz. Zuerst zwei Beispiele erstaunlicher Transparenz und Öffentlichkeit der Verwaltung: In der in finanziellen Fragen so diskreten Schweiz gibt es Kantone, die das Steuergeheimnis nicht ken-

nen. Dort hat ein Bürger das Recht, die Steuerdaten anderer Bürger zu erfahren. Ferner gibt, oder zumindest gab es Kantone, in denen die Entscheidprozesse der Regierung, d.h. die Verhandlungen der Exekutive, öffentlich waren. Von dieser Öffentlichkeit wurde allerdings kaum Gebrauch gemacht.

Dies sind indes Extrembeispiele, weil in der Schweiz, wie in Deutschland, der Geheimhaltungsgrundsatz das verbreitete Prinzip war und teilweise immer noch ist. Dieser Grundsatz deckt sich mit einer Deutschland vergleichbaren Verfassungslage, gemäß welcher sich aus der Informationsfreiheit nur ein Zugangsrecht zur allgemein zugänglichen Informationen ergibt; die Verfassung eröffnet also keine zusätzlichen Informationszugangsmöglichkeiten. Immerhin: Die schweizerische Bundesverfassung verpflichtet die Regierung, die Öffentlichkeit aktiv zu informieren. Dies bedeutet, dass aus schweizerischer Sicht die aktive Informations- und Medienpolitik von Behörden als Teil eines Informationsverwaltungsrechtes zu betrachten ist.

Auch wenn Transparenz der Verwaltung noch nicht der vorherrschende Grundsatz ist, sind in jüngerer Zeit neuere Entwicklungen festzustellen, welche vor allem auf der Ebene der Kantone eingesetzt haben. Im Rahmen von Revisionen kantonaler Verfassungen wurde ausdrücklich das Öffentlichkeitsprinzip konstitutionell verankert und gestützt darauf die entsprechenden kantonalen Öffentlichkeitsgesetze erlassen. Auch auf Bundesebene liegt nunmehr ein Entwurf der Regierung für ein Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vor, das ein allgemeines, voraussetzungsloses Einsichtsrecht in staatliche Akten vorsieht. Dieser Grundsatz wird freilich durch gewichtige Ausnahmen durchbrochen. So werden z.B. Gerichtsverfahren generell davon ausgeschlossen. Ferner enthält der Entwurf des Bundesgesetzes einen breiten Katalog von gegenläufigen Interessen, die bei der konkreten Handhabung des allgemeinen Einsichtsrechts berücksichtigt werden müssen. Zu diesen Interessen zählen: Der Schutz der Vertraulichkeit von Entscheidungsprozessen der Exekutive; die Nichtbehinderung des Vollzugs von Entscheidungen (hier kommen Überlegungen der Verwaltungseffizienz zum Zuge); der Schutz des Geschäftsgeheimnisses; der Schutz der Privatsphäre (Privatsphäre verstanden in einem übergreifenden, über den Datenschutz hinaus gehenden Sinne); schließlich auch außenpolitische Interessen und Aspekte der inneren und äußeren Sicherheit. Es besteht also ein weitgefächerter Ausnahmekatalog, der freilich möglicherweise noch im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zusammengestrichen wird.

Die schweizerische Gesetzgebungspraxis geht aber auf jeden Fall davon aus, dass letztlich Abwägungsvorgänge über die konkrete Handhabung des Einsichtsrechtes zu entscheiden haben, dass also die Möglich-



keiten, Abwägungen gesetzgeberisch vorzustrukturieren, begrenzt sind. Daher soll und muss die rechtsstaatliche Kontrolle der Abwägungsvorgänge den Gerichten bei der Beurteilung konkreter Fälle obliegen.

**Bull:** Herr Vorsitzender, im Laufe der Diskussion hat sich mein Thema etwas verschoben. Wenn Sie gestatten, werde ich Grundfragen im Anschluss insbesondere an das Referat von Herrn *Masing* ansprechen. Die Kritik, die er vorgetragen hat, ist ja sehr hilfreich, weil sie dazu beiträgt, das Profil zu schärfen, die Probleme, die überall bestehen und auch noch lange bestehen werden, zu erkennen und Lösungen zu erarbeiten. Ich sehe, Herr *Masing*, auch in Ihrem reduzierten Entwurf eines Informationsverwaltungsrechts (oder besser: Entwurf eines reduzierten, auf den Kern reduzierten Informationsverwaltungsrechts), den ich sehr zustimmungsfähig finde, doch wesentliche Grundspannungen weiterhin enthalten, z. B. zwischen dem Anspruch der Allgemeinheit auf Verantwortungsklarstellung, „Rechnungslegung“ der Verwaltung und privaten Interessen.

Ich erinnere daran, dass auf der Grundlage des amerikanischen Freedom of Information Act große Skandale aufgedeckt worden sind, bei denen sehr persönliche Angelegenheiten erörtert worden sind, auch schon vor dem Fall *Lewinsky*, und daran schließt sich für uns etwa die Frage an, wie es eigentlich mit dem Fall *Helmut Kohl* gegen Birthler-Behörde steht? Gilt der Satz, dass Amtsträger grundsätzlich keine schutzwürdigen Interessen an Geheimhaltung haben? Für diesen Satz habe ich sehr viel Sympathie, nur ergibt sich auch dort offensichtlich die Notwendigkeit, jedenfalls zwischen verschiedenen Sphären abzugrenzen, um den Persönlichkeitsschutz zu schärfen. Oder ein neuer Fall aus der Rechtsprechung, noch im Entstehen: Das Verwaltungsgericht Düsseldorf wird sich zu befassen haben mit der Amtskette des Bürgermeisters einer rheinischen Stadt, die von einem Unbekannten gespendet worden ist, was dann zu dem Verdacht von Bestechung oder jedenfalls unlauteren Beziehungen geführt und Empörung in der Bevölkerung hervorgerufen hat. Die Presse fragte nach, und es wurde auch privat auf der Grundlage des Informationsfreiheitsgesetzes Nordrhein-Westfalen gefragt, wer denn der edle Spender gewesen sei. Der Einwand des Bürgermeisters lautete: Wenn wir das preisgeben, dann wird nicht mehr gespendet. Also: die Frage des Schutzes auch von Behörden und Korporationen bleibt ein ganz schwieriges Problem. Corporations have no privacy – dieser Satz gibt ja den amerikanischen Unternehmen die Chance, etwa Rüstungsaufträge der Konkurrenz auszuspähen – auf diesem Gebiet geschehen mancherlei Merkwürdigkeiten. Die Erfahrung unserer Beauftragten für Datenschutz und Akteneinsichtsrechte sind bisher aber eher positiv. Sie gehen dahin, dass nur wenige Anträge gestellt worden sind und auch problemlos be-

antwortet werden konnten. So besteht Hoffnung, dass der Sinn und Zweck der Datenzugangsrechte doch gewahrt werden kann und dass die demokratischen Prozesse vor Ort erleichtert werden.

**Vorsitzender:** Meine Damen und Herren, wir kommen zu einem zweiten großen Themenblock. Offenbar hat das Stichwort „Informationsrechtsverhältnis“ in einer dogmatisch geprägten Vereinigung Diskussionsbedarf mit vielerlei Facetten hervorgerufen.

**Gurlit:** Herr *Gröschner*, Sie haben das Informationsrechtsverhältnis bemüht, um die Informationsstruktur zu charakterisieren. Ich nehme an, ich renne bei Ihnen offene Türen ein, wenn ich darauf hinweise, dass dieses Informationsrechtsverhältnis sehr häufig ein mehrpoliges ist. Dies gilt immer dann, wenn Informationen betroffen sind, die nicht von der Verwaltung selbst generiert worden sind. Meine Frage lautet: Was ist eigentlich mit der Qualifizierung als Informationsrechtsverhältnis gewonnen? Wir wissen, es handelt sich um ein Rechtsverhältnis, aber was kann man daraus ableiten? Denn da beginnt ja eigentlich erst die Kärnerarbeit insbesondere des allgemeinen Verwaltungsrechts. Ich will hier nur ein Stichwort in die Debatte werfen: Insbesondere die Handlungsformenlehre des allgemeinen Verwaltungsrechts wird gefragt sein. Gegenwärtig bestehen noch starke Unsicherheiten, wie etwa auf die Erteilung von Informationen zu klagen ist. Nach dem überwiegenden Schrifttum und wohl auch der Judikatur wird ein Modell präferiert, demzufolge auf Erlass eines gewährenden Verwaltungsakts geklagt werden muss und nicht unmittelbar auf Erteilung der Information als Realakt geklagt werden kann. –

Da Herr Kollege *Wegner* das n-tv-Urteil bemüht hat, möchte ich jetzt doch auch noch ein Wort zum grundrechtlichen Zugang auf Information verlieren, denn ich lese dieses Urteil ganz anders, als Herr *Wegner* das getan hat. Meines Erachtens erweist dieses Urteil gerade die Unzulänglichkeiten der abwehrrechtlichen Konstruktion, wenn dort nämlich gesagt wird, dass eine allgemein zugängliche Quelle eine solche ist, bei der das staatliche Bestimmungsrecht entsprechend ausgeübt worden ist. Dann bestimmt sich der Schutzbereich der Informationsfreiheit letztlich nach Maßgabe des einfachen Rechts, dann erscheint etwa § 169 GVG als Schutzbereichsausgestaltung und nicht als Beschränkung der Informationsfreiheit. Dass diese Konstruktion nicht stimmig ist, zeigt sich, wenn man sich das Gegenmodell bildet, nämlich die Fälle, in denen tatsächlich durch einfaches Gesetzesrecht allgemeine Informationsrechte eingeräumt worden sind, wie etwa nach dem UIG. Man müsste dann nämlich sagen, solche Umweltinformationen sind, da der Gesetzgeber sie nunmehr allgemein zugänglich macht, allgemein zugängliche Quellen im

Sinne des Art. 5 GG. Dann hätten wir eine Allgemeinzugänglichkeit und damit eine Konstitutionalisierung durch einfaches Recht, und das scheint mir nicht stimmig zu sein. Ich will mich auf diesen Hinweis beschränken und nicht ausführen, wie ein überzeugendes Modell aussehen könnte, weil ich weiß, dass Herr Kollege *Scherzberg* noch etwas dazu sagen wird.

Gestatten Sie mir zwei abschließende Fragen zu den Thesen von Herrn Kollegen *Masing*: Mir erschien es so, dass Sie den Schutz gegenläufiger Geheimhaltungsinteressen unterschiedlich bestimmen wollen, je nachdem, ob es sich um personenbezogene Daten handelt oder um unternehmensbezogene Daten wie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Ich frage mich, inwieweit sich diese Differenz auch in einem rechtskonstruktiven Unterschied widerspiegelt. Denn bislang gehen die Informationsfreiheitsgesetze vom Grundsatz der Öffentlichkeit aus und konstruieren sowohl den Datenschutz als auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als gegenläufige Ausnahme. Die Frage lautet: Würden Sie einen rechtskonstruktiven Unterschied zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und personenbezogenen Informationen machen und letztere von vornherein dem Zugangsrecht entziehen? Ganz kurz die letzte Frage: Mir leuchtet nicht ein, weshalb Sie die Trennung von verfahrensabhängigen und verfahrensunabhängigen Informationsrechten perpetuieren wollen, nachdem diese Unterscheidung auf der Grundlage der Entscheidungen des EUGH zum UIG zumindest für den Bereich des Umweltrechts als überwunden angesehen werden muss.

**Viola Schmid:** Mich interessieren die Thesen 16 und 26 von Herrn *Gröschner* zum Informationsrechtsverhältnis, von Herrn *Masing* Thesen 11 folgende und insbesondere die Frage des Grundrechtsschutzes durch Verfahren bei der Ausgestaltung des Informationsrechtsverhältnis und/oder des Informationsverwaltungsverfahrens. Ich freue mich insbesondere, an Frau *Gurlit* unmittelbar anschließen zu dürfen. Einiges, was Sie verdankenswerterweise und hervorragend hier dargestellt hat, steht auch auf meinen Zetteln. Anlass für meine Fragen ist folgender Fall aus meiner Vorlesung: Das Informationsobjekt O stellt einen Bauantrag für eine „Spezialitätenfabrik“ bei der Berliner Behörde B. Informationskonkurrent K, der, nomen est omen, ein Konkurrent von O auch im Übrigen ist, beauftragt seinen Architekten mit der Einsicht in die Antragsunterlagen, um Kosten zu sparen, und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des O zu erkunden. Rechtlicher Hintergrund dieser sehr technischen konkreten Frage (die vielleicht für Staatrechtler nicht ganz üblich ist): Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind zwar verfassungsrechtlich geschützt und einfachgesetzlich normiert in einer Kette von Normen, unter anderem der Abgabenordnung, aber im Einzelfall schwer identifizierbar. Zweiter

Aspekt, von dem ich denke, dass er wichtig ist: Das Informationsfreiheitsgesetz Berlins sieht keine zwingende Anhörung des Informationsobjekts O vor der „Öffnung“ der Akten an K, beziehungsweise der eventuellen Offenbarung eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses vor. Jetzt meine Fragen, anschließend an Frau *Gurlit*: Ist das Informationsrechtsverhältnis und/oder Informationsverwaltungsverfahren zwingend tripolar – Informationsobjekt, Petent und Behörde – mit der Folge der Beteiligung und später zwingenden Beiladung des O? (Jedenfalls, wenn Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenbart werden sollten). Zweite Frage: Kann O aus verfassungsrechtlichen Gründen verlangen, dass er über alle seinen Bauantrag betreffende Informationsverfahren im untechnischen Sinne (also ich benutze das als Oberbegriff für das Informationsrechtsverhältnis im Sinne von Herrn *Gröschner*, oder vielleicht im Sinne von Informationsverwaltungsverfahren) informiert wird? Nicht, muss er informiert werden, aber wenn er will, kann er es verlangen? Aus Aspekten der Informationsfreiheit und der Waffengleichheit mag es durchwegs interessant sein zu wissen, wer Einsicht in Informationen eines Informationsobjekts nehmen will. Ich hoffe abschließend, Herr *Masing*, mit diesen verfahrensbezogenen Fragen Ihrem petitum Rechnung getragen zu haben, dass auf der materiellen tatbestandlichen Ebene einer Strukturierung noch sehr entfernt ist. Und meine Idee war eben das vorläufige Ausweichen und Ertasten des Grundrechtsschutzes durch Verfahren.

**Scherzberg:** Ich kann den Ball von Frau *Gurlit* und von Herrn *Wegener* aufnehmen. Ich fand die beiden Referate sehr differenziert, aber in einem Punkt haben Sie mich doch enttäuscht. Das betrifft den verfassungsrechtsdogmatischen Mut, die Kernfrage des Informationsverwaltungsrechts zu beantworten, nämlich die nach dem subjektiv-öffentlichen Zugangsrecht. Herr *Gröschner* hat sich darum herum „gemauschelt“ und hat von einer objektiven Zugangsverpflichtung gesprochen, die dann in die Interpretation des einfachen Rechts eingeht, und Herr *Masing* hat sich von vornherein auf die einfachgesetzliche Ebene beschränkt. Herr *Gröschner*, Ihr status politicus kann doch nicht vom Gesetzgeber abhängen. Denn beim status politicus geht es doch gerade um dessen Kontrolle durch den Bürger. Es kann nicht sein – und da stimme ich Frau *Gurlit* zu –, dass wir allgemeingültige Quellen definieren nach Maßgabe gesetzgeberischer Gestaltung, denn dann könnte der Gesetzgeber den Zweck des verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsgebots unterlaufen, eine effektive kommunikative Kontrolle gesetzgeberischen Handelns zu institutionalisieren. Auch bei der Öffentlichkeit der Verwaltung geht es mittelbar um die Öffentlichkeit des Gesetzgebers. Denn dessen Kontrolle von Verwaltung und die Regierung können Sie vielfach effektiv nur dann

überprüfen, wenn Sie die Daten der Verwaltung einsehen dürfen. Also müssen wir eine Lösung finden, die es uns erlaubt, ein subjektives Zugangsrecht aus der Verfassung herzuleiten. Und wenn wir uns einig sind, dass das Demokratieprinzip nicht anders als durch die grundsätzliche Öffentlichkeit der Verwaltung umgesetzt werden kann, dann ist es nahe liegend, den Grundsatz der Einheit der Verfassung heranzuziehen. Wenn die Verfassung im Demokratieprinzip sagt, Verwaltung habe öffentlich zu sein, dann kann die Interpretation des Begriffs der allgemeingültigen Quellen in Art. 5 Abs. 1 dieses Öffentlichkeitsgebot nicht außer Acht lassen und plötzlich allgemeingültige Quellen nach Maßgabe des Gesetzes definieren. Die Verfassung nimmt die Definition allgemeingültiger Quellen selbst vor und qualifiziert all das, was sie im Demokratieprinzip und meinetwegen auch im Republikprinzip als öffentlich bezeichnet, als allgemeingültige Quelle im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG.

Zwei weitere, etwas kürzere Anmerkungen zu Herrn *Masing*. Die erste bezieht sich auf die für mich überraschende verfassungsdogmatische Ungleichbehandlung von Persönlichkeits- bzw. Datenschutz und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Leitsätzen 18 und 19. Beides sind grundrechtlich unter Gesetzesvorbehalt gewährleistete Positionen. Ich sehe keinen Anlass, sie verfassungsdogmatisch unterschiedlich zu behandeln. Es gibt aber einen Unterschied, der dann in die Frage, wie Datenschutz ausgestaltet werden kann, einfließt, und der wird uns unter anderem durch die EG-Datenschutzrichtlinie vorgegeben. Diese unterscheidet nämlich personenbezogene und besonders sensible Daten, die in besonderer Weise die Intimsphäre betreffen und bei denen man sagen kann, dass bei deren Beeinträchtigung regelmäßig das schutzwürdige Interesse auf Datenschutz überwiegt. Als Beispiel mögen die sexuelle Orientierung, Tagebucheintragen oder Informationen über Krankheiten gelten. Der zweite Punkt betrifft die Frage eines Informationsverwaltungsrechts. Herr *Masing*, in Ihrem letzten Leitsatz sagen Sie, dieses gehöre in die Grundlagen des Verwaltungsrechtes. Ich weiß nicht so recht, was die Grundlagen des Verwaltungsrechtes sein sollen: Meinen Sie die ungeschriebenen allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechtes? Eine solche Verankerung wäre doch wohl kaum noch zeitgemäß. Sicher gehört das Informationsverwaltungsrecht nicht in das Verwaltungsverfahrensgesetz, denn es geht hier nicht primär um Informationen in einem Verwaltungsverfahren. Mit scheint deshalb doch angezeigt zu sein, von einem eigenständigen Informationsverwaltungsrecht zu reden und dieses gesetzlich in einer eigenständigen Norm zu verankern. Danke schön.

**Vorsitzender:** Vielen Dank! Wir haben gerade gelernt, dass unser Thema offenbar nicht frei von Paradoxien ist: Auch ein emphatisches Be-

kenntnis zu Publizität bewahrt nicht vor dem Verdacht, doch zu „mauscheln“.

**Breuer:** Beide Referenten haben sich mit großer Emphase für die Transparenz der Verwaltung und für die Freiheit der Information ausgesprochen. Dafür sind gute Gründe angeführt worden. Trotzdem möchte ich fragen, ob wir nicht stärker differenzieren müssen. Erster Punkt: Das subjektiv-öffentliche Recht – in Verbindung mit dem Verwaltungsrechtsverhältnis und dem Individualrechtsschutz – ist von Ihnen, Herr *Masing*, erwähnt worden, meines Erachtens aber dann doch etwas zu schnell abgetan worden als Relikt aus der Vergangenheit. Wir sollten bedenken, dass der Ansatz des subjektiv-öffentlichen Rechtes und des Individualrechtsschutzes im Rechtsstaatsprinzip wurzelt. Wir müssen also das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip gegeneinander austarieren. In bestimmten Sektoren stehen individuelle Rechte, insbesondere Grundrechte, auf dem Spiel – ich nenne nur beispielhaft das Sozialrecht, das Gesundheitsrecht, das Schul- und Hochschulrecht und das Dienstrecht. Sie haben selbst diese Beispiele genannt. Hier scheint mir aber doch in diesen Sektoren wegen des höchstpersönlichen Charakters der betroffenen Rechte eher das gegenteilige Prinzip angezeigt zu sein, nämlich das des Datenschutzes im Hinblick auf die individuellen Rechte.

Zweitens: Meines Erachtens bedarf es einer stärkeren funktionalen Differenzierung, mit welchen Verwaltungsentscheidungen in welchen Bereichen wir es zu tun haben. Es kommt nicht von ungefähr, dass gerade im Umweltrecht das Umweltinformationsgesetz und zuvor die Umweltinformationsrichtlinie der EG bestimmte Weichen gestellt haben. Wegen der heute Morgen diskutierten Ungewissheiten der Wirkungszusammenhänge und wegen des betroffenen Kollektivrisikos entsteht ein Defizit an materiellen Rechten; also versucht man, über die Umweltinformationsansprüche die Belange des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Verwaltung zu stärken. Auf der anderen Seite haben wir aber Verwaltungsentscheidungen, die ganz konkret und individuell gefasst sind, wo es dann auch stärker um eine Subsumtion des Einzelfalles unter das Gesetz geht. Hier habe ich starke Vorbehalte, ob man insoweit die konkret-individuellen Entscheidungen im gleichen Masse der Umweltinformation in allgemeiner Weise zugänglich machen kann. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind erwähnt worden und bilden einen sehr wesentlichen Gesichtspunkt, der auch wegen des Entscheidungscharakters Bedenken erweckt.

Dritter Punkt: Herr *Bull* hat bereits die kritische Frage angesprochen, wie wir es eigentlich mit prekären Informationen, etwa im Bereich des Verfassungsschutzes oder der Stasi-Unterlagen oder auch der Ermitt-

lungsverfahren im Grenzbereich zwischen Präventivkontrolle und Strafverfolgung, halten wollen. Hier bin ich im Zweifel, ob wir den Grundsatz der Informationsfreiheit oder nicht doch stärker den Grundsatz des Datenschutzes und der betroffenen Individualrechte in den Vordergrund stellen sollten. Insofern wäre mir daran gelegen, Herr *Masing*, wenn Sie zu Ihren Thesen 17 und 18 eine Klarstellung bieten könnten, wie Sie solche Probleme zuordnen wollen.

Viertens, Herr *Masing*, haben Sie die juristischen Personen im Prinzip dem Informationsanspruch öffnen wollen, dann allerdings vorsichtigerweise wieder auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hingewiesen. Ganz spitz gefragt: Kann wirklich der Charakter der juristischen Person ausschlaggebend sein? Soll es einen maßgeblichen Unterschied ausmachen, ob eine GmbH oder eine GmbH & Co. KG betroffen ist, also eine juristische Person oder eine Personengesellschaft? Meines Erachtens muss man hier stärker auf die in der Sache betroffenen Rechte abstellen, da Grundrechte juristischer Personen weithin dazu dienen, die gemeinsame Grundrechtswahrnehmung zu realisieren.

**Püttner:** Ich wollte gerade diesen Punkt meinerseits auch aufgreifen, möchte aber vorweg sagen: Mir ist bei den Referaten und auch jetzt in der Diskussion doch aufgefallen, dass es wesentlich auf Differenzierung und Unterschiede ankommt. Dem allgemeinen Prinzip, dem kann man ja ohne weiteres zustimmen, aber es kommt doch sehr darauf an, was im Einzelnen an Ausnahmen gemacht werden muss. Und da würde ich jetzt an Herrn *Breuer* anknüpfen. Art. 19 Abs. 3 GG geht ja doch im Grunde davon aus, dass bei uns juristische Personen nach Möglichkeit in ihrem Schutz gleich behandelt werden sollen mit natürlichen Personen, und ich glaube, daran sollte man sich eigentlich auch halten. Nun gibt es bei den juristischen Personen sehr große Unterschiede. Wir haben die Unternehmen, die Aktiengesellschaften und GmbH's usw. (und wo die OHG hingehört – Entschuldigung, das müsste man noch klären). Aber jedenfalls kann doch eigentlich in unserem Wirtschaftsleben die Rechtsform der Unternehmen nicht entscheidend sein, sondern das Unternehmen muss doch gleichermaßen geschützt werden, egal ob es ein Einzelkaufmann betreibt oder eine Aktiengesellschaft. Da würde sich eigentlich ein grundsätzlicher Unterschied nicht anbieten. Dann haben wir aber als juristische Personen auch noch Idealvereine unterschiedlichster Art. Es gibt Vereine, bei denen sicherlich das Schutzbedürfnis mindestens genauso ist wie bei Privatpersonen, also religiöse Vereine zum Beispiel. Man könnte auch nachdenken, welchen Schutz die Kirchen genießen müssten; das wäre hier einzubeziehen, da es ja auch juristische Personen des öffentlichen Rechts gibt. Dann haben wir Lobby-Vereine, die sicherlich Wert darauf

legen würden, dass man ihnen nicht in die Karten guckt. Vielleicht will man das aber gerade, vielleicht sollte man einmal beim DGB anfangen, einem Berufsverband. Wie könnte man da begründen, dass der DGB als juristische Person (oder nicht juristische Person sondern Personenvereinigung) schutzwürdig ist oder nicht. Also am Ende würde ich sagen: Man sollte die These von der unterschiedlichen Behandlung der juristischen Personen doch lieber fallen lassen.

**Bullinger** (Zwischenruf): Gegenstand der Erörterungen ist der Zugang zu staatlichen, behördlichen, öffentlichen Akten und nicht zu Privatakten. Ich hatte eben den Eindruck, dass das ein wenig in Vergessenheit geraten war. Eine Aktiengesellschaft als solche ist nicht dem Recht auf Akteneinsicht ausgesetzt. Sie ist einfach kein Staat.

**Kugelmann**: Meines Erachtens steht hier das Recht auf Informationszugang im Zusammenhang einer Prozeduralisierung der Definition von Gemeinwohl. Wir beteiligen die Bürger an diesem Definitionsprozess, indem wir ihnen Rechte einräumen gegenüber der Verwaltung, damit sich dann letztendlich im Ergebnis die Interessen der Bürger auch niederschlagen. Das bedeutet, dass wir den spannenden Fall eines individuellen Rechts haben, das doppelfunktional ist. Zum einen hat es die individuelle Funktion, also der Bürger oder das Wirtschaftsunternehmen will Informationen haben, zum zweiten dient das Recht aber auch der Kontrolle der Verwaltung. Und dieser zweite Aspekt führt meines Erachtens zu einer stark funktional teleologischen Auslegung dieses Rechtes. Das heißt, wir legen es nicht nur individuell aus (das muss natürlich auch sein), sondern auch im Dienste dieser Verwaltungskontrolle, dieser Partizipationsbeziehung. Dazu dann zwei Fragen: Herr *Gröschner*, Sie haben die Informationsaufgabe als Voraussetzung eines allgemeinen Informationsrechtsverhältnisses gesehen. Da stimme ich Ihnen vollkommen zu. Man sollte nur ergänzen: Natürlich begründet jeder Antrag auf Information von vorneherein auch so ein Verhältnis, das heißt der Bürger ist frei darin, es jederzeit herzustellen. Auch Behörden, die nicht die Aufgabe haben zu informieren, müssen trotzdem Informationen herausgeben. Und die zweite Frage: Herr *Masing*, Sie haben versucht, das Abwägungsviereck zu konkretisieren. Das ist sehr lobenswert, da unterstütze ich Sie sofort. Nur, was wir auf keinen Fall tun dürfen, ist, das Regelausnahmeverhältnis ins Gegenteil zu verkehren. Wenn wir nicht bei der Konstruktion bleiben, wonach die Informationsfreiheit, die Herausgabe der Information die Regel ist und die Versagung aufgrund Datenschutzes oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses die Ausnahme, dann erfüllen wir die Funktion der Kontrolle der Verwaltung mit diesem Recht nicht. Und



dann brauchen wir es auch nicht, denn dies ist ja nun gerade der Sinn des Ganzen. Deshalb würde ich mich bei Ihren Differenzierungen, die notwendig und sinnvoll sind, eher um abwägungsleitende Differenzierung bemühen. Wenn man das so in ein Informationsfreiheitsgesetz hineinschreibt, läuft das Gesetz Gefahr, seine Funktion, auch verkrustete Verwaltungsstrukturen aufzubrechen, nicht zu erfüllen. Und das darf auf keinen Fall sein.

**Vorsitzender:** Meine Damen und Herren, die nächsten vier Beiträge lassen sich gruppieren unter der Überlegung: „Wie kann man dem Gesetzgeber helfen aufgrund von Erfahrung, solche Informationsprobleme in Paragraphen umzugießen?“

**Gross:** Mir ist bei beiden Referaten noch nicht ganz deutlich geworden, inwiefern sie eine gesetzliche Regelung des Informationszuganges tatsächlich für notwendig halten. Das erste Argument dafür könnte die Überwindung des alten Arkanprinzips sein, unter anderem durch die Ausschaltung der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflichten. Dagegen spricht, dass die Rechtsprechung schon bisher anerkennt, dass die Verwaltung durchaus informieren darf, auch jenseits des § 29 VwVfG, nur eben nicht informieren muss. Also gibt es offensichtlich schon nach geltender Auffassung keine allgemeine Verschwiegenheitspflicht außerhalb der ausdrücklich normierten Offenlegungspflichten. Eine zweite Alternative zur Begründung der Notwendigkeit eines Gesetzes wäre die Umwandlung dieses Ermessens in einen Anspruch. Wenn man aber das allgemeine Akteneinsichtsrecht so stark verfassungsrechtlich verankert, wie es beide Referenten getan haben, indem man es entweder aus dem Demokratieprinzip und/oder dem vielleicht doch weiter auszulegenden Grundrecht auf Informationsfreiheit ableitet, dann ist schwer erkennbar, wie das Ermessen einer einzelnen Behörde, ihre Zweckmäßigkeitüberlegungen, solche verfassungsrechtlichen Gründe überlagern können. Dann kommt allenfalls eine Soll-Regelung in Frage, aber ein freies Ermessen kann es bei dieser Ableitung wohl kaum geben. Als dritte Alternative der Begründung ist denkbar, dass wir das Gesetz zur Kollisionslösung brauchen, zur Regelung insbesondere der Frage des Datenschutzes und der unternehmensbezogenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Da würde ich ganz pragmatisch sagen: Warum lösen wir das nicht über eine analoge Anwendung der vorhandenen Vorschriften, etwa § 30 VwVfG? Dann bräuchte man das Gesetz, letzte Option, nur noch, um etwa den Datenschutz einzuschränken, um über die vorhandenen Regelungen hinauszugehen. Wenn aber die Aussage von Herrn *Schoch* richtig ist, dass der größte Bereich sowieso derjenige außerhalb personenbezo-

gener, vielleicht auch unternehmensbezogener Daten ist, dann wäre ein großer Bereich der Verwaltung eigentlich schon nach geltender Rechtslage, für Informationszugangsrechte zugänglich. Die gesetzliche Regelung hätte im Wesentlichen eine klarstellende Funktion. Sie wäre deswegen aber durchaus wünschenswert, denn sie könnte flankierende Vorschriften etwa des Verfahrens oder der Verankerung von Ombudsleuten wie den Datenschutzbeauftragten oder anderen einführen.

Eine spezielle Frage noch an Herrn *Masing*: Muss man seine relativ strengen Anforderungen an die Bestimmtheit eines solchen Gesetzes im Umkehrschluss so interpretieren, dass Gesetze, auch vorhandene Gesetze, die diesen Anforderungen nicht entsprechen, die etwa eine Abwägungsklausel enthalten, wegen zu großer Unbestimmtheit verfassungswidrig sind?

**Michael:** Ich beziehe mich auf These 20 von Herrn *Masing*, die bei Ihrer eigenen referats-internen Thesenzählung die Nummer 4 trägt. Da Sie auch Musiker sind, darf ich vielleicht sagen „Opus 20, *Masing*-Verzeichnis 4“. Da heißt es: „Daten aus abgeschlossenen Verfahren sind grundsätzlich zugänglich zu machen, solche aus laufenden Verfahren nur nach Maßgabe bereichsspezifischer Differenzierung.“ Wie verhält sich Ihre These zu der in der Umweltpolitik gegenläufigen Tendenz, Informationen möglichst früh zugänglich zu machen? Ich denke da zum Beispiel an die Aarhus-Konvention. Handelt es sich dabei um eine solche bereichsspezifische Differenzierung, d.h. um eine Ausnahme oder Erweiterung? Oder handelt es sich doch um ein Gegenprinzip, das wir grundsätzlich berücksichtigen müssten? Die Öffentlichkeit möglichst frühzeitig zu informieren dient der Effektivität der Öffentlichkeitsbeteiligung – soll dies wirklich nur bereichsspezifisch gelten? Effektivität scheint auch Ihnen am Herzen zu liegen, wenn auch unter anderen Vorzeichen, nämlich der Effektivität des Rechts selbst: Sie haben zu Bedenken gegeben, dass etwa das große Bemühen des Gesetzgebers und auch der Wissenschaft um das Umweltinformationsgesetz in einem Missverhältnis zu der geringen Inanspruchnahme dieses Gesetzes durch die Bürger stünde. Ich frage mich, ob dies wirklich ein Beispiel für ineffektive Gesetzgebung ist, ob hier also Vollzugsdefizite mit zwar neuen, aber wirkungsschwachen Mitteln bekämpft werden. Eine Funktion dieses Gesetzes liegt doch auch darin, das Vertrauen der Bürger in die Verwaltung zu stärken. Sollte dieser Zweck erreicht worden sein, mag auch darin eine Ursache für die seltene Inanspruchnahme des Anspruchs liegen. Wie könnte Recht effektiver sein?

**Eberle:** Meine Damen und Herren, Herr *Masing* sieht in seinem Leitsatz 8 im erweiterten Datenzugang mit Recht neue Wertschöpfungs-

potentiale für die Informationsgesellschaft. Gleichzeitig ist er aber der Ansicht, dass die nur mediatisierte Verwaltungsöffentlichkeit durch die Presse bei allseitiger Vernetzung ihre Rechtfertigung verliere. Das will mir nicht einleuchten. Ist es nicht vielmehr so, dass die mit dem erweiterten Datenzugang erschließbare Datenfülle auch und gerade der ordnenden und wertenden Selektion und Präsentation durch die Medien bedarf, um die erwartete Wertschöpfung zu erzeugen? Eröffnen sich nicht auch neue Chancen für die Wächertätigkeit der Medien? Insgesamt sehe ich die Rolle der Medien durch die Erweiterung ihrer Informationsbasis eher gestärkt. Deshalb möchte ich die beiden Referenten danach fragen, welche Rolle und welches Schicksal den in den Pressegesetzen enthaltenen Auskunftsrechten der Medien in ihrer neuen Systematik zukommen.

**Röger:** Vielen Dank Herr Vorsitzender. Herr *Gröschner*, Ihr Referat hat mich dogmatisch sehr beeindruckt, und insoweit haben Sie meine volle Zustimmung. Nur dort, wo Sie die Dogmatik anwenden, bei Ihrer These 27, da möchte ich leichten Widerspruch anmelden: Sie beziehen sich auf das Beispiel der „Internetdemokratie“ und sagen, eine Wahl via Internet, eine Online-Wahl, sei nicht zulässig, denn dies sei eine Entpolitisierung der Wahl und der Grundsatz der allgemeinen Wahl sei nicht mehr eingehalten. Wir wissen, dass es solche Wahlen in anderen Bereichen gegeben hat, nämlich dort, wo die Wahlrechtsgrundsätze nicht von Verfassungen wegen anzuwenden sind, z. B. bei der Wahl zu Studentenparlamenten oder Betriebsräten. Die Frage ist: Wie ist es bei Parlamentswahlen, bei denen die Wahlrechtsgrundsätze gelten? Meines Erachtens gibt es dort kein Problem in Bezug auf die Allgemeinheit der Wahl. Die Allgemeinheit der Wahl kann dadurch sichergestellt werden, dass man die Online-Wahl nicht als verdrängende Substitution einer Wahl im Wahllokal ausgestaltet, sondern als deren Ergänzung. Denn selbstverständlich muss der nicht über einen Online-Anschluss Verfügende die Möglichkeit haben, auch auf herkömmliche Weise zu wählen, nämlich in einem Wahllokal; die Online-Wahl kann per se nur ergänzend herangezogen werden für diejenigen, die aus welchen Gründen auch immer lieber von zu Hause aus ihre Stimme abgeben wollen. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl scheint mir dem jedenfalls nicht entgegen zu stehen. Auch befürchte ich keine Entpolitisierung der Wahl, denn es kommt doch bei der politischen Betätigung weniger auf den Ort als auf den Inhalt des Handelns und Verhaltens an. Man kann in einem öffentlichen Raum ein durchaus privates Gespräch führen, und man kann sich auch im privaten Umfeld sehr wohl öffentlichkeitswirksam verhalten. Es ist ja gerade die Besonderheit der modernen Kommunikation namentlich via Internet,

dass der Computer mit Online-Anschluss den Öffentlichkeitsbezug des Einzelnen nahezu jederzeit an nahezu jedem Ort und damit auch vom privaten Raum aus herstellen kann.

Gleichwohl stimme ich im Ergebnis Ihrer These von der Unzulässigkeit der Online-Wahl zu, allerdings aus einem anderen Grund: Entscheidend ist nach meinem Dafürhalten, dass bei einer Online-Wahl vom heimischen Computer aus die Öffentlichkeit und die staatliche Kontrolle des Wahlablaufs nicht mehr gegeben sind, welche ihrerseits gerade der Absicherung der Wahlfreiheit dienen. Die Wahlfreiheit wird bei der Wahl im Wahllokal abgesichert durch die Öffentlichkeit des äußeren Wahlvorgangs, wenn auch selbstverständlich nicht des eigentlichen Wahlaktes. Das Wahllokal ist der Raum, wo Öffentlichkeit und staatliche Kontrolle dieses äußeren Ablaufs eklatanten Verstößen, beispielsweise einem „Die-Hand-Führen“ des Wählers durch eine dritte Person, entgegenstehen. Von daher stimme ich Ihnen im Ergebnis zu, meine aber von der Begründung her, dass der Online-Wahl nicht ein wie auch immer zu verordnendes „Entpolitisierungsverbot“ entgegensteht und auch nicht der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl, sondern vielmehr der Grundsatz der staatlicherseits abzusichernden Freiheit der Wahl. Vielen Dank.

**Meyer (Zwischenfrage):** Meine Frage ist zur Briefwahl und auch an Herrn *Gröschner*, ob Sie die Briefwahl als verfassungswidrig betrachten.

**Röger:** Bei der Briefwahl haben wir das bekannte Problem, dass wir hinsichtlich möglicher Gefährdungen der Wahlfreiheit bewusst eine gewisse Grauzone zulassen, obwohl vereinzelt beispielsweise aus Alten- und Pflegeheimen Fälle berichtet wurden, in denen Verstöße nicht ausgeschlossen werden konnten. Dieses Risiko nehmen wir aber als Kompromiss in Kauf, weil bestimmte Personen ansonsten ihr Wahlrecht überhaupt nicht ausüben könnten.

**Meyer:** ... schön, und warum sollten wir das bei der Online-Wahl nicht machen?

**Röger:** Bei der Online-Wahl sehe ich einen anderen Problemschwerpunkt: Die Gefahr einer missbräuchlichen Wahlbeeinflussung in den von mir genannten vereinzelt Fällen ist doch quantitativ ganz anders zu bewerten, als wenn plötzlich jeder Wahlberechtigte vom PC aus wählen kann. Und auch von der Qualität her scheint mir das Problem ein anderes zu sein, da es bei der Online-Wahl eher um die „Bequemlichkeit“ des Wählers und um eine leichtere weil elektronische Auszählbarkeit der Stimmen geht als darum, Menschen eine Wahlteilnahme zu ermöglichen,

die ansonsten nicht wählen könnten. Aber das ist sicher ein Diskussionspunkt, den man noch vertiefen könnte.

**Vorsitzender:** Jawohl – wie man überhaupt alles, was hier gesagt worden ist, irgendwann mal vertiefen müsste. Meine Damen und Herren, lauschen Sie jetzt mit Spannung, wie unsere Referenten in siebeneinhalb Minuten die Vielfalt der Anregungen verarbeiten, bekanntlich in umgekehrter Reihenfolge: zunächst Herr *Masing*!

**Masing:** Vielen Dank für die vielen Anregungen, Anmerkungen und auch kritischen Einwände. Ich möchte sie in drei Blöcken aufnehmen. Zunächst klarstellend noch einmal die allgemeine Stoßrichtung: Mir geht es mit der Forderung nach gesetzlicher Präzisierung nicht um eine möglichst weitgehende Zurückdrängung des Prinzips der Öffentlichkeit, Herr *Bullinger*, sondern um dessen Schärfung. Und ich vermute, wenn wir eine allgemeine Abwägungsformel, womit sich die meisten Gesetzesvorschläge bisher letztlich begnügen, zur Grundlage machen, wird von der Öffentlichkeit, die Sie wünschen und die auch ich wünsche, in der Praxis nicht viel übrigbleiben. Mein Anliegen ist eine klare und damit belastbare Profilierung des Datenzugangsrechts. Dieses Anliegen gerät, Herr *Breuer*, nicht in dem Sinne in Konflikt mit der Lehre des subjektiv-öffentlichen Rechts, dass damit die Existenz von subjektiven Rechten oder deren effektive Einforderbarkeit in Frage gestellt würde. Wenn ich den Datenzugang als eine prinzipielle Erweiterung der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht verstehe, dann in dem Sinne, dass die Verengungen, die diese Lehre mittransportiert, aufgebrochen werden können und – nun endgültig – aufzubrechen sind. Die Verengungen liegen darin, dass es von der Grundkonzeption des Verwaltung-Bürger-Verhältnisses her in dieser Lehre keinen Platz gibt, an dem man adäquat Befugnisse abbilden kann, die nicht dem Schutz von Individualinteressen dienen. Dass Individualinteressen als subjektiv-öffentliche Rechte weiter – und vom Grundsatz her auch nicht beeinträchtigt – zu schützen sind, will ich in keiner Weise bezweifeln. Die individualschützenden Errungenschaften der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht sollen also nicht geschmälert oder zurückgenommen werden. Zum Grundverständnis des Informationsrechts im Verhältnis zu den presserechtlichen, oder – wie man wohl genauer sagen muss – medienrechtlichen Informationsansprüchen: Es verliert sich die Rechtfertigung für ein Monopol entsprechender Auskünfte. Insoweit ist Datenzugang eine – sachlich erweiterte – Fortsetzung dieser Ansprüche. Das zieht nicht in Zweifel, dass natürlich die Medien weiterhin, auch bei allseitiger Vernetzung – vielleicht sogar gerade bei allseitiger Vernetzung – eine zentrale Funktion haben, um überhaupt noch öffentliche Kommuni-

kation am Leben zu halten, die sich im Netz ja als allgemeine Diskussion im demokratischen Sinne, wie ich es ausgedrückt habe, verdünnt. Herr *Häberle*, ich gebe Ihnen vollkommen Recht: Der Begriff der Transparenz ist ein unglücklicher Begriff; der der Öffentlichkeit ist viel adäquater. Transparenz – ich habe versucht, das zu verdeutlichen – ist ein passivischer Begriff: Er ist geleitet von der Vorstellung, man sehe in die Verwaltung hinein. Das reduziert die Kraft der Idee wie die Problemsicht und trifft nur einen kleinen Teilausschnitt. Tatsächlich meint Öffentlichkeit vielmehr Kommunikation. Darauf kam es mir maßgeblich an und von hier aus entwickeln sich viele Probleme erst. Jetzt, Herr *Schoch*, zur Bedeutung des Datenschutzes – und damit zugleich zur praktischen Bedeutung eines solchen Informationszugangsrechts. Sind nicht, so Ihre These, die meisten Daten sowieso Daten ohne Personenbezug? Wenn man rein numerisch allein die Daten in den Blick nimmt, die als solche Namen, Geburtsdatum und Adresse enthalten, bilden diese natürlich einen nur verschwindend geringen Teil. Aber die ganzen Annex-Informationen, auf die sich die personenbezogenen Daten beziehen, werden von diesen dann mit erfasst. Natürlich kann man bei einer Krankenakte sagen, der personenbezogene Anteil sei minimal, der Großteil seien medizinische Vorgänge ohne Personenbezug. Aber durch die Zuordnung bekommt doch der ganze Vorgang eine personenbezogene Bedeutung, ist also, datenschutzrechtlich gesprochen, individualisierbar – solange er nicht anonymisiert wird. Das prinzipielle Erfordernis solcher Anonymisierung aber muss gesetzlich in klarer Weise erst festgeschrieben werden – und das ist in den bisherigen Entwürfen keineswegs der Fall. Insofern denke ich, geht es uns im Grunde vermutlich um das Gleiche, nämlich die Eliminierung des Personenbezugs für den allgemeinen Austausch von Informationen zwischen Verwaltung und Bürgern. Darauf zielte – neben anderem – auch mein gesamter dritter Hauptteil, indem es um eine Strukturierung der Verwaltung ging, die Informationen von individualisierbaren Bezügen von vornherein abtrennt und so nach außen geben kann. In der Tat können bei anonymisierender Selektion und entsprechender Verwaltungsstrukturierung dann die meisten Vorgänge zugänglich gemacht werden, bilden also den überwiegenden Teil der Daten. Dass die Praxis dieses Problem aber durchaus zunächst hat, zeigt auch die amerikanische Erfahrung. Obwohl hier schon seit langem ein Zugangsrecht besteht, beziehen sich 90% der Geheimhaltungsgründe, die von den Behörden geltend gemacht werden, auf die exemptions 6 und 7c – und das sind diejenigen, die Privatschutz bieten. Das Problem ist folglich bis heute, trotz der mittlerweile restriktiver werdenden Rechtsprechung, auch hier keineswegs gelöst, und war es bis zur Entscheidung Reporters Committee 1989 schon überhaupt nicht. Dass hier also auch praktisch ein Problem liegt, scheint

mir klar. Meine These, dass das Informationszugangsgesetz dem Datenschutz prinzipiell entgegensteht, bezieht sich dabei natürlich nur auf personenbezogene Daten. Die Dogmatik zum Datenschutz erstreckt sich insoweit von vornherein nur auf personenbezogenen Schutz.

Jetzt zum zweiten Block, den Abgrenzungsfragen im Einzelnen. Vielleicht zuerst zu den juristischen Personen: Herr *Scherzberg*, ich habe Betriebsgeheimnisse und den Datenschutz nicht verschieden behandelt, sondern nehme die Betriebsgeheimnisse genauso prinzipiell wie den Schutz persönlicher Daten vom Datenzugang aus. Verschieden behandelt habe ich allerdings – und das halte ich in der Tat für richtig – personenbezogene Daten und Daten, die bestimmten juristischen Personen zurechenbar sind. Ich meine, dass Angaben, die konkrete juristische Personen betreffen, nicht schon per se, allein weil bekannt ist, von welcher juristischen Person die Rede ist, geheim zu halten sind, sondern erst, wenn Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in Frage stehen. In meinen Augen liegt das in der von natürlichen Personen grundsätzlich unterschiedenen Struktur juristischer Personen, in denen eben nicht eine Persönlichkeit, die Integrität des Einzelnen als ethische Person in Frage steht, sondern allein die Verfolgung konkreter Zwecke. Und praktisch gewendet geht es hier um Informationen zu oft potenten Einflussfaktoren, denn die entscheidenden Machtstrukturen in unserer Wirtschaft und Gesellschaft beruhen auf Aktivitäten juristischer Personen. Wie wir diese dann genau definieren, ob wir die OHG hinzunehmen – ich meine sie sollte hinzugezogen werden, während der Einzelkaufmann herausfällt –, scheint mir eine Detailfrage. Freilich besteht bei jeder sachhaltigen gesetzlichen Regelung das Problem der Typisierung, d.h. es gibt irgendwo Unschärfen, zu denen man sagen kann: „In gerade diesem Fall mag die Grenzlinie nicht die ganz ideale Lösung sein“. Das aber ist notwendiger Bestandteil systematischer Gesetzgebung, und das müssen wir aushalten. Ich denke jedoch auf das Ganze gesehen haben Informationen zu juristischen Personen eine ganz andere Dimension als solche zu natürlichen Personen, sodass man hier sinnvoll unterscheiden kann und sollte, so wie ja auch bisher in den Datenschutzgesetzen zwischen solchen Daten unterschieden wird – und im Ausland durchgehend auch. Aus Zeitnot nur noch zu einem Punkt, der wiederholt angesprochen wurde: Der Privatschutz von Beamten. Hier liegt eine schwierige Frage. Die USA etwa unterscheiden im Bereich des Disziplinarrechts zwischen hohen Funktionsträgern und andern Funktionsträgern, vielleicht kann man solche Abgrenzungen fruchtbar machen. Ganz wird man personenbezogene Daten auch von Amtsträgern nicht freigeben können, es bedarf eines dienstlichen Bezugs. Aber dass insgesamt der Schutz von Amtsträgern erheblich zu reduzieren ist, scheint mir klar.

Ein allerletztes Wort zur verfassungsrechtlichen Dimension, die viele angesprochen haben und die – eigentlich ausführlicher – mein letzter Block bilden sollte. Ich meine in der Tat, die Verfassung, insbesondere Art. 5 Abs. 1 GG, gibt für ein subjektives Recht nichts her. Im Grundsatzausschuss wurde ausdrücklich ein weitergehendes subjektives Informationsrecht der Presse abgelehnt. Aus dem Demokratieprinzip als solchen kann man vielleicht, nein, sogar sicher die prinzipielle Rechenschaftspflicht der Verwaltung herleiten. Der Umfang eines subjektiv-öffentlichen Datenzugangsrechts – und damit auch die Frage, in welchen Fällen überhaupt ein solches Recht eingeräumt wird – bedarf aber gesetzlicher Konkretisierung. Darauf kommt es mir maßgeblich an, und – soweit eine kurze Antwort auf viele Beiträge wie insbesondere die von den Herren *Classen*, *Kugelmann*, *Scherzberg* und *Wegener* – mir scheint ein Kurzschluss in verfassungsrechtlichen Argumentationen zu liegen, die das überspringen: Aus der prinzipiellen Rechenschaftspflicht der Verwaltung soll, so wird postuliert, von Verfassungs wegen folgen, dass jeder prinzipiell ein subjektives Datenzugangsrecht habe, und dieses Recht soll nur entfallen, wenn im konkreten Fall verfassungsrechtliche Belange entgegenstehen. Wenn man das anerkennt, ist man bei einer allgemeinen Abwägungsformel und verbietet dem Gesetzgeber jede typisierende Gestaltung. Genau hiergegen richtet sich meine Kritik. Wir müssen demokratisch gestalten, wieweit Öffentlichkeit reichen soll. Denn Öffentlichkeit verändert tiefgehend die Strukturen im Verhältnis von Bürger und Verwaltung und auch im Verhältnis von Bürger und Bürger. Hierzu bedarf es einer bewussten, demokratischen Entscheidung.

**Gröschner:** Mein Schlusswort greift die Gliederung unseres Vorsitzenden auf und thematisiert drei Problemschwerpunkte: erstens Grundlagenfragen; zweitens Fragen nach der dogmatischen Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses, insbesondere des Informationsrechtsverhältnisses und – wie üblich – nach dem Nutzen dieser Figur; und schließlich drittens die eher rechtspolitische Frage nach dem Gesetzgeber in Verbindung mit dem Konstruktionsproblem eines subjektiven Rechts auf Informationszugang aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative des Grundgesetzes.

Zum ersten Punkt, den Grundlagenfragen: Es hat sich in einer Wortmeldung eine gewisse Irritation gezeigt, ob man angesichts der so weit entwickelten Technik in unserer Informationsgesellschaft wirklich zu den alten Griechen und Römern zurückkehren müsse. Ich habe es ja deutlich formuliert, dass der Fortschritt mit einem entschlossenen Schritt zurück beginnt, und ich meine, dass die Frage des E-Voting ein gutes Beispiel dafür ist, weshalb wir uns nicht auf die technischen Fragen der Geheimhaltung konzentrieren dürfen. Die Signaturen werden eines Tages so weit



sein, dass selbst ich mich einem solchen Verfahren anvertrauen würde. Nur: die politische Frage ist vorrangig, und wenn wir uns die diesbezügliche Kompetenz als Staatsrechtslehrer aus der Hand nehmen lassen, dann hätte die Staatsrechtslehrervereinigung die Wahrnehmung einer wichtigen Aufgabe in diesen so modernen Zeiten versäumt. Ich meine, dass der Begriff der „allgemeinen Wahl“, der, das ist mir wohl bekannt, bisher anders ausgelegt wird als hier vorgeschlagen, beispielhaft dafür ist. Es gibt ein Gutachten eines Berliner Kollegen zur Frage der Internetwahl. Dieses Gutachten kommt im Ergebnis zur Unzulässigkeit einer flächendeckenden Wahl in der Wohn- oder Schlafzimmersphäre am heimischen PC, hat aber erkennbare Schwierigkeiten mit der Begründung, weil der Begriff der „öffentlichen Wahlhandlung“ nur einfachgesetzlich im Bundeswahlgesetz geregelt ist und die Verfassung die Öffentlichkeit der Wahl jedenfalls nicht ausdrücklich normiert. Ich meine, im Rückgriff auf die politische Funktion „gemeinsam wählgehen“ und dabei „als homo politicus sichtbarwerden“ wird deutlich, dass ein *ius politicum* im klassischen Verständnis uns auch in solch aktuellen Fragen weiterhelfen kann.

Wenn ich von den Grundlagenfragen zur Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses übergehe, erlaube ich mir zunächst den Hinweis darauf, dass das Rechtsverhältnis nicht primär aus dem Rechtsstaatsprinzip gespeist wird, sondern aus dem Prinzip der Republik. Natürlich müssen wir dann endlich die Republik wieder gehaltvoll verstehen, nicht als Abwesenheit von Monarchie, sondern als – so hieß es in Leitsatz 13 – „Delegitimierung jeder Herrschaft aus höherem Recht“. Wenn es keine „Urrechte“ mehr gibt, die unser großer Vater des deutschen Verwaltungsrechts *Otto Mayer* noch propagierte, der gewiss viel zur Rechtsstaatlichkeit dieses Verwaltungsrechts beigetragen hat, aber wie viele Kollegen der Zunft republikvergessen war – das berühmte Vorwort zur dritten Auflage 1924 spricht doch Bände: „Groß Neues“ sei „nicht nachzutragen“ – wenn wir uns also keine „Urrechte“ des Staates mehr vorstellen können, dann wird der Staat in ein Rechtsverhältnis mit den Bürgern eingebunden. Er verliert nicht etwa seine Befugnisse, im Gegenteil, aber die Befugnisse werden Rechte in Rechtsverhältnissen und bestehen nicht mehr im „allgemeinen Gewaltverhältnis“. Mit der Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses glaube ich, auch einen Fall wie den in der Diskussion vorgelegten lösen zu können. Ein Geheimhaltungsverhältnis ist per definitionem – ich kenne die Dissertation von *Elke Gurlit*, in der von den „Triaden“ der Geheimhaltung gesprochen wird – ein Dreiecksrechtsverhältnis. Und nur durch diese Figur ist der Dritte, dessen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse offenbart werden sollen, Beteiligter eines (eben dreiseitigen) Rechtsverhältnisses und er ist selbstverständlich anzuhören, nach allgemeinen Regeln schon des jetzt geltenden Verwaltungsverfah-

rensrechts. Die zweite Sinnhaftigkeit und Werthaftigkeit des Rechtsverhältnisses hoffe ich deutlich gemacht zu haben, obwohl es noch nicht herrschende Lehre ist, dass Aufgaben allgemeine Verwaltungsrechtsverhältnisse begründen, und die Allgemeinheit eine Position in diesen Rechtsverhältnissen einnimmt. Wenn wir vom Zivilrecht her denken, müssen wir neben den besonderen Rechtsverhältnissen mit relativen Rechten und korrelierenden Pflichten auch allgemeine Rechtsverhältnisse anerkennen. Deshalb habe ich den Eigentümer erwähnt: § 903 BGB begründet an sich noch kein besonderes Rechtsverhältnis, aber im Falle einer Störung, die den Abwehranspruch aus § 1004 auslöst, sehen wir doch, dass eine sozusagen latente Beziehung zum potentiellen Störer vorhanden war. Es aktualisiert sich dann das absolute Recht aus dem allgemeinen Rechtsverhältnis. So würde ich auch die Aufgaben der Verwaltung konzipieren. Sie sind allgemeine Behördenpositionen. Allgemein sind sie, weil sie als Pflichten gegenüber der Allgemeinheit bestehen, und man kann das erwähnte Gesetz über die Beteiligung in Umweltverfahren nicht richtig interpretieren, wenn man die Einbeziehung der Öffentlichkeit, die dort wirklich klar geregelt ist, nicht über das von mir so genannte allgemeine Rechtsverhältnis konstruiert. Hier muss ich meinem akademischen Lehrer allerdings Tribut zollen; er ist auf diese Unterscheidung gekommen: *Wilhelm Henke*.

Letzter Punkt, die rechtspolitischen Fragen. Es wurde gesagt, und das gestehe ich zu, dass ich an dieser Stelle etwas zurückhaltend war – obwohl mir die beiden Habilitationsschriften von Rang, deren Autoren hier mitdiskutiert haben, bekannt sind: „Die Öffentlichkeit der Verwaltung“ von *Arno Scherzberg* und „Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers“ von *Dieter Kugelmann*. In der erstgenannten dieser beiden Arbeiten wird ein sehr bedenkenswerter Vorschlag gemacht, den jetzt geltenden Art. 5 Abs. 1 GG teilhaberechtlich auszulegen aus der Idee der Einheit der Verfassung und im Sinne der hohen Bedeutung der Demokratie. Wenn ich dies um die Republik ergänze, gefällt es mir dogmatisch ausgesprochen gut. Nur meine ich, solange das zitierte Sondervotum noch nicht Mehrheit geworden ist, sollte die Dogmatik weiter feilen und das Ergebnis unserem Karlsruher Gericht anbieten. Ich bin zuversichtlich, dass eines Tages eine ebenso kreative Entscheidung wie in Fragen der informationellen Selbstbestimmung auch in Fragen der informatorischen Selbstbestimmung möglich ist. Das wäre eine wunderbare Sache, dann würde auch ich einen unmittelbaren subjektiven Informationsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 anerkennen. Solange das nicht der Fall ist, gilt im Rechtsstaat, in der Demokratie und in der Republik des Grundgesetzes der Vorrang des Gesetzgebers, den ich brauche, um praktische Konkordanz zwischen Information und Nichtinformation herstellen zu lassen.

Abschließende Bemerkung inhaltlicher Art: Ich habe die Transparenz nicht als Prinzip vorgestellt, sondern als Grundsatz, und zu diesem Grundsatz gehören die Ausnahmen. Dabei sind die Ausnahmen in jedem Einzelfall öffentlich zu begründen. Wenn eine Behörde sich zurückzieht auf die öffentlichen Interessen, und eine Angelegenheit deshalb geheimhält, muss sie das vor aller Öffentlichkeit rechtfertigen und sich der Kritik stellen. Als letztes Wort ein Wort des Dankes: Dem Vorstand ist zu danken für die Gelegenheit, den Versuch einer dogmatischen Rekonstruktion des Öffentlichkeitsbegriffs und der Einbettung der Transparenz in die verschiedenen Öffentlichkeiten unternehmen und hier vorstellen zu dürfen. Und Ihnen, den Diskussionsrednern, gilt der Dank für die Anregungen. Sie können sicher sein, dass die eine oder andere Fußnote die Wirkung dieser Anregungen dokumentiert.

**Vorsitzender:** Meine sehr verehrten Damen und Herren, es gehört zu den schönen Pflichten am Schluss einer Diskussion, Dank zu sagen. Dank an die Referenten: Ihr Beifall heute Nachmittag hat es gezeigt, auch Ihr Ausharren bis jetzt, dass wir doch sehr anregende Referate gehört haben! Dank gilt aber auch für die Kollegen des Hamburger Fachbereichs, insbesondere Herrn Kollegen *Oeter* und seinen vielen Hilfskräften, die uns dieses Tagungserlebnis ermöglicht haben. Man sollte vielleicht sagen: Die Tagungen werden immer größer, immer schwieriger zu organisieren, und wenn das Eine oder Andere nicht so perfekt geklappt haben sollte, wie Sie es vielleicht dort oder hier einmal erwartet haben, dann meine ich, dass der Charme des Unvollkommenen und Provisorischen mitunter nur Ausdruck dessen ist, dass wir keine professionelle Tagungsagentur sind, sondern Kollegen, die gelegentlich auch Tagungen organisieren.

Eine letzte Bemerkung ist dadurch veranlasst, dass auch der Vorstand von dem Grundsatz des Transparenzprinzips infiziert ist und man sich fragen könnte: Sollte nicht auch einmal der Vorstand im Gegensatz zu früheren Tagungen die Vorstandsverwaltung transparenter machen? Etwa im Hinblick darauf, warum denn die Art und Weise, wie hier Referenten oder Themen ausgewählt worden sind, so stattgefunden hat, wie sie stattgefunden hat. Das Hauptziel des Vorstandes war, die pluralistische Vielfalt der deutschen Staatsrechtslehre offen zu legen, gleichzeitig aber auch die Kontraste und den Kontrastreichtum, und wenn Sie die verschiedenen Referenten gestern und heute in ihrer Alternativität näher betrachtet haben, so meine ich, dass wir jedenfalls das erreicht haben und es eigentlich wundervoll ist zu sehen, wie anregend und vielfältig staatsrechtliches Denken heute sein kann. Das zweite Ziel ist mit dem verbunden, was Herr *Ole von Beust* gestern beim Empfang gesagt hat: das spielerische Klingenkreuzen, der Wettbewerb des Streitens – weswegen wir auch so

gerne so Zwischenrufe aufnehmen –, die wechselseitigen Diskussionen: Mit deren alternativen Perspektiven ergibt sich auch die Klärung der eigenen Position im Wettstreit der Gedanken, ohne dass es allzu sehr verletzend oder herabwürdigend werden sollte. Ich meine, auch das hat diese Tagung gezeigt: Dies ist ein Weg, der ohne allzu große Beschädigung und Gefahren durchaus gangbar ist. Das dritte Ziel war, anhand der vier Beispielt Themen zu einer methodischen Selbstreflexion über die Lage des Faches anzuregen. Das ist in den Referaten nicht immer gelungen, weil die meisten Kollegen lieber an Sachproblemen und weniger an theoretischer oder methodischer Selbstreflexion arbeiten. Aber ich bin mir sicher, dass gerade durch die kontrastive Vielfalt dieser Referate in der schriftlichen Version langfristig auch das methodische Niveau der Selbstreflexion in dieser Vereinigung erhöht werden kann, und in diesem Sinne bin ich, und ich hoffe auch Sie, mit dieser Tagung sehr zufrieden! Vielen Dank, und noch einen schönen Abend!

## Verzeichnis der Redner

- Albers S. 332  
Alexy S. 194  
von Arnim S. 85  
Battis S. 203  
Bausback S. 93  
Breuer S. 320, 454  
Brugger S. 209  
Bryde S. 94  
Bull S. 191, 449  
Bullinger S. 447, 456  
Calliess S. 89, 328  
Classen S. 446  
Denninger S. 316  
Di Fabio S. 71  
Doehring S. 73  
Eberle S. 458  
Ehrenzeller S. 86  
Engel S. 200, 330  
Frowein S. 201  
Geis S. 206  
Gersdorf S. 204  
Goerlich S. 95  
Götz S. 197  
Grimm S. 87, 197  
Gröschner S. 464  
Gross S. 457  
Gurlit S. 450  
Gusy S. 207  
Häberle S. 77, 199, 445  
Hobe S. 79  
Hölscheidt S. 84  
Hoffmann-Riem S. 325  
Isensee S. 90, 196  
Kämmerer S. 193  
Klein, Eckart S. 74  
Kokott S. 98, 325  
Kugelmann S. 205, 456  
Ladeur S. 321  
Lege S. 79, 317  
Leisner, Walter S. 80  
Lepsius S. 337  
Mager S. 319  
Marauhn S. 88  
Masing S. 461  
Meßerschmidt S. 336  
Meyer S. 331, 460  
Michael S. 458  
Murswiek S. 192, 322  
Oppermann S. 74  
Pitschas S. 202, 327  
Püttner S. 337, 455  
Puttler S. 81  
Rauschning S. 78  
Rengeling S. 329  
Röger S. 459, 460  
Ronellenfitsch S. 323  
Ruffert S. 90  
Saxer S. 447  
Schachtschneider S. 195  
Schefold S. 198  
Scherzberg S. 340, 452  
Schmid, Viola S. 451  
Schmidt-Jortzig S. 81  
Schoch S. 333, 442, 444  
Schulze-Fielitz S. 71, 442, 467  
Schuppert S. 316  
Schwabe S. 318, 444  
Stoll S. 194, 324  
Streinz S. 75, 335  
Vesting S. 96  
Vogel S. 76  
Weber-Dürler S. 191  
Wegener S. 444  
Winter S. 92, 332  
Wyss S. 83  
Zacher S. 199



## Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: 6. Januar 2004

### Vorstand

1. *Dreier*, Dr. Horst, o. Professor,  
Bismarckstr. 13, 21465 Reinbek, (0 40) 7 22 58 34;  
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Staats- und  
Verwaltungsrecht, Universität Würzburg,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,  
(09 31) 31 23 21, Fax (09 31) 31 29 11,  
E-mail: [dreier@mail.uni-wuerzburg.de](mailto:dreier@mail.uni-wuerzburg.de)
2. *Hufen*, Dr. Friedhelm, o. Professor,  
Backhaushohl 62, 55128 Mainz,  
(0 61 31) 3 44 44; Fax (0 61 31) 36 14 49;  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,  
55099 Mainz, (0 61 31) 39-2 23 54 oder -2 30 45,  
Fax (0 61 31) 39-2 42 47,  
E-mail: [Hufen@mail.jura.uni-mainz.de](mailto:Hufen@mail.jura.uni-mainz.de)
3. *Huber*, Dr. Peter M., o. Professor,  
An der Osterwiese 12, 07749 Jena, (0 36 41) 36 33 80;  
Universität München, Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
und Staatsphilosophie,  
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80-35 76, Fax (0 89) 21 80-50 63,  
E-mail: [Peter.M.huber@jura.uni-muenchen.de](mailto:Peter.M.huber@jura.uni-muenchen.de)

### Mitglieder

1. *Abelein*, Dr. Manfred, o. Professor,  
Schafhofstraße 21, 73479 Ellwangen a.d. Jagst

2. *Adamovich*, DDr. Dr. h.c. Ludwig, Professor,  
Roosevelt-Platz 4, A-1090 Wien, (00 43-1) 4 08 55 70;  
Präsident des österreichischen Verfassungsgerichtshofs,  
Judenplatz 11, A-1010 Wien, (00 43-1) 5 31 22-4 15
3. *Albers*, Dr. iur., Dipl. soz. Marion, Privatdozentin,  
Frühlingstr. 9, 76131 Karlsruhe, (07 21) 38 89 00;  
E-mail: [Marion.Albers@web.de](mailto:Marion.Albers@web.de)
4. *Alexy*, Dr. Robert, o. Professor,  
Klausbrooker Weg 122, 24106 Kiel, (04 31) 54 97 42;  
Universität Kiel, 24098 Kiel,  
(04 31) 8 80 35 43, Fax (04 31) 8 80 37 45,  
E-mail: [alex@law.uni-kiel.de](mailto:alex@law.uni-kiel.de)  
Internet: <http://www.uni-kiel.de/alex>
5. *Antoniolli*, Dr. Dr. h.c. Walter, Universitätsprofessor,  
Hasnerstr. 3/I, A-3100 St. Pölten, (00 43) 27 42-7 59 17;  
Universität Wien
6. *Appel*, Dr. Ivo, Professor,  
Cheruskerstraße 14, 10829 Berlin;  
Universität Augsburg, Juristische Fakultät,  
86135 Augsburg, (08 21) 5 98 45 35,  
Fax (08 21) 5 98 45 37,  
E-Mail: [Ivo.Appel@jura.uni-augsburg.de](mailto:Ivo.Appel@jura.uni-augsburg.de)
7. *Arndt*, Dr. Hans-Wolfgang, o. Professor,  
Waldstr. 34, 67434 Neustadt/Weinstr., (0 63 21) 3 33 85;  
Universität Mannheim, 68131 Mannheim, (06 21) 2 92-51 95,  
E-Mail: [h-w.arndt@jura.uni-mannheim.de](mailto:h-w.arndt@jura.uni-mannheim.de)
8. *Arnim*, Dr. Hans Herbert v., o. Professor,  
Im Oberkämmerer 26, 67346 Speyer, (0 62 32) 9 81 23;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
67324 Speyer, (0 62 32) 65 43 43,  
E-Mail: [vonarnim@dhw-speyer.de](mailto:vonarnim@dhw-speyer.de)
9. *Arnold*, Dr. Rainer, o. Professor,  
Plattenweg 7, 93055 Regensburg, (09 41) 7 44 65;  
Universität Regensburg, 93053 Regensburg,  
(09 41) 9 43-26 54/5,  
E-Mail: [Rainer.Arnold@jura.uni-regensburg.de](mailto:Rainer.Arnold@jura.uni-regensburg.de)



10. *Autexier*, Dr. Christian, Professor,  
Egon-Reinert-Str. 19, 66111 Saarbrücken, (06 81) 37 14 87;  
Universität Saarbrücken, Postfach 15 11 50,  
66041 Saarbrücken, (06 81) 3 02-21 85,  
E-Mail: [Christian.Autexier@mx.uni-saarland.de](mailto:Christian.Autexier@mx.uni-saarland.de)
11. *Axer*, Dr. Peter, Professor,  
Josef-Pütz-Str. 16, 52388 Nörvenich,  
(0 24 26) 44 63;  
Universität Siegen, Fachbereich 5,  
Hölderlinstraße 3, 57068 Siegen,  
(02 71) 7 40 32 14
12. *Baade*, Dr. Hans W., Professor,  
6002 Mountain Climb Drive, Austin/Texas, USA, 78 731,  
(0 01-5 12) 4 52 50 71; dienstl. (0 01-5 12) 4 71 51 51,  
E-mail: [baade@mail.law.utexas.edu](mailto:baade@mail.law.utexas.edu)
13. *Bachof*, Dr. Dr. h.c. mult. Otto, o. Professor,  
Auf dem Kreuz 3, 72076 Tübingen, (0 70 71) 6 11 44;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,  
72074 Tübingen, (0 70 71) 2 97 25 49
14. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor,  
Am Rothenberg Süd 4, 82431 Kochel am See, (0 88 51) 52 89;  
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80-35 76,  
E-mail: [Peter.Badura@jura.uni-muenchen.de](mailto:Peter.Badura@jura.uni-muenchen.de)
15. *Baer*, Dr. Susanne, Professorin,  
Pestalozzistr. 7, 10625 Berlin, (0 30) 31 50 39 13;  
Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93 33 24, Fax (0 30) 20 93 33 45,  
E-mail: [susanne.baer@rewi.hu-berlin.de](mailto:susanne.baer@rewi.hu-berlin.de)
16. *Baldus*, Dr. Manfred, Universitätsprofessor,  
Heidberg 27, 22301 Hamburg,  
(0 40) 2 70 12 88;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsgeschichte,  
Staatswissenschaftliche Fakultät Universität Erfurt,  
99089 Erfurt, (03 61) 7 37 47 11 (oder -40 40),  
E-mail: [manfred.baldus@uni-erfurt.de](mailto:manfred.baldus@uni-erfurt.de)

17. *Barfuß*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter, o. Universitätsprofessor,  
Präsident des Österreichischen Normungsinstituts, Generaldirektor  
der Bundeswettbewerbsbehörde der Republik Österreich,  
Heinestraße 38, A-1020 Wien, (00 43-1) 2 13 00/6 12,  
Fax (00 43-1) 2 13 00/6 09
18. *Bartlspenger*, Dr. Richard, o. Professor,  
Schleifweg 55, 91080 Uttenreuth, (0 91 31) 5 99 16, Fax (0 91 31) 53  
33 04;  
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen, Institut für Staats- und  
Verwaltungsrecht, Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,  
(0 91 31) 8 52 28 18, Fax (0 91 31) 8 52 63 82,  
E-mail: [Marion.Pohan@jura.uni-erlangen.de](mailto:Marion.Pohan@jura.uni-erlangen.de)
19. *Battis*, Dr. Dr. h.c. Ulrich, Professor,  
Beiersdorfer Weg 42, 12589 Berlin-Rahnsdorf,  
(0 30) 6 48 19 47;  
Humboldt-Universität Berlin, Lehrstuhl für Staats-  
und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaften,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-35 33, Fax (0 30) 20 93-36 89,  
E-mail: [Ulrich.Battis@rewi.hu-berlin.de](mailto:Ulrich.Battis@rewi.hu-berlin.de)
20. *Bauer*, Dr. Hartmut, Professor,  
Am Hegereiter 13, 01462 Cossebaude, (03 51) 4 52 16 03;  
TU Dresden, Juristische Fakultät, 01062 Dresden,  
(0 35 1) 46 33 73 13 oder 46 33 73 14, Fax (0 35 1) 46 33 72 07,  
E-mail: [Bauer@jura.tu-dresden.de](mailto:Bauer@jura.tu-dresden.de)
21. *Baumeister*, Dr. Peter, Privatdozent,  
Langebrücker Str. 24, 68809 Neulußheim,  
(0 62 05) 39 78 17; Universität Mannheim, Schloß W 124,  
68131 Mannheim, (06 21) 1 81 14 09; Fax (06 21) 1 81 14 11,  
E-mail: [baumeist@rumms.uni-mannheim.de](mailto:baumeist@rumms.uni-mannheim.de)
22. *Bausback*, Dr. Winfried, Privatdozent,  
Im Neurod 8, 63741 Aschaffenburg, (0 60 21) 45 66 06,  
Fax (0 60 21) 45 66 07;  
Lehrstuhl für Völkerrecht, allgemeine Staatslehre, deutsches und  
bayrisches Staatsrecht und politische Wissenschaften der  
Julius-Maximilians Universität Würzburg,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,  
(09 31) 31 23 08, Fax (09 31) 31 23 08,  
E-mail: [wbausback@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:wbausback@jura.uni-wuerzburg.de)

23. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Professor,  
Henkenbergstr. 45a, 44797 Bochum, (02 34) 79 17 44;  
Universität Bochum, 44780 Bochum, (02 34) 3 22 57 24
24. *Beaucamp*, Dr. Guy, Privatdozent,  
Nordstr. 21, 18107 Elmenhorst, (03 81) 7 68 69 50;  
E-mail: [GBeaucamp@zv.uni-rostock.de](mailto:GBeaucamp@zv.uni-rostock.de)
25. *Becker*, Dr. Joachim, Privatdozent,  
Kreuznacher Str. 6, 14197 Berlin, (0 30) 8 22 40 12;  
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin, (0 30) 20 93 33 83,  
E-mail: [Joachim.Becker@rewi.hu-berlin.de](mailto:Joachim.Becker@rewi.hu-berlin.de)
26. *Becker*, Dr. Jürgen, o. Professor,  
Kellerstr. 7, 81667 München;  
GEMA, Rosenheimer Straße 11, 81667 München,  
(0 89) 4 80 03-6 23, Fax (0 89) 4 80 03-6 20
27. *Becker*, Dr. Ulrich, LL.M. (EHI), Professor,  
Pfarrsiedlungsstr. 9, 93161 Sinzing, (0 94 04) 34 78;  
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales  
Sozialrecht, Amalienstr. 33, 80799 München,  
(0 89) 3 86 02-5 11, Fax (0 89) 3 96 02-4 90,  
E-mail: [Becker@mpisoc.mpg.de](mailto:Becker@mpisoc.mpg.de)
28. *Berchthold*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,  
Bräunerstr. 4–6/22, A-1010 Wien, (00 43-1) 53 14 34
29. *Berg*, Dr. Wilfried, o. Professor,  
Waldsteinring 25, 95448 Bayreuth, (09 21) 9 31 25;  
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth, (09 21) 55 28 76,  
E-mail: [Wilfried.Berg@uni-bayreuth.de](mailto:Wilfried.Berg@uni-bayreuth.de)
30. *Berka*, Dr. Walter, o. Universitätsprofessor,  
Birkenweg 2, A-5400 Hallein, (00 43-62 45) 7 67 58;  
Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht  
der Universität Salzburg, Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,  
(00 43) 6 62-80 44 36 20, Fax (00 43) 6 62-8 04 43 03,  
E-mail: [Walter.Berka@sbg.ac.at](mailto:Walter.Berka@sbg.ac.at)
31. *Bernhardt*, Dr. Dr. h.c. Rudolf, o. Professor,  
Gustav-Kirchhoff-Str. 2a, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 41 36 99;  
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 22 53,  
E-mail: [rbernarh@mpiv-hd.mpg.de](mailto:rbernarh@mpiv-hd.mpg.de)

32. *Bethge*, Dr. Herbert, o. Professor,  
Am Seidenhof 8, 94034 Passau, (08 51) 4 16 97;  
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht  
sowie Wirtschaftsverwaltungsrecht und Medienrecht,  
94030 Passau, (08 51) 5 09-22 20, Fax (08 51) 5 09-22 22,  
E-mail: [Bethge@uni-passau.de](mailto:Bethge@uni-passau.de)
33. *Bettermann*, Dr. Dr. h.c. Karl-August, o. Professor,  
Alte Landstr. 173, 22339 Hamburg, (0 40) 5 38 40 64;  
Universität Hamburg, (0 40) 41 23-45 57
34. *Beyerlin*, Dr. Ulrich, apl. Professor,  
Luisenstr. 7, 69151 Neckargmünd;  
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 22 30,  
E-mail: [ubeyerli@mpiv-hd.mpg.de](mailto:ubeyerli@mpiv-hd.mpg.de)
35. *Biaggini*, Dr. Giovanni, o. Professor,  
Kantstraße 12, CH-8044 Zürich,  
(00 41-1) 2 51 11 58;  
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht,  
Rechtswissenschaftliches Institut, Freiestraße 15, CH-8032 Zürich,  
(00 41-1) 6 34 30 10, Fax (00 41-1) 6 34 43 89,  
E-mail: [lst.biaggini@rwi.unizh.ch](mailto:lst.biaggini@rwi.unizh.ch)
36. *Bieber*, Dr. Uwe Roland, o. Professor,  
5, chemin du Chateau Sec, CH-1009 Pully/Lausanne;  
Universität Lausanne, CH-1015 Lausanne-Dorigny,  
(00 41) 21-6 92 27 91, Fax (00 41) 21-6 92 27 85,  
E-mail: [Roland.Bieber@cdce.unich](mailto:Roland.Bieber@cdce.unich)
37. *Biehler*, Dr. Gernot, Privatdozent, M.A., LL.M. (Cantab.),  
Lecturer in Law, Trinity College 39, Dublin 2, Irland,  
(00 35 31) 6 08 12 01,  
E-mail: [biehlerg@tcd.ie](mailto:biehlerg@tcd.ie)
38. *Binder*, Dr. Bruno, Universitätsprofessor,  
Wischerstr. 30, A-4040 Linz,  
(00 43) 7 32-71 77 72-0, Fax (00 43) 7 32-71 77 72-4;  
Universität Linz, Altenbergerstr. 69, A-4020 Linz,  
(00 43) 7 32-24 68-0, Fax (00 43) 7 32-24 68 10,  
E-mail: [yvrecht@jku.at](mailto:yvrecht@jku.at)

39. *Birk*, Dr. Dieter, o. Professor,  
Borkumweg 43, 48159 Münster, (02 51) 21 84 78,  
Fax (02 51) 21 84 76;  
Universität Münster, 48143 Münster,  
(02 51) 8 32 27 95, Fax (02 51) 8 32 83 86,  
E-mail: [Birk@uni-muenster.de](mailto:Birk@uni-muenster.de)
40. *Blanke*, Dr. Hermann-Josef, Universitätsprofessor,  
Universität Erfurt, Staatswissenschaftliche Fakultät,  
Lehrstuhl für Staatsrecht und Europäische Integration,  
Nordhäuser Straße 63, 99089 Erfurt,  
(03 61) 7 37-47 51, (03 61) 7 37-47 50 (Schr.) Fax (03 61) 7 37-47 59,  
E-mail: [herm.-j.blanke@uni-erfurt.de](mailto:herm.-j.blanke@uni-erfurt.de)
41. *Blankenagel*, Dr. Alexander, Professor,  
Türksteinstraße 10, 14167 Berlin, (0 30) 8 54 95 82;  
Humboldt-Universität Berlin, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-33 81, Fax (0 30) 20 93-33 45,  
E-mail: [Blankenagel@rewi.hu-berlin.de](mailto:Blankenagel@rewi.hu-berlin.de)
42. *Bleckmann*, Dr. Dr. Albert, Universitätsprofessor,  
Thomas-Morus-Weg 10f, 48147 Münster,  
(02 51) 23 58 67;  
Universität Münster, 48143 Münster, (02 51) 83 20 21,  
E-mail: [Bleckmann@uni-muenster.de](mailto:Bleckmann@uni-muenster.de)
43. *Blümel*, Dr. Willi, Universitätsprofessor,  
Angelhofweg 65, 69259 Wilhelmsfeld, (0 62 20) 18 80;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften  
Speyer, 67324 Speyer,  
(0 62 32) 6 54-3 62/3 60, Fax (0 62 32) 9 10-2 08 oder 9 10-2 90
44. *Blumenwitz*, Dr. Dieter, o. Professor,  
Tannenstr. 2, 85598 Baldham, (0 81 06) 3 32 52;  
Universität Würzburg,  
(09 31) 31 23 08, Fax (09 31) 31 23 17,  
E-mail: [Blumenwitz@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:Blumenwitz@jura.uni-wuerzburg.de)
45. *Böckenförde*, Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c. Ernst-Wolfgang,  
o. Professor,  
Türkheimstr. 1, 79280 Au bei Freiburg, (07 61) 40 56 23;  
Universität Freiburg, 79098 Freiburg,  
(07 61) 2 03 22 63 oder -22 62

46. *Böckstiegel*, Dr. Karl-Heinz, Professor,  
Parkstr. 38, 51427 Bergisch-Gladbach,  
(0 22 04) 6 62 68;  
Universität Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(02 21) 4 70 23 37
47. *Bogdandy*, Dr. Armin v. M.A., Professor,  
Mühlthalstr. 117, 69121 Heidelberg, (0 62 21) 58 94 33;  
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht  
und Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535,  
69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 26 02; Fax (0 62 21) 48 26 03,  
E-mail: [Bogdandy@mpil.de](mailto:Bogdandy@mpil.de)
48. *Bogs*, Dr. Harald, o. Professor,  
Dresdenerstr. 7, 37120 Bovenden, (05 51) 8 15 95, Fax (05 51) 8 35  
98;  
Universität Göttingen, (05 51) 39 73 92, Fax (05 51) 39 48 72,  
E-mail: [h.bogs@jura.uni-goettingen.de](mailto:h.bogs@jura.uni-goettingen.de)
49. *Böhm*, Dr. Monika, Professorin,  
Lessingstr. 24, 65719 Hofheim/Ts., (0 61 92) 2 48 29,  
Fax (0 61 92) 2 48 14;  
Philipps-Universität Marburg,  
Institut für Öffentliches Recht – FB 01,  
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg/Lahn,  
(0 64 21) 2 82-31 32, -38 08,  
Fax (0 64 21) 2 82-89 82,  
E-mail: [Boehm2@staff.uni-marburg.de](mailto:Boehm2@staff.uni-marburg.de)
50. *Bothe*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,  
Theodor-Heuss-Str. 6, 64625 Bensheim,  
(0 62 51) 43 45;  
Universität Frankfurt a.M., Senckenberganlage 31,  
60054 Frankfurt a.M., (0 69) 7 9 82 22 64,  
E-mail: [M.Bothe@jur.uni-frankfurt.de](mailto:M.Bothe@jur.uni-frankfurt.de)
51. *Brandner*, Dr. Thilo, Privatdozent  
Fritz Reuter Str. 13, 10827 Berlin,  
(0 30) 78 70 42 44;  
Humboldt-Universität Berlin, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 9–11, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-33 41,  
E-mail: [thilo.brandner@rz.hu-berlin.de](mailto:thilo.brandner@rz.hu-berlin.de)

52. *Brandt*, Dr. Edmund, Professor,  
FB Umweltwissenschaften, Universität Lüneburg,  
Scharnhorststr. 1, 21332 Lüneburg,  
(0 41 31) 78 25 21, Fax (0 41 31) 78 25 29,  
E-mail: [Brandt@uni-lueneburg.de](mailto:Brandt@uni-lueneburg.de)
53. *Breitenmoser*, Dr. Stephan, Professor,  
Ordinarius für Europarecht, Juristische Fakultät  
der Universität Basel, Maiengasse 51, 4056 Basel,  
(00 41) 6 12 67 25 16, Fax (00 41) 6 12 67 07 94,  
E-mail: [stephan.breitenmoser@unibas.ch](mailto:stephan.breitenmoser@unibas.ch)
54. *Breining-Kaufmann*, Dr. Christine, Assistenzprofessorin,  
Rechtswissenschaftliches Institut Universität Zürich,  
Rämistraße 74, CH-8001 Zürich,  
(+41) 16 34 48 61 oder 62/63, Fax (+41) 16 34 43 78,  
E-mail: [christine.breining@rwi.unizh.ch](mailto:christine.breining@rwi.unizh.ch)
55. *Brenner*, Dr. Michael, Professor,  
Gedonstr. 6, 80802 München, (0 89) 2 71 85 24;  
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verfassungs-  
und Verwaltungsrecht, Universität Jena,  
Carl-Zeiss-Str.3, 07743 Jena,  
(0 36 41) 94 22 40 oder -41, Fax (0 36 41) 94 22 42,  
E-mail: [Prof.Brenner@t-online.de](mailto:Prof.Brenner@t-online.de)
56. *Breuer*, Dr. Rüdiger, Professor,  
Buschstr. 56, 53113 Bonn,  
(02 28) 21 79 72, Fax (02 28) 22 48 32;  
Universität Bonn, Adenauerallee 44, 53113 Bonn,  
(02 28) 73 91 51, Fax (02 28) 73 55 82,  
E-mail: [r.breuer@jura.uni-bonn.de](mailto:r.breuer@jura.uni-bonn.de)
57. *Britz*, Dr. Gabriele, Professorin,  
Lenaustr. 77, 60318 Frankfurt a.M.,  
Professur für Öffentliches Recht und Europarecht  
Fachbereich Rechtswissenschaften der  
Justus-Liebig-Universität Gießen  
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen  
(06 41) 9 92 10 70 Fax (06 41) 9 92 10 79,  
E-mail: [Gabriele.Britz@recht.uni-giessen.de](mailto:Gabriele.Britz@recht.uni-giessen.de)

58. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor,  
Wydenmööslistr. 11, CH-8280 Kreuzlingen,  
(00 41) 71-6 88 15 25;  
Universität Konstanz, Postfach 5560 D 100, 78434 Konstanz,  
(0 75 31) 88 21 69 oder -21 76
59. *Bröhmer*, Dr. Jürgen, Privatdozent,  
Lüderitzstraße 2, 66123 Saarbrücken,  
(06 81) 3 90 56 94;  
Europa-Institut, Geb. 16.4, Universität des  
Saarlandes, 66041 Saarbrücken,  
(06 81) 3 02 66 63/25 03, Fax (06 81) 3 02 66 62,  
E-mail: [j.broehmer@mx.uni-saarland.de](mailto:j.broehmer@mx.uni-saarland.de)  
Internet: <http://www.jbroehmer.de>
60. *Brugger*, Dr. Winfried, LL.M., Universitätsprofessor,  
Blumenstr. 16, 69115 Heidelberg, (0 62 21) 16 13 19;  
Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,  
69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 74 62,  
Fax (0 62 21) 54 74 63,  
E-mail: [Bruggerw@jurs.uni-heidelberg.de](mailto:Bruggerw@jurs.uni-heidelberg.de)  
Internet: <http://www.brugger.uni-hd.de>
61. *Brüning*, Dr. Christoph, Privatdozent,  
Engelsburgstraße 29, 44575 Castrop-Rauxel, (0 23 05) 4 21 46;  
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,  
Universitätsstraße 150, 44780 Bochum, Gebäude GC 8/145,  
(02 34) 32-2 27 69 oder -2 28 09, Fax (02 34) 32 14-2 36,  
E-mail: [christoph.brueining@jura.ruhr-uni-bochum.de](mailto:christoph.brueining@jura.ruhr-uni-bochum.de)
62. *Brünneck*, Dr. Alexander v., Professor,  
Blumenhagenstr. 5, 30167 Hannover, (05 11) 71 69 11;  
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder, Postfach 17 86,  
15207 Frankfurt/Oder,  
(03 35) 55 34-22 64 oder -22 95, Fax (03 35) 55 34-24 18,  
E-mail: [raue@euv-frankfurt-o.de](mailto:raue@euv-frankfurt-o.de)  
Internet: <http://www.euv-frankfurt-o.de>
63. *Bryde*, Dr. Brun-Otto, o. Professor,  
Richter des Bundesverfassungsgerichts,  
Schlossbezirk 3, 76131 Karlsruhe;  
Universität Gießen; Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,  
(0 64 1) 99-2 10 60/61, Fax (06 41) 99-2 10 69,  
E-mail: [Brun.O.Bryde@recht.uni-giessen.de](mailto:Brun.O.Bryde@recht.uni-giessen.de)



64. *Bull*, Dr. Hans Peter, o. Professor,  
Falckweg 16, 22605 Hamburg,  
Tel./Fax (0 40) 8 80 56 52;  
Universität Hamburg, Seminar für Verwaltungslehre,  
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-35 03, Fax (0 40) 4 28 38-50 62,  
E-mail: [HP-Bull@jura.uni-hamburg.de](mailto:HP-Bull@jura.uni-hamburg.de)
65. *Bullinger*, Dr. Dr. h.c. (Université de Dijon), Martin,  
o. Professor,  
Altschlößleweg 4, 79280 Au bei Freiburg,  
(07 61) 40 23 89;  
Universität Freiburg, 79085 Freiburg,  
(07 61) 2 03 22 48 oder -47
66. *Bumke*, Dr. Christian, Privatdozent,  
Gotenstraße 78, 10829 Berlin,  
(0 30) 7 82 67 87,  
E-mail: [christian.bumke@rewi.hu-berlin.de](mailto:christian.bumke@rewi.hu-berlin.de)
67. *Burgi*, Dr. Martin, Professor,  
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht,  
Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum,  
(02 34) 3 22 52 75, Fax (02 34) 3 21 42 82,  
E-mail: [Martin.Burgi@jura.ruhr-uni-bochum.de](mailto:Martin.Burgi@jura.ruhr-uni-bochum.de)
68. *Burkert*, Dr. Herbert, Privatdozent,  
Uferstr. 31, 50996 Köln – Rodenkirchen,  
(02 21) 39 77 00, Fax (02 21) 39 77 11;  
MCM-HSG, Universität St. Gallen,  
Müller-Friedberg-Str. 8, CH-9000 St. Gallen,  
(00 41) 71-2 22 48 75, (0 04 92 21) 39 77 00  
Fax (00 41) 71-2 22 48 75, (0 04 92 21) 39 77 11,  
E-mail: [Burkert@unisg.ch](mailto:Burkert@unisg.ch)
69. *Bußjäger*, Dr. Peter, Privatdozent,  
Institut für Föderalismus, Maria-Theresien-Straße 38b,  
A-6020 Innsbruck,  
(00 43) 5 12-57 45 94, Fax (00 43) 5 12-57 45 94-4

70. *Butzer*, Dr. Hermann, Professor,  
Orffstr. 3 C, 30989 Gehrden, Tel. (0 51 08) 91 22 85;  
Universität Hannover, Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt im  
Verwaltungsrecht und im Recht der staatlichen Transfersysteme,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(05 11) 7 62 81 69, Fax (05 11) 7 62 82 03,  
E-mail: [Hermann.Butzer@ruhr-uni-bochum.de](mailto:Hermann.Butzer@ruhr-uni-bochum.de)
71. *Calliess*, Dr. Christian, Univ.-Prof.,  
M.A.E.S. (Brügge), LL.M. Eur.,  
Georg-August-Universität Göttingen,  
Institut für Völkerrecht, Abteilung Europarecht,  
Platz der Göttinger Sieben 5, D-37073 Göttingen,  
(05 51) 39-47 61, Fax (05 51) 39-21 96,  
Mobil: (01 75) 2 05 75 22;  
E-mail: [c.calliess@jura.uni-goettingen.de](mailto:c.calliess@jura.uni-goettingen.de)
72. *Campanhausen*, Dr. Axel Frhr. v., Professor,  
Oppenbornstr. 5, 30559 Hannover, (05 11) 52 81 74;  
Kirchenrechtliches Institut der EKD, Goßlerstr. 11, 37073 Göttingen,  
Tel. (05 51) 5 77 11, Fax (05 51) 53 10 51
73. *Caspar*, Dr. Johannes, Privatdozent,  
Tronjewege 16, 22559 Hamburg,  
(0 40) 81 96 11 95, Fax (0 40) 81 96 11 21;  
Universität Hamburg, Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Edmund-Siemens-Allee 1, Flügel West, 20146 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-57 60, Fax (0 40) 4 28 38-62 80,  
E-mail: [Johannes.Caspar@Landtag.ltsh.de](mailto:Johannes.Caspar@Landtag.ltsh.de)
74. *Classen*, Dr. Claus Dieter, Professor,  
Jasmunder Weg 4, 17493 Greifswald,  
(0 38 34) 84 49 63;  
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, 17487 Greifswald,  
(0 38 34) 86 21 21 oder 21 24, Fax (0 38 34) 86 20 02,  
E-mail: [rsw-lscl@mail.uni-greifswald.de](mailto:rsw-lscl@mail.uni-greifswald.de)
75. *Cremer*, Dr. Hans-Joachim, Universitätsprofessor,  
Steinritzstr. 21, 60437 Frankfurt a.M.;  
Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Schloß, Westflügel, 68131 Mannheim,  
(06 21) 1 81-14 28, -14 29 (Skr.), Fax (06 21) 1 81-14 30,  
E-mail: [Hjcremer@rumms.uni-mannheim.de](mailto:Hjcremer@rumms.uni-mannheim.de)

76. *Cremer*, Dr. Wolfram, Privatdozent,  
Lokstedter Damm 29, 22453 Hamburg  
(0 40) 41 91 86 63, mobil: (01 79) 1 12 83 76;  
Helmut-Schmidt Universität, Universität der  
Bundeswehr Hamburg, Institut für Öffentliches Recht,  
(0 40) 65 41-32 96,  
E-mail: [wolfram.cremer@unibw-hamburg.de](mailto:wolfram.cremer@unibw-hamburg.de)
77. *Czybulka*, Dr. Detlef, Universitätsprofessor,  
Bergstraße 24–25, 18107 Elmenhorst,  
(03 81) 7 95 39 44, Fax (03 81) 7 95 39 45;  
Universität Rostock, Juristische Fakultät,  
Lehrstuhl für Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht,  
Verwaltungslehre, Staats- und Finanzrecht,  
Richard-Wagner-Str. 31 (Haus 1),  
18119 Rostock-Warnemünde,  
(03 81) 4 98-38 46, Fax (03 81) 4 98-38 54,  
E-mail: [Detlef.Czybulka@jurfak.uni-rostock.de](mailto:Detlef.Czybulka@jurfak.uni-rostock.de)  
[sekretariat-allgverwr@jurfak.uni-rostock.de](mailto:sekretariat-allgverwr@jurfak.uni-rostock.de)
78. *Dagtolou*, Dr. Prodromos, Professor,  
Hippokratous 33, GR-Athen 144,  
(00 30-1) 3 22 11 90;  
dienstl.: (00 30-1) 3 62 90 65
79. *Danwitz*, Dr. Thomas v., Professor,  
Klinkenbergsweg 1, 53332 Bornheim,  
(0 22 27) 90 91 04, Fax (0 22 27) 90 91 05;  
Institut für Medienrecht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
und Europarecht, insb. Medien- und  
Kommunikationsrecht, Universität zu Köln,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(02 21) 28 55 61 11, Fax (02 21) 28 55 61 22,  
E-mail: [Thomas.vonDanwitz@uni-koeln.de](mailto:Thomas.vonDanwitz@uni-koeln.de)
80. *Davy*, Dr. Benjamin, Universitätsprofessor,  
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund, (02 31) 77 99 94;  
Fachgebiet Bodenpolitik, Bodenmanagement und  
kommunales Vermessungswesen,  
Fakultät Raumplanung, Universität Dortmund,  
44221 Dortmund,  
(02 31) 7 55 22 28, Fax (02 31) 7 55 48 86,  
E-mail: [Bdavy@rp.uni-dortmund.de](mailto:Bdavy@rp.uni-dortmund.de)

81. *Davy*, Dr. Ulrike, Universitätsprofessorin,  
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund, (02 31) 77 99 94 oder 7 94 99 79;  
Lehrstuhl für öffentliches Recht, deutsches und internationales  
Sozialrecht und Rechtsvergleichung,  
Universität Bielefeld, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
(05 21) 1 06 44 00 oder 68 93 (Skr.), Fax (05 21) 1 06 80 83,  
E-mail: [udavy@uni-bielefeld.de](mailto:udavy@uni-bielefeld.de)
82. *De Wall*, Dr. Heinrich, Professor,  
Schronfeld 108, 91054 Erlangen,  
(0 91 31) 97 15 45;  
Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht der  
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,  
Hindenburgstraße 34, 91054 Erlangen,  
(0 91 31) 85-2 22 42, Fax (0 91 31) 85-2 40 64,  
E-mail: [hli@jura.uni-erlangen.de](mailto:hli@jura.uni-erlangen.de)
83. *Degenhart*, Dr. Christoph, Universitätsprofessor,  
Stormstr. 3, 90491 Nürnberg,  
(09 11) 59 24 62, Fax (09 11) 59 24 62;  
Juristenfakultät, Universität Leipzig,  
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig, (03 41) 97-3 51 91,  
Fax (03 41) 97-3 51 99,  
E-mail: [degen@rz.uni-leipzig.de](mailto:degen@rz.uni-leipzig.de)
84. *Delbrück*, Jost, Dr., Dr.rer.pol.h.c., LL.D. h.c., Professor em.,  
Schoolredder 20, 24161 Altenholz, (04 31) 32 29 95;  
Universität Kiel, 24098 Kiel,  
(04 31) 8 80 21 88, Fax (04 31) 8 80 16 19,  
E-mail: [jdelbrueck@webl.de](mailto:jdelbrueck@webl.de)
85. *Denninger*, Dr. Erhard, Professor,  
Am Wiesenhof 1, 61462 Königstein, (0 61 73) 7 89 88;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie II,  
Universität Frankfurt, Senckenberganlage 31,  
60325 Frankfurt a.M., (0 69) 79 82 26 54
86. *Depenheuer*, Dr. Otto, Professor,  
Sürther Hauptstr. 190; 50999 Köln,  
(0 22 36) 38 17 28, Fax (0 22 36) 38 17 29;  
Universität zu Köln, Seminar für Staatsphilosophie  
und Rechtspolitik, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(02 21) 4 70 22 30, Fax (02 21) 4 70 50 10,  
E-mail: [Depenheuer@uni-koeln.de](mailto:Depenheuer@uni-koeln.de)

87. *Determann*, Dr. Lothar, Privatdozent,  
1275 California Street, USA-San Francisco, CA 94109,  
E-mail: [lothar.determann@bakernet.com](mailto:lothar.determann@bakernet.com);  
Freie Universität Berlin, Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin
88. *Detterbeck*, Dr. Steffen, o. Professor,  
Stettinerstr. 60, 35274 Kirchhain,  
(0 64 22) 45 31;  
Institut für Öffentliches Recht, Universität Marburg,  
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,  
(0 64 21) 28 31 23, Fax (0 64 21) 27 38 53,  
E-mail: [brechta@staff.uni-marburg.de](mailto:brechta@staff.uni-marburg.de)
89. *Di Fabio*, Dr. Dr. Udo, Professor,  
Richter des Bundesverfassungsgerichts,  
Theodor-Körner-Str. 8 a, 82049 Pullach,  
(0 89) 79 36 70 21;  
Institut für Öffentliches Recht, Abt. Staatsrecht,  
Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität,  
Adenauer Allee 44, 53113 Bonn (02 28) 73 55-73,  
Fax (02 28) 73 79 35,  
E-mail: [difabio@jura.uni-muenchen.de](mailto:difabio@jura.uni-muenchen.de)
90. *Dietlein*, Dr. Johannes, Professor,  
Heinrich-Heine-Universität, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht und Verwaltungslehre,  
Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf,  
(02 11) 81-1 14 20, Fax (02 11) 81-1 14 55
91. *Dittmann*, Dr. Armin, o. Professor,  
Karl-Brennenstuhl-Str. 11, 72074 Tübingen,  
(0 70 71) 8 24 56;  
Universität Hohenheim – Schloß,  
Postfach 70 05 62, 70593 Stuttgart,  
(07 11) 4 59-27 91, Fax (07 11) 4 59-34 82,  
E-mail: [adittmann@uni-hohenheim.de](mailto:adittmann@uni-hohenheim.de)
92. *Doehring*, Dr. Dres. h.c. Karl, o. Professor,  
Mühltalstr. 117/3, 69121 Heidelberg,  
(0 62 21) 40 98 80;  
Universität: (0 62 21) 54 74 46;  
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,  
(0 62 21) 4 82-2 64

93. *Dolderer*, Dr. Michael, Privatdozent,  
Erwinstr. 48, 79102 Freiburg,  
(07 61) 7 81 06;  
Landessozialgericht Baden-Württemberg,  
Hauffstraße 5, 70190 Stuttgart,  
(07 11) 9 21-20 80, Fax (07 11) 9 21-20 00,  
E-mail: [dolderer@LSGStuttgart.justiz.bwl.de](mailto:dolderer@LSGStuttgart.justiz.bwl.de)
94. *Dolzer*, Dr. Dr. Rudolf, Professor,  
Am Pferchelhang 4/1, 69118 Heidelberg, (0 62 21) 80 33 44;  
Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät,  
Universität Bonn, Adenauerallee 24-42,  
53113 Bonn, (02 28) 73 91 72, Fax (02 28) 73 91 71,  
E-Mail: [rdolzer@jura.uni-bonn.de](mailto:rdolzer@jura.uni-bonn.de)
95. *Dörr*, Dr. Dieter, Professor,  
Am Stadtwald 6, 66123 Saarbrücken;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und  
Europarecht, Medienrecht, Universität Mainz, 55099 Mainz,  
(0 61 31) 3 92 26 81 oder 3 92 30 44, Fax (0 61 31) 3 92 56 97,  
E-mail: [Doerr@mail.jura.uni-mainz.de](mailto:Doerr@mail.jura.uni-mainz.de)  
Direktor des Mainzer Medieninstituts (MMI):  
Mainzer Medieninstitut e.V., Kaiserstr. 32,  
55116 Mainz, (0 61 31) 1 44 92 50, Fax (0 61 31) 1 44 92 60,  
E-mail: [Doerr@mainzer-medieninstitut.de](mailto:Doerr@mainzer-medieninstitut.de)
96. *Dörr*, Dr. Oliver, LL.M. (London), Privatdozent,  
Bergstr. 14, 14532 Stahnsdorf,  
(0 33 29) 61 36 91, Fax (0 33 29) 61 54 69;  
Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,  
(0 30) 83 85 64 74, Fax (0 30) 83 85 64 32,  
E-mail: [doerr@zedat.fu-berlin.de](mailto:doerr@zedat.fu-berlin.de)
97. *Dreier*, Dr. Horst, o. Professor,  
Bismarckstr. 13, 21465 Reinbek, (0 40) 7 22 58 34;  
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Staats- und  
Verwaltungsrecht, Universität Würzburg,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,  
(09 31) 31 23 21, Fax (09 31) 31 29 11,  
E-mail: [dreier@mail.uni-wuerzburg.de](mailto:dreier@mail.uni-wuerzburg.de)
98. *Dreier*, Dr. Ralf, o. Professor,  
Wilhelm-Weber-Str. 4, 37073 Göttingen, (05 51) 5 91 14;  
Universität Göttingen, 37073 Göttingen, (05 51) 39 73 84

99. *Eberle*, Dr. Carl-Eugen, Professor,  
Kapellenstr. 68a, 65193 Wiesbaden, (06 11) 52 04 68;  
ZDF, 55100 Mainz, (0 61 31) 70-41 00,  
Fax (0 61 31) 70 54 52,  
E-mail: [Eberle.ce@zdf.de](mailto:Eberle.ce@zdf.de)
100. *Ebsen*, Dr. Ingwer, Professor,  
Alfred-Mumbächer-Str. 19, 55128 Mainz, (0 61 31) 33 10 20;  
FB Rechtswissenschaft, Universität Frankfurt, Postfach 11 19 32,  
60054 Frankfurt am Main, (0 69) 79 82 27 03,  
E-mail: [Ebsen@jur.uni-frankfurt.de](mailto:Ebsen@jur.uni-frankfurt.de)
101. *Eckhoff*, Dr. Rolf, Professor,  
Bornwiesweg 37, 65388 Schlangenbad-Georgenborn,  
(0 61 29) 48 93 70, Fax: (0 61 29) 48 93 72;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Finanz- und  
Steuerrecht, Universitätsstr. 31, 93040 Regensburg,  
(09 41) 9 43-26 56/57, Fax (09 41) 9 43-19 74,  
E-mail: [Rolf.Eckhoff@jura.uni-regensburg.de](mailto:Rolf.Eckhoff@jura.uni-regensburg.de)
102. *Ehlers*, Dr. Dirk, Professor,  
Am Mühlenbach 14, 48308 Senden, (0 25 97) 84 15,  
E-mail: [ehlersd@uni-muenster.de](mailto:ehlersd@uni-muenster.de)  
Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht,  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
(02 51) 83-2 27 01, Fax (02 51) 83-2 83 15,  
E-mail: [wivwr@uni-muenster.de](mailto:wivwr@uni-muenster.de)  
Internet: <http://www.uni-muenster.de/Jura.wivwr>
103. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor,  
Am Römerlager 4, 53117 Bonn
104. *Ehrenzeller*, Dr. Bernhard, o. Professor,  
Tannenstraße 21, CH-9000 St. Gallen, (00 41) 71-2 44 26 08;  
Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts-  
und Sozialwissenschaften, Bodanstraße 4, CH-9000 St. Gallen,  
(00 41) 71-2 24 24 40 oder -46, Fax (00 41) 71-2 24 24 41,  
E-mail: [Bernhard.Ehrenzeller@unisg.ch](mailto:Bernhard.Ehrenzeller@unisg.ch)
105. *Eichenberger*, Dr. Dr. h.c. Kurt, o. Professor,  
Bärenbrunnenweg 4, CH-4144 Arlesheim bei Basel,  
(00 41) 61-7 01 33 86

106. *Enders*, Dr. Christoph, Universitätsprofessor,  
Trufanowstr. 1, 04105 Leipzig,  
(03 41) 5 64 33 71, Fax (03 41) 5 64 33 72;  
Universität Leipzig, Juristenfakultät,  
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,  
(03 41) 97 35-3 51, Fax (03 41) 97 35-3 59,  
E-mail: [skenders@rz.uni-leipzig.de](mailto:skenders@rz.uni-leipzig.de)
107. *Engel*, Dr. Christoph, Professor,  
Königsplatz 25, 53173 Bonn, (02 28) 9 56 34 49,  
Fax (02 28) 9 56 39 44;  
Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter,  
Poppelsdorfer Allee 45, 53115 Bonn  
(02 28) 9 14 16-10, Fax (02 28) 9 14 16-11  
E-mail: [engel@mpp-rdg.mpg.de](mailto:engel@mpp-rdg.mpg.de)  
Internet: [www.mpp-rdg.mpg.de](http://www.mpp-rdg.mpg.de)
108. *Ennuschat*, Dr. Jörg, Privatdozent,  
Elberfelder Str. 23, 58452 Witten, (0 23 02) 39 00 28;  
Institut für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre,  
Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(02 21) 4 70-63 67 (oder: -22 89), Fax (02 21) 4 70-51 26,  
E-mail: [joerg.ennuschat@uni-koeln.de](mailto:joerg.ennuschat@uni-koeln.de)
109. *Epiney*, Dr. Astrid, Professorin,  
Avenue du Moléson 18, CH-1700 Fribourg,  
(00 41) 26-3 23 42 24;  
Universität Fribourg, Lehrstuhl für Europa-,  
Völker- und Öffentliches Recht,  
Av. de Beauregard 11, CH-1700 Fribourg,  
(00 41) 26-3 00 80 90, Fax (00 41) 26-3 00 97 76,  
E-mail: [Astrid.Epiney@unifr.ch](mailto:Astrid.Epiney@unifr.ch)
110. *Epping*, Dr. Volker, Professor,  
Neddernwanne 38, 30989 Gehrden,  
(0 51 08) 91 26 97, Fax (0 51 08) 91 26 98,  
Universität Hannover,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Königsworther Platz 1,  
30167 Hannover, (05 11) 7 62 82 48/49, Fax (05 11) 7 62 82 52,  
E-mail: [eppingv@jura.uni-hannover.de](mailto:eppingv@jura.uni-hannover.de)



111. *Erbel*, Dr. Günter, Professor,  
Burbacher Str. 10, 53129 Bonn;  
Universität Bonn, Adenauerallee 24–42,  
53113 Bonn, (02 28) 73 55 83
112. *Erbguth*, Dr. Wilfried, Professor,  
Friedrich-Franz-Str. 38, 18119 Rostock-Warnemünde,  
(03 81) 5 48 67 09, Fax (03 81) 5 48 67 15;  
Universität Rostock, Juristische Fakultät, Richard-Wagner-Str. 31,  
18119 Rostock-Warnemünde, (03 81) 4 98 38 44, Fax (03 81) 4 98 38 62,  
E-mail: [Wilfried.Erbguth@jurfak.uni-rostock.de](mailto:Wilfried.Erbguth@jurfak.uni-rostock.de)
113. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor,  
Falkenhorst 17, 48155 Münster, (02 51) 3 13 12;  
Kommunalwissenschaftliches Institut, Universität Münster,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster, (02 51) 83 27 41
114. *Faber*, Dr. Heiko, Professor,  
Wunstorfer Str. 1, 30989 Gehrden, (0 51 08) 22 34;  
Universität Hannover, Königsworther Platz 1,  
30167 Hannover, (05 11) 7 62-82 06
115. *Faber*, Dr. Angela, Privatdozentin,  
Am Dörnchesweg 42, 50259 Puhlheim,  
(0 22 34) 6 43 70, Fax (0 22 34) 80 29 93,  
E-mail: [angelafer@yahoo.de](mailto:angelafer@yahoo.de)
116. *Fastenrath*, Dr. Ulrich, Professor,  
Liliensteinstraße 4, 01277 Dresden, (03 51) 2 54 05 36;  
Juristische Fakultät der TU Dresden, Bergstr. 53,  
01069 Dresden, (03 51) 46 33-73 33,  
Fax (03 51) 46 33-72 13
117. *Fechner*, Dr. Frank, Professor,  
Fischersand 57, 99084 Erfurt,  
(03 61) 6 44 56 96;  
TU Ilmenau, Institut für Rechtswissenschaft,  
Postfach 100 565, 98684 Ilmenau, (0 36 77) 69-40 22,  
E-mail: [Frank.Fechner@tu-ilmenau.de](mailto:Frank.Fechner@tu-ilmenau.de)
118. *Fehling*, Dr. Michael, Professor, LL.M. (Berkeley),  
Hirtenkamp 9, 22359 Hamburg, 0 40 60 95 14 65;  
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft  
Junigiusstraße 6, 20355 Hamburg, Postfach 30 10 30,  
(0 40) 3 07 06-2 31, Fax (0 40) 3 07 06-2 35,  
E-mail: [michael.fehling@law-school.de](mailto:michael.fehling@law-school.de)

119. *Felix*, Dr. Dagmar, Professorin,  
Rothenbaumchaussee 60, 20148 Hamburg, (0 40) 41 46 97 12;  
Universität Hamburg, Öffentliches Recht und Sozialrecht,  
Fachbereich Rechtswissenschaft, Edmund-Siemers-Allee 1,  
20146 Hamburg, (0 40) 4 28 38-26 65,  
Fax (0 40) 4 28 38-29 30,  
E-mail: [d-felix@jura.uni-hamburg.de](mailto:d-felix@jura.uni-hamburg.de)
120. *Fiedler*, Dr. Wilfried, o. Professor,  
Am Löbel 2, 66125 Saarbrücken-Dudweiler, (0 68 97) 76 64 01;  
Forschungsstelle Internationaler Kulturgüterschutz,  
Universität des Saarlandes, Gebäude 16,  
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,  
(06 81) 3 02-32 00, Fax (06 81) 3 02-43 30,  
E-mail: [w.fiedler@mx.uni-saarland.de](mailto:w.fiedler@mx.uni-saarland.de)
121. *Fink*, Dr. Udo, Univ.-Professor,  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften  
55099 Mainz (0 61 31) 3 92 23 84,  
E-mail: [Fink@mail.jura.uni-mainz.de](mailto:Fink@mail.jura.uni-mainz.de)
122. *Fisahn*, Dr. Andreas, Privatdozent,  
Hauptmann Böse Weg 5, 28213 Bremen,  
(04 21) 2 23 94 64;  
Universität Bremen, FB Rechtswissenschaft,  
Postfach 33 04 40, 28834 Bremen,  
(04 21) 2 18 27 68,  
E-mail: [Fisahn@uni-bremen.de](mailto:Fisahn@uni-bremen.de)
123. *Fischer*, Dr. Kristian, Privatdozent,  
Deidesheimer Str. 52, 68309 Mannheim,  
(0 62 1) 73 82 45;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,  
Universität Mannheim, Schloß, Westflügel,  
68131 Mannheim,  
(06 21) 1 81-14 35, Fax (06 21) 1 81-14 37,  
E-mail: [kfischer@jura.uni-mannheim.de](mailto:kfischer@jura.uni-mannheim.de)
124. *Fleiner*, Dr. Dr. h.c. Thomas, o. Professor,  
rte. Beaumont 9, CH-1700 Fribourg, (00 41) 26-4 24 66 94;  
Institut für Föderalismus, Universität Fribourg,  
rte. Englisberg 7, CH-1763 Granges-Paccot,  
(00 41) 26-3 00 81 25 oder -28, Fax (00 41) 26-3 00 97 24,  
E-mail: [Thomas.Fleiner@unifr.ch](mailto:Thomas.Fleiner@unifr.ch)

125. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor,  
Bispinger Weg 11, 30625 Hannover,  
(05 11) 57 57 19 oder 56 28 92;  
Universität Hannover, Königsworther Platz 1,  
30167 Hannover, (05 11) 7 62-82 48 oder -82 49
126. *Frank*, Dr. Dr. h.c. Götz, Professor,  
Cäcilienplatz 4, 26122 Oldenburg, (04 41) 7 56 89;  
Carl von Ossietzky Universität Oldenburg,  
Juristisches Seminar, Öffentliches Wirtschaftsrecht,  
Postanschrift 26111 Oldenburg, Paketanschrift  
Ammerländer Heerstraße 114–118, 26129 Oldenburg;  
(04 41) 7 98-41 43, Fax (04 41) 7 98-41 51,  
E-mail: [Goetz.Frank@uni-oldenburg.de](mailto:Goetz.Frank@uni-oldenburg.de)
127. *Frankenberg*, Dr. Dr. Günter, Professor,  
Buchrainweg 17, 63069 Offenbach;  
Institut für Öffentl. Recht, Universität Frankfurt,  
Senckenberganlage 31; 60054 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 79 82 29 91, Fax (0 69) 79 82 83 83,  
E-mail: [Frankenberg@jur.uni-frankfurt.de](mailto:Frankenberg@jur.uni-frankfurt.de)
128. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,  
Eichenhainallee 17, 51427 Bergisch-Gladbach,  
(0 22 04) 6 19 84;  
Universität Köln, 50923 Köln
129. *Fromont*, Dr. Dr. mult. h.c. Michel, Professor,  
12, Boulevard de Port Royal, F-75005 Paris,  
(00 33 1) 45 35 73 71,  
E-mail: [Fromont.michel@wanadoo.fr](mailto:Fromont.michel@wanadoo.fr);  
Universität Paris I Panthéon-Sorbonne, Études  
Internationales et Européennes, 12, place du Panthéon,  
F-75231 Paris Cédex 05, (00 33 1) 44 07 77 33,  
Fax (00 33) 01 44 07 75 12
130. *Frotscher*, Dr. Werner, Professor,  
Habichtstalgasse 32, 35037 Marburg/Lahn,  
(0 64 21) 3 29 61;  
Universität Marburg, Universitätsstr. 6, 35032 Marburg/Lahn,  
(0 64 21) 28-2 31 22/1 26 (Skr.), Fax (0 64 21) 2 82-38 40,  
E-mail: [Frotsche@staff.uni-marburg.de](mailto:Frotsche@staff.uni-marburg.de)

131. *Frowein*, Dr. Dr. h.c. Jochen Abr., o. Professor,  
Blumenthalstr. 53, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 47 46 82;  
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,  
(0 62 21) 4 82-2 58, Fax (0 62 21) 4 82-6 77,  
E-mail: [Frowein@mpiv-hd.mpg.de](mailto:Frowein@mpiv-hd.mpg.de)
132. *Führ*, Dr. Martin, Professor,  
Fachhochschule Darmstadt, Haardtring 100, 64295 Darmstadt
133. *Funk*, Dr. Bernd-Christian, o. Professor,  
Franz Grassler Gasse 23, A-1230 Wien,  
Tel./Fax (00 43-1) 8 89 29 35;  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien –  
Juridicum –, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien;  
Institut für Universitätsrecht und Universitätsmanagement,  
Johannes Kepler Universität Linz, Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,  
(00 43) 7 32-24 68-93 36, Fax (00 43) 7 32-24 68 93 99,  
E-Mail: [bernd-christian.funk@univie.ac.at](mailto:bernd-christian.funk@univie.ac.at),  
Internet: [www.uni-linz.ac.at/unirecht](http://www.uni-linz.ac.at/unirecht)
134. *Gächter*, Dr. Thomas, Privatdozent,  
Zeppelinstraße 69, CH-8057 Zürich,  
(00 41-1) 2 98 78 43,  
E-mail: [thomas.gaechter@bluewin.ch](mailto:thomas.gaechter@bluewin.ch)
135. *Gallent*, Dr. Dr. Kurt, Universitätsprofessor,  
Obersenatsrat i.R.,  
Pestalozzistr. 1/III, A-8010 Graz,  
(00 43) 3 16-84 76 22
136. *Gallwas*, Dr. Hans-Ulrich, Professor,  
Hans-Leipelt-Str. 16, 80805 München, (0 89) 3 22 83 66;  
Obermaisperg 36 1/2, 84323 Massing, Tel./Fax (0 87 24) 13 86;  
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80-32 62
137. *Gassner*, Dr. Ulrich M., Mag.rer.publ., M.Jur. (Oxon), Professor,  
Scharnitzer Weg 9, 86163 Augsburg, (08 21) 6 32 50;  
Universität Augsburg, Universitätsstr. 2, 86135 Augsburg,  
(08 21) 5 98-45 46, Fax (08 21) 5 98-45 47,  
E-mail: [Ulrich.Gassner@jura.uni-augsburg.de](mailto:Ulrich.Gassner@jura.uni-augsburg.de)

138. *Geis*, Dr. Max-Emanuel, o. Professor,  
Valentin-Rathgeber-Str. 1, 96049 Bamberg,  
(09 51) 51 93-3 05 oder -3 06,  
Fax (09 51) 51 93-3 08;  
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen, Institut für Staats- und  
Verwaltungsrecht, Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,  
(0 91 31) 8 52 28 18, Fax (0 91 31) 8 52 63 82,  
E-mail: [max-emanuel.geis@jura.uni-erlangen.de](mailto:max-emanuel.geis@jura.uni-erlangen.de)
139. *Gellermann*, Dr. Martin, Privatdozent,  
Hermann-Lüpping-Str. 15, 49492 Westerkappeln, (0 54 04) 20 47;  
Universität Osnabrück, FB Rechtswissenschaften, 49069 Osnabrück
140. *Germann*, Dr. Michael, Professor,  
Rathenauplatz 13, 06114 Halle,  
(03 45) 5 23 89 32;  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht  
und Kirchenrecht,  
Juristische Fakultät, Universitätsplatz 5, 06108 Halle,  
(03 45) 55-2 32 20, Fax (03 45) 55-2 76 74,  
E-mail: [Germann@jura.uni-halle.de](mailto:Germann@jura.uni-halle.de)
141. *Gersdorf*, Dr. Hubertus, Professor,  
Jägerstraße 65, 10117 Berlin,  
(0 30) 20 61 96 61, Fax (0 30) 20 61 96 62;  
Universität Rostock, Lehrstuhl für Kommunikationsrecht,  
Gerd Bucerus-Stiftungsprofessur,  
Richard-Wagner-Straße 7, 18055 Rostock,  
(03 81) 2 03 60 76, Fax (03 81) 2 03 60 75,  
E-Mail: [hubertus.gersdorf@jurfak.uni-rostock.de](mailto:hubertus.gersdorf@jurfak.uni-rostock.de)
142. *Giegerich*, Dr. Thomas, Professor,  
Hugenottenstraße 6, 68229 Mannheim;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt  
Europarecht/Völkerrecht, Universität Bremen,  
Universitätsallee GW 1, 28359 Bremen, (04 21) 2 18 33 51,  
E-mail: [Tgiegerich@uni-bremen.de](mailto:Tgiegerich@uni-bremen.de)
143. *Goerlich*, Dr. Helmut, Professor,  
Universität Leipzig, Juristenfakultät,  
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,  
(03 41) 97-3 51 71, Fax (03 41) 97-3 51 79

144. *Göldner*, Dr. Detlef, Privatdozent,  
Wilhelmshavener Str. 20, 24105 Kiel, (04 31) 8 16 44
145. *Gornig*, Dr. Dr. h. c. Gilbert, Professor,  
Pfarracker 4, 35043 Marburg-Bauerbach,  
(0 64 21) 16 35 66, Fax (0 64 21) 16 37 66;  
Institut für Öffentliches Recht, Universität Marburg,  
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,  
(0 64 21) 28-31 31 oder 28-31 27, Fax (0 64 21) 28-38 53,  
E-mail: [Gornig@voelkerrecht.com](mailto:Gornig@voelkerrecht.com)
146. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor,  
Geismarlandstr. 17a, 37083 Göttingen,  
(05 51) 4 31 19; Universität Göttingen,  
Abt. Europarecht des Instituts für Völkerrecht,  
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,  
(05 51) 39-47 61, Fax (05 51) 39-21 96,  
E-mail: [ujveuro@gwdg.de](mailto:ujveuro@gwdg.de)
147. *Grabenwarter*, Dr. Dr. Christoph, Universitätsprofessor,  
Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes  
Öffentliches Recht, Karl-Franzens-Universität Graz,  
Universitätsstraße 15/D3, A-8010 Graz,  
(0 43) 31 63 80 36 02, Fax: (0 43) 31 63 80 94 53,  
E-mail: [sekretariat.grabenwarter@uni-graz.at](mailto:sekretariat.grabenwarter@uni-graz.at)
148. *Gramlich*, Dr. Ludwig, Professor,  
Justus-Liebig-Str. 38 A, 64839 Münster;  
Fakultät für Wirtschaftswissenschaften,  
TU Chemnitz-Zwickau, Postfach 9 64, 09009 Chemnitz,  
(03 71) 5 31 41 64, -65, Fax (03 71) 5 31 39 61,  
E-mail: [l.gramlich@wirtschaft.tu-chemnitz.de](mailto:l.gramlich@wirtschaft.tu-chemnitz.de)  
Internet: <http://www.tu-chemnitz.de/wirtschaft/jural/>
149. *Gramm*, Dr. Christof Gerhard, Privatdozent,  
Austraße 12 c, 53604 Bad Honnef, (0 22 24) 48 34;  
Bundesministerium der Justiz, Jerusalem Str. 24–28,  
10117 Berlin, (0 30) 20 25 94 50
150. *Grawert*, Dr. Dr. h. c. Rolf, o. Professor,  
Aloysiusstraße 28, 44795 Bochum, (02 34) 47 36 92,  
Fax (02 34) 5 16 91 36;  
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,  
Universitätsstraße 150, GC 8/59, 44721 Bochum,  
(02 34) 32 22 52 65, Fax (02 34) 3 21 42 36,  
E-mail: [Rolf.Grawert@ruhr-uni-bochum.de](mailto:Rolf.Grawert@ruhr-uni-bochum.de)

151. *Grewlich*, Dr. jur. habil. Dr. sc.econ. (HEC Lausanne) LL.M. (Berkeley),  
Klaus W., Professor, Botschafter der Bundesrepublik Deutschland,  
BotschaftBaku/Republik Aserbaidshjan,  
Auswärtiges Amt (Kurier), 11020 Berlin,  
(00 99) 4 12-98 78 18, 98 79 19, Fax (00 99) 4 12-98 54 19,  
E-mail: [kwgr@gmx.de](mailto:kwgr@gmx.de)
152. *Grigoleit*, Dr. Klaus Joachim, Privatdozent,  
Charlottenbrunner Straße 5a, 14193 Berlin, (0 30) 50 40 04;  
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin, (0 30) 20 93-35 27,  
E-mail: [grigoleit@gmx.de](mailto:grigoleit@gmx.de)
153. *Griller*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,  
Hungerbergstr. 11–13, A-1190 Wien, (00 43-1) 32 24 05;  
Forschungsinstitut für Europafragen, Wirtschaftsuniversität  
Wien, Althanstr. 39–45, A-1090 Wien,  
(00 43-1) 3 13 36-41 35 oder 41 36,  
Fax (00 43-1) 3 13 36 –7 58
154. *Grimm*, Dr. Dieter, o. Professor,  
Bayerische Straße 5, 10707 Berlin,  
(0 30) 88 72 57 99, Fax (0 30) 88 72 58 99;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-35 66 (Büro), -35 67 (Sekretariat),  
-35 36 (Mitarbeiter), Fax (0 30) 20 93-34 78,  
E-mail: [Dieter.Grimm@rewi.hu-berlin.de](mailto:Dieter.Grimm@rewi.hu-berlin.de),  
Wissenschaftskolleg zu Berlin, Institute for Advanced Study,  
Wallotstr. 19, 14193 Berlin, (0 30) 8 90 01-0 (Zentrale),  
(0 30) 8 90 01-1 19, Fax (0 30) 8 90 01-1 00,  
E-mail: [grimm@wiko-berlin.de](mailto:grimm@wiko-berlin.de)
155. *Gröpl*, Dr. Christoph, Professor,  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,  
Universität des Saarlandes, Postfach 15 11 50,  
66041 Saarbrücken,  
(06 81) 3 02-32 00, Fax (06 81) 3 02-43 30,  
E-mail: [groepl@mx.uni-saarland.de](mailto:groepl@mx.uni-saarland.de)

156. *Gröschner*, Dr. Rolf, o. Professor,  
Stormstr. 39, 90491 Nürnberg, (09 11) 59 14 08;  
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Jena,  
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,  
(0 36 41) 94 22 20 oder -21, Fax (0 36 41) 94 22 22,  
E-mail: [r.groeschner@recht.uni-jena.de](mailto:r.groeschner@recht.uni-jena.de)
157. *Groß*, Dr. Thomas, Professor  
Diezstr. 8, 35390 Gießen, Tel./Fax: (06 41) 3 01 23 81;  
Justus-Liebig-Universität, Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Licher Straße 64, 35394 Gießen,  
(06 41) 99-2 11 20 /-21, Fax (06 41) 99-2 11 29,  
E-mail: [Thomas.Gross@recht.uni-giessen.de](mailto:Thomas.Gross@recht.uni-giessen.de)
158. *Grote*, Dr. Rainer, LL.M. (Edinburgh), Privatdozent,  
Im Sand 3A, 69115 Heidelberg,  
(0 62 21) 16 43 46, Fax (0 62 21) 91 47 35;  
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und  
Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535,  
69120, Heidelberg,  
(0 62 21) 48 22 44, Fax (0 62 21) 48 22 88,  
E-mail: [Rainer.Grote@mpiv-hd.mpg.de](mailto:Rainer.Grote@mpiv-hd.mpg.de)
159. *Grupp*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,  
Stephanienufer 5, 68163 Mannheim,  
(06 21) 82 21 97, Fax (06 21) 82 21 97;  
Universität des Saarlandes, Am Stadtwald, 66041 Saarbrücken,  
(06 81) 3 02-35 08 oder -35 48, Fax (06 81) 3 02-43 37,  
E-mail: [K.Grupp@mx.uni-saarland.de](mailto:K.Grupp@mx.uni-saarland.de)
160. *Grzeszick*, Dr. Bernd, Privatdozent,  
Universitätsstraße 69, 50931 Köln;  
Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik,  
Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz,  
50923 Köln, (02 21) 4 70 26 84,  
E-mail: [Grzeszick@uni-koeln.de](mailto:Grzeszick@uni-koeln.de)
161. *Guckelberger*, Dr. Anette, Privatdozentin,  
Albert-Schweitzer-Straße 16, 67346 Speyer, (0 62 32) 62 28 11;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 67346 Speyer,  
(0 62 32) 65 43 19,  
E-mail: [guckelbergerl@dhv-speyer.de](mailto:guckelbergerl@dhv-speyer.de)



162. *Gundel*, Dr. Jörg, Privatdozent,  
Moltkestr. 47, 12203 Berlin, (0 30) 84 41 07 70  
Freie Universität Berlin, Institut für Völkerrecht,  
Europarecht und ausländisches öffentliches Recht,  
Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin,  
(0 30) 83 85 64 34, Fax (0 30) 83 85 20 71,  
E-mail: [jggundel@zedat.fu-berlin.de](mailto:jggundel@zedat.fu-berlin.de)
163. *Gurlit*, Dr. Elke, Universitätsprofessorin,  
Rüdesheimer Straße 18, 65197 Wiesbaden,  
E-mail: [EGurlit@aol.com](mailto:EGurlit@aol.com);  
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaft,  
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,  
55099 Mainz, (0 61 31) 3 92 31 14, Fax (0 61 31) 3 92 40 59,  
E-mail: [gurlit@uni-mainz.de](mailto:gurlit@uni-mainz.de)
164. *Gusy*, Dr. Christoph, Professor,  
Niederwall 32, 33602 Bielefeld, (05 21) 99 67 79 67;  
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld, (05 21) 1 06 43 97,  
E-mail: [christoph.gusy@uni-bielefeld.de](mailto:christoph.gusy@uni-bielefeld.de)
165. *Häberle*, Dr. Dr. h.c. mult. Peter, o. Professor,  
Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht,  
Universität Bayreuth, Universitätsstraße 30, Postfach  
95440 Bayreuth, (09 21) 55 70 88,  
Fax (09 21) 55 70 99,  
E-mail: [Peter.Haeberle@uni-bayreuth.de](mailto:Peter.Haeberle@uni-bayreuth.de)
166. *Häde*, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,  
Bergstraße 146, 15230 Frankfurt/Oder, (03 35) 6 85 74 38;  
Europa-Universität Viadrina, Lehrstuhl für Öffentl. Recht,  
insbes. Verwaltungsrecht, Finanzrecht und Währungsrecht,  
Postfach 17 86, 15207 Frankfurt/Oder,  
Hausanschrift: Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt/Oder,  
(03 35) 55 34-6 70, Fax (03 35) 55 34-5 25,  
E-mail: [haede@euv-frankfurt-o.de](mailto:haede@euv-frankfurt-o.de)
167. *Haedrich*, Dr. Martina, Professorin,  
Im Ritzetal 20, 07749 Jena, (0 36 41) 44 85 25,  
Fax (0 36 41) 44 44 14; Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Friedrich-Schiller-Universität, Carl-Zeiss-Straße 3,  
07743 Jena, (0 36 41) 94 22 15, Fax (0 36 41) 94 20 02,  
E-mail: [m.haedrich@recht.uni-jena.de](mailto:m.haedrich@recht.uni-jena.de)

168. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor,  
Müseliweg 1, CH-8049 Zürich, (00 41-1) 56 84 60
169. *Hafner*, Dr. Felix, Professor,  
Hirzbrunnenschanze 67, CH-4058 Basel;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Juristische Fakultät der Universität Basel,  
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,  
(00 41) 61-2 67-25-64, Fax (00 41) 61-2 67-07-95,  
E-mail: [Felix.Hafner@unibas.ch](mailto:Felix.Hafner@unibas.ch)
170. *Hahn*, Dr. Dr. h.c. Hugo J., LL.M.(Harvard), o. Professor,  
Frankenstr. 63, 97078 Würzburg, (09 31) 28 42 86;  
Universität Würzburg, (09 31) 31 23 10, Fax (09 31) 31 23 17
171. *Hailbronner*, Dr. Kay, o. Professor,  
Toggenbühl, CH-8269 Fruthwilen, (00 41) 71-6 64 19 46;  
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 22 47,  
E-mail: [migration@uni-konstanz.de](mailto:migration@uni-konstanz.de)
172. *Hain*, Dr. Karl-E., Professor,  
Kurze-Geismar-Straße 24, 37073 Göttingen, (05 51) 5 82 23;  
Fachbereich 03 der Johannes Gutenberg-Universität,  
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,  
(0 61 31) 3 92 33 75,  
E-mail: [hain@uni-mainz.de](mailto:hain@uni-mainz.de)
173. *Haller*, Dr. Herbert, Universitätsprofessor  
Felix-Mottl-Str. 48, Haus 2, A-1190 Wien,  
(00 43-1) 3 42 93 82;  
Wirtschafts-Universität Wien, (00 43-1) 3 13 36-46 68,  
E-mail: [herbert.haller@wu-wien.ac.at](mailto:herbert.haller@wu-wien.ac.at)
174. *Haller*, Dr. Walter, o. Professor,  
Burgstr. 264, CH-8706 Meilen, (00 41-1) 9 23 10 14;  
Universität Zürich, Institut f. Völkerrecht u. ausländ.  
Verfassungsrecht, Hirschengraben 40, CH-8001 Zürich,  
(00 41-1) 6 34-20 52, Fax (00 41-1) 6 34-49 93,  
E-mail: [haller@ivr.unizh.ch](mailto:haller@ivr.unizh.ch)
175. *Haltern*, Dr. Ulrich, LL.M. (Yale), Privatdozent,  
Großgörschenstr. 2, 10827 Berlin, (0 30) 78 00 15 65;  
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-35 36, -35 67, Fax (0 30) 20 93 34 78,  
E-mail: [ulrich.haltern@rewi.hu-berlin.de](mailto:ulrich.haltern@rewi.hu-berlin.de)

176. *Hammer*, Dr. Felix, Privatdozent,  
Eberhard-Karls-Universität Tübingen,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Kirchenrecht,  
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen
177. *Hangartner*, Dr. Yvo, o. Professor,  
Am Gozenberg 2, CH-9202 Gossau, (00 41) 71-85 15 11;  
Hochschule St. Gallen
178. *Hänni*, Dr. Peter, o. Professor,  
Stadtgraben 6, CH-3280 Murten, (00 41) 26-6 70 58 15;  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität  
Fribourg, Les Portes de Fribourg, Route d'Englisberg 7,  
CH-1763 Granges-Paccot, (00 41) 26-3 00 81 29,  
Fax (00 41) 26-3 00 97 24,  
E-mail: [Peter.Haenni@unifr.ch](mailto:Peter.Haenni@unifr.ch)
179. *Haratsch*, Dr. Andreas, Privatdozent,  
Am Alten Weg 11, 55127 Mainz, (06 13 11) 36 21 33;  
Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der  
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn,  
Walter-Flex-Straße 3, 53113 Bonn,  
(02 28) 73-18 98,  
E-mail: [haratsch@rz.uni-potsdam.de](mailto:haratsch@rz.uni-potsdam.de)
180. *Hase*, Dr. Friedhelm, Professor,  
Ewald-Rübsamen-Weg 7, 57076 Siegen, (02 71) 2 50 65 47;  
Universität Siegen,  
Fachbereich 5, Wirtschaftswissenschaften,  
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen,  
(02 71) 7 40-32 19 oder 7 40-32 08, Fax (02 71) 7 40-24 77,  
E-Mail: [hase@recht.wiwi.uni-siegen.de](mailto:hase@recht.wiwi.uni-siegen.de)
181. *Hatje*, Dr. Armin, Professor,  
Sauerbruchstr. 36, 32049 Herford,  
Tel./Fax (0 52 21) 27 03 10;  
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
(05 21) 1 06 44 12, Fax (05 21) 1 06 60 37,  
E-Mail: [armin.hatje@uni-bielefeld.de](mailto:armin.hatje@uni-bielefeld.de)
182. *Haverkate*, Dr. Görg, Universitätsprofessor,  
Klingenweg 26, 69118 Heidelberg, (0 62 21) 80 05 81;  
Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 3,  
69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 77 23

183. *Heckel*, Dr. iur. Dr. theol. h.c. Martin, o. Universitätsprofessor,  
Lieschingstr. 3, 72076 Tübingen, (0 70 71) 6 14 27
184. *Heckmann*, Dr. Dirk, Universitätsprofessor,  
Am Wimbhof 33, 94034 Passau, (08 51) 75 38 83;  
Universität Passau, Innstraße 40, 94032 Passau,  
(08 51) 5 09-22 90, Fax (08 51) 5 09-22 92,  
E-mail: [Heckmann@uni-passau.de](mailto:Heckmann@uni-passau.de)
185. *Heintschel von Heinegg*, Dr. Wolff, Professor,  
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder,  
Lehrstuhl für Öffentl. Recht,  
August-Bebel-Str. 12, 15234 Frankfurt/Oder,  
(03 35) 55 34-29 16, Fax (03 35) 55 34-29 15,  
E-mail: [Heinegg@euv-frankfurt-o.de](mailto:Heinegg@euv-frankfurt-o.de)
186. *Heintzen*, Dr. Markus, Professor,  
Freie Universität Berlin, FB Rechtswissenschaft,  
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,  
(0 30) 8 38-5 24 79, Fax (0 30) 8 38-5 21 05,  
E-mail: [Heintzen@zedat.fu-berlin.de](mailto:Heintzen@zedat.fu-berlin.de)
187. *Heitsch*, Dr. Christian, Privatdozent,  
Zurmaiener Straße 18, 54292 Trier,  
(06 51) 9 91 62 08;  
FB Rechtswissenschaft, Universität Trier,  
Universitätsring 15, 54268 Trier,  
(06 51) 2 01-25 57, Fax (06 51) 2 01-39 03,  
E-mail: [Heitsch@uni-trier.de](mailto:Heitsch@uni-trier.de)
188. *Hellermann*, Dr. Johannes, Universitätsprofessor,  
Am Pappelkrug 3, 33619 Bielefeld, (05 21) 16 00 38;  
Universität Bielefeld,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,  
(05 21) 1 06-44 22, Fax (05 21) 1 06-60 48,  
E-mail: [Johannes.Hellermann@uni-bielefeld.de](mailto:Johannes.Hellermann@uni-bielefeld.de)
189. *Hendler*, Dr. Reinhard, Universitätsprofessor,  
Laurentius-Zeller-Str. 12, 54294 Trier, (06 51) 9 37 29 44;  
Universität Trier, FB Rechtswissenschaft,  
Universitätsring 15, 54286 Trier,  
(06 51) 2 01-25 56 oder 25 58, Fax (06 51) 2 01-39 03,  
E-mail: [Hendler@uni-trier.de](mailto:Hendler@uni-trier.de)

190. *Hengstschläger*, Dr. Johann, o. Universitätsprofessor,  
Steinfeldgasse 7, A-1190 Wien, (00 43) 1 32-8 17 27;  
Johannes-Kepler-Universität, Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,  
(00 43) 7 32-24 68-4 01, Fax (00 43) 7 32-2 46 43,  
E-mail: [johannes.hengstschlaeger@jku.at](mailto:johannes.hengstschlaeger@jku.at)
191. *Herdegen*, Dr. Matthias, Professor,  
Friedrich-Wilhelm-Str. 35, 53113 Bonn;  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,  
Universität Bonn, Adenauerallee 44, 53113 Bonn,  
(02 28) 73 55 70/-80, Fax (02 28) 73 79 01,  
E-mail: [Herdegen@uni-bonn.de](mailto:Herdegen@uni-bonn.de)
192. *Hermes*, Dr. Georg, Professor,  
Egenolffstr. 21, 60316 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 43 05 77 50, Fax (0 69) 49 08 40 58;  
Universität Frankfurt, FB Rechtswissenschaft,  
Postfach 11 19 31, 60054 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 7 98-2 38 63, Fax (0 69) 7 98-2 87 50,  
E-mail: [G.Hermes@jur.uni-frankfurt.de](mailto:G.Hermes@jur.uni-frankfurt.de)
193. *Herrmann*, Dr. Günter, Professor,  
Wankweg 13, 87642 Buching/Allgäu, (0 83 68) 16 96;  
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München
194. *Herzog*, Dr. Roman, Professor, Bundespräsident a.D.,  
Postfach 86 04 45, 81631 München
195. *Hesse*, Dr. Dr. h.c. mult. Konrad, o. Professor,  
Schloßweg 29, 79249 Merzhausen, (07 61) 40 38 11;  
Universität Freiburg, 79085 Freiburg,  
(07 61) 2 03 35 14
196. *Heun*, Dr. Werner, Professor,  
Bürgerstraße 5, 37073 Göttingen, (05 51) 70 62 48;  
Universität Göttingen, Institut für Allgemeine Staatslehre  
und Politische Wissenschaften, Goßlerstraße 11,  
37073 Göttingen, (05 51) 39-46 93, Fax (05 51) 39-22 39,  
E-mail: [staatsl@gwdg.de](mailto:staatsl@gwdg.de)
197. *Hey*, Dr. Johanna, Privatdozentin,  
Wiethasestraße 73, 50933 Köln, (02 21) 4 91 17 38,  
Fax (02 21) 4 91 17 34,  
E-mail: [johanna.hey@uni-koeln.de](mailto:johanna.hey@uni-koeln.de)

198. *Heyen*, Dr. iur. lic. phil. Erk Volkmar, Universitätsprofessor,  
Arndtstraße 22, 17489 Greifswald, (0 38 34) 50 27 16;  
Ernst Moritz Arndt-Universität,  
Domstr. 20, 17489 Greifswald,  
(0 38 34) 86-21 08, Fax (0 38 34) 86-20 02,  
E-mail: [lsheyen@uni-greifswald.de](mailto:lsheyen@uni-greifswald.de)
199. *Hidien*, Dr. Jürgen W., Professor,  
Königsstr. 37, 48143 Münster,  
(02 51) 4 78 77
200. *Hilf*, Dr. Meinhard, Universitätsprofessor,  
Schelpsheide 12, 33613 Bielefeld,  
(05 21) 88 92 82, Fax (05 21) 88 92 10;  
Universität Hamburg, Seminar für Öffentliches Recht und Staats-  
lehre,  
Rothenbaumchaussee 41, 20148 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-45 64, Fax (0 40) 4 28 38-68 58,  
E-mail: [Hilf@uni-hamburg.de](mailto:Hilf@uni-hamburg.de)
201. *Hill*, Dr. Hermann, Professor,  
Habichtstr. 15, 67373 Dudenhofen;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Postfach 14 09, 67324 Speyer, (0 62 32) 6 54-3 28,  
E-mail: [Hill@dhw-speyer.de](mailto:Hill@dhw-speyer.de)
202. *Hillgruber*, Dr. Christian, Professor,  
Ortwinstr. 1, 53179 Bonn, (02 28) 4 10 06 38;  
Institut für Öffentliches Recht,  
Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn,  
(02 28) 73 79 25, Fax (02 28) 73 48 69,  
E-mail: [lshillgruber@jura.uni-bonn.de](mailto:lshillgruber@jura.uni-bonn.de)
203. *Hobe*, Dr. Stephan, LL.M., Universitätsprofessor,  
In der Ansbach 32, 53347 Alfter-Impekoven, (02 28) 9 48 93 33;  
Universität zu Köln, Institut für Luft- und Weltraumrecht  
und Lehrstuhl für Völker- und Europarecht, europäisches  
und internationales Wirtschaftsrecht,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, (02 21) 4 70 23 37,  
E-mail: [Stephan.Hobe@uni-koeln.de](mailto:Stephan.Hobe@uni-koeln.de)
204. *Hoffmann*, Dr. Dr. h.c. Gerhard, o. Professor,  
Ernst-Lemmer-Str. 10, 35041 Marburg, 0 64 21-8 16 45;  
Universität Marburg, 35037 Marburg

205. *Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Bundesverfassungsrichter,  
Bundesverfassungsgericht, Postfach 17 71, 76131 Karlsruhe
206. *Höfling*, Dr. Wolfram, Professor, M.A.,  
Bruchweg 2, 52441 Linnich, (0 24 62) 36 16;  
Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(02 21) 4 70-33 95, Fax (02 21) 4 70-50 75,  
E-mail: [Sekretariat@institut-staatsrecht.de](mailto:Sekretariat@institut-staatsrecht.de)
207. *Hofmann*, Dr. Dr. Rainer, Universitätsprofessor,  
Bergstr. 83, 69121 Heidelberg, (0 62 21) 40 10 04;  
Direktor des Walther-Schücking-Instituts für Internat.  
Recht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,  
Olshausenstr. 40, 24098 Kiel,  
(04 31) 8 80-21 89 oder -17 33, Fax (04 31) 8 80-16 19,  
E-mail: [Hofmann-thies@internat-recht.uni-kiel.de](mailto:Hofmann-thies@internat-recht.uni-kiel.de)
208. *Hofmann*, Dr. Dr. h. c. Hasso, o. Professor,  
Christoph-Mayer-Weg 5, 97082 Würzburg, (09 31) 8 73 88,  
oder Torstr. 176, 10115 Berlin, (0 30) 2 81 30 75;  
Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6,  
10099 Berlin, (0 30) 20 93-35 53,  
E-mail: [Hasso.Hofmann@rewi.hu-berlin.de](mailto:Hasso.Hofmann@rewi.hu-berlin.de)
209. *Hohmann*, Dr. Harald, Privatdozent,  
Furthwiese 10, 63654 Büdingen,  
(0 60 49) 95 29 47, Fax (0 60 49) 95 29 48,  
E-mail: [Harald.Hohmann@t-online.de](mailto:Harald.Hohmann@t-online.de)
210. *Hollerbach*, Dr. Dr. h.c. Alexander, o. Professor,  
Runzstraße 86, 79102 Freiburg i.Br.,  
(07 61) 2 17 14 13;  
Universität Freiburg, Europaplatz, 79085 Freiburg,  
(07 61) 2 03 22 58, Fax (07 61) 2 03 22 97
211. *Holoubek*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,  
Zehenthofgasse 36/8, A-1090 Wien, (00 43-1) 3 17 73 72;  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Wirtschaftsuniversität Wien, Althanstraße 39–45,  
A-1090 Wien, (00 43-1) 3 13 36/46 60,  
Fax (00 43-1) 3 13 36/7 13,  
E-mail: [michael.holoubek@wu-wien.ac.at](mailto:michael.holoubek@wu-wien.ac.at)

212. *Hölscheidt*, Dr. Sven, Ministerialrat, Privatdozent,  
Westfälische Straße 45, 10711 Berlin,  
(0 30) 89 06 09 78;  
Deutscher Bundestag, Sekretariat des Europa-  
ausschusses, Platz der Republik 1, 11011 Berlin,  
(0 30) 2 27-5 11 76, Fax (0 30) 2 27-5 61 77,  
E-mail: [sven.hoelscheidt@bundestag.de](mailto:sven.hoelscheidt@bundestag.de)
213. *Holzinger*, Dr. Gerhart, Sektionschef, Universitätsdozent,  
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs,  
Judenplatz 11, A-1010 Wien,  
(00 43-1) 02 22-5 31-22/4 12, Fax (00 43-1) 02 22-5 31-22-5 18
214. *Holznapel*, Dr. Bernd, LL.M., Professor,  
Kronprinzenstraße 105, 44135 Dortmund,  
(02 31) 5 89 87 06, Fax (02 31) 5 89 87 09;  
Inst. für Informations-, Telekommunikations-  
und Medienrecht (ITM),  
FB Rechtswissenschaften, Universität Münster,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
(02 51) 83-2 84 11, Fax (02 51) 83-2 18 30,  
E-mail: [Holznapel@uni-muenster.de](mailto:Holznapel@uni-muenster.de)
215. *Hoppe*, Dr. Werner, o. Professor,  
Erphostr. 36, 48145 Münster,  
(02 51) 39 18 99, Fax (02 51) 39 24 71;  
c/o RAe Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch & Partner, Stuttgart,  
(07 11) 8 99 73 29, Fax (07 11) 85 50 96
216. *Horn*, Dr. Hans-Detlef, Professor,  
In der Görtzbach 43, 35041 Marburg;  
Philipps-Universität Marburg, FB Rechtswissenschaften,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,  
(0 64 21) 2 82 38 10 oder 2 82 31 26, Fax: (0 64 21) 2 82 38 39,  
E-mail: [Hornh@staff.uni-marburg.de](mailto:Hornh@staff.uni-marburg.de)
217. *Hösch*, Dr. Ulrich, Privatdozent,  
Alexanderstraße 3, 70184 Stuttgart,  
(07 11) 60 17 08 32, Fax: (07 11) 60 17 08 61,  
E-mail: [uhoesch@kleiner-law.com](mailto:uhoesch@kleiner-law.com)  
Internet: <http://www.kleiner-law.com>



218. *Hotz*, Dr. Reinhold, Professor,  
Rötelistr. 12, CH-9000 St. Gallen, (00 41 71) 24 67 77;  
dienstl., (00 41 71) 22 03 03
219. *Huber*, Dr. Peter M., o. Professor,  
An der Osterwiese 12, 07749 Jena, (0 36 41) 36 33 80;  
Universität München, Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
und Staatsphilosophie,  
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80-35 76, Fax (0 89) 21 80-50 63  
E-mail: [Peter.M.huber@jura.uni-muenchen.de](mailto:Peter.M.huber@jura.uni-muenchen.de)
220. *Hufeld*, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,  
Karlsruher Str. 64, 69126 Heidelberg;  
Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität  
Budapest, H-1464 Budapest, Pf. 1422,  
E-mail: [Ulrich.Hufeld@andrassyuni.hu](mailto:Ulrich.Hufeld@andrassyuni.hu);  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg,  
(0 62 21) 54 75 01, Fax (0 62 21) 54 77 91,  
E-mail: [Ulrich.Hufeld@urz.uni-heidelberg.de](mailto:Ulrich.Hufeld@urz.uni-heidelberg.de)
221. *Hufen*, Dr. Friedhelm, o. Professor,  
Backhaushohl 62, 55128 Mainz,  
(0 61 31) 3 44 44; Fax (0 61 31) 36 14 49;  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,  
55099 Mainz, (0 61 31) 39-2 23 54 oder –2 30 45,  
Fax (0 61 31) 39-2 42 47,  
E-mail: [Hufen@mail.jura.uni-mainz.de](mailto:Hufen@mail.jura.uni-mainz.de)
222. *Huster*, Dr. Stefan, Professor,  
FernUniversität Hagen,  
Lehrgebiet für Deutsches- und Europäisches  
Verfassungs- und Verwaltungsrecht,  
58084 Hagen,  
(0 23 31) 9 87 28 77, Fax (0 23 31) 98 73 24,  
E-mail: [huster.hoefer@t-online.de](mailto:huster.hoefer@t-online.de)
223. *Ibler*, Dr. Martin, Professor,  
Lindauer Straße 3, 78464 Konstanz,  
Universität Konstanz, FB Rechtswissenschaften,  
Postfach D 106, Universitätsstraße 10, 78457 Konstanz,  
(0 75 31) 88-24 80/-23 28,  
E-mail: [Martin.Ibler@uni-konstanz.de](mailto:Martin.Ibler@uni-konstanz.de)

224. *Ipsen*, Dr. Jörn, o. Professor,  
Luisenstr. 41, 49565 Bramsche,  
(0 54 61) 44 96, Fax (0 54 61) 6 34 62;  
Institut für Kommunalrecht, Universität Osnabrück,  
49069 Osnabrück,  
(05 41) 9 69-61 69 oder -61 58, Fax (05 41) 9 69-61 70,  
E-mail: [instkr@uos.de](mailto:instkr@uos.de)
225. *Ipsen*, Dr. Dr. h.c. mult. Knut, o. Professor,  
Nevelstr. 59, 44795 Bochum, (02 34) 43 12 66;  
Deutsches Rotes Kreuz (DRK), Königswinterer Str. 29, 53227 Bonn
226. *Isensee*, Dr. Dr. h.c. Josef, o. Professor,  
Meckenheimer Allee 150, 53115 Bonn, (02 28) 69 34 69;  
Universität Bonn, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,  
(02 28) 73 58 50, Fax (02 28) 73 48 69,  
E-mail: [isensee@uni-bonn.de](mailto:isensee@uni-bonn.de)
227. *Jaag*, Dr. Tobias, o. Professor,  
Bahnhofstr. 22, CH-8022 Zürich, (00 41-1) 2 13 63 63;  
Universität, (00 41-1) 6 34 30 20,  
E-mail: [jaag@umbricht.ch](mailto:jaag@umbricht.ch)
228. *Jachmann*, Dr. Monika, Universitätsprofessorin,  
Meichelbeckstr. 5, 85356 Freising;  
(0 81 61) 6 92 71, Fax (0 81 61) 6 92 73;  
Universität Hamburg, Seminar für Finanz- und Steuerrecht,  
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-30 27/30 26, Fax (0 40) 4 28 38-30 28,  
E-mail: [Monika.Jachmann@jura.uni-hamburg.de](mailto:Monika.Jachmann@jura.uni-hamburg.de)
229. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor,  
Waldstr. 13, 69181 Leimen, (0 62 24) 7 25 71;  
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt a.M.
230. *Jahndorf*, Dr. Christian, Privatdozent,  
c/o. Institut für Steuerrecht, Universitätsstr. 14–16,  
48143 Münster, (02 51) 8 32 27 95, Fax (02 51) 8 32 83 86
231. *Jakob*, Dr. Wolfgang, o. Professor,  
Wilhelmstr. 25, 80801 München, (0 89) 39 05 06;  
Universität Augsburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht  
und Steuerrecht, Juristische Fakultät, Haus 86159,  
Universitätsstr. 2, 86159 Augsburg,  
(08 21) 5 98 45 40 oder -45 41, Fax: (08 21) 5 98 45 42,  
E-mail: [wolfgang.jakob@jura.uni-augsburg.de](mailto:wolfgang.jakob@jura.uni-augsburg.de)

232. *Janssen*, Dr. Albert, apl. Professor, Landtagsdirektor  
Langelinienwall 16, 31134 Hildesheim, (0 51 21) 13 11 12;  
Niedersächsischer Landtag, Hinrich Wilhelm Kopf-Platz 1,  
30159 Hannover, (05 11) 30 30-20 61
233. *Jarass*, Dr. Hans D., LL.M. (Harvard), o. Professor,  
Baumhofstr. 37 d, 44799 Bochum, (02 34) 77 20 25;  
Institut für Umwelt- und Planungsrecht, Universität Münster,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
(02 51) 8 32 97 93, Fax (02 51) 8 32 92 97,  
E-mail: [jarass@uni-muenster.de](mailto:jarass@uni-muenster.de)
234. *Jestaedt*, Dr. Matthias, Professor,  
Röntgenstraße 12a, 91080 Uttenreuth, (0 91 31) 40 19 72;  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Friedrich-Alexander-Universität,  
Schillerstraße 1, 91054 Erlangen,  
(0 91 31) 8 52 28 20, Fax (0 91 31) 8 52 63 81,  
E-mail: [Matthias.Jestaedt@jura.uni-erlangen.de](mailto:Matthias.Jestaedt@jura.uni-erlangen.de)
235. *Kadelbach*, Dr. Stefan, LL.M., Professor,  
Universität Münster, Lehrstuhl für Öffentliches Recht einschl.  
Völker- und Europarecht, Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
(02 51) 83-2 20 21, Fax (02 51) 83-2 20 43,  
E-mail: [Kadelba@uni-muenster.de](mailto:Kadelba@uni-muenster.de)
236. *Kägi-Diener*, Dr. Regula, Titularprofessorin,  
Berghaldenplatz 7, Postfach 73, CH-9010 St. Gallen,  
(00 41) 71-2 44 45 50, Fax (00 41) 71-2 44 45 51,  
E-mail: [mailto:kaegi-diener@swissonline.ch](mailto:mailto:kaegi-diener@swissonline.ch)
237. *Kahl*, Dr. Wolfgang, Professor, M.A.,  
Robert-Schuman-Straße 38, 35423 Lich,  
(0 64 04) 66 86 12, Fax (0 64 04) 20 59 38;  
Justus-Liebig-Universität Gießen, Professur für Öffentliches Recht II,  
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen  
(06 41) 99-2 10 90, Fax (06 41) 99-2 10 99,  
E-mail: [Wolfgang.Kahl@recht.uni-giessen.de](mailto:Wolfgang.Kahl@recht.uni-giessen.de)
238. *Kämmerer*, Dr. Jörn Axel, Professor,  
Hudtwalckertwiete 10, 22299 Hamburg, (0 40) 48 09 22 23;  
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft,  
Jungiusstraße 6, 20335 Hamburg,  
(0 40) 3 07 06-1 90, Fax (0 40) 30 70 6-1 95,  
E-mail: [axel.kaemmerer@law-school.de](mailto:axel.kaemmerer@law-school.de)

239. *Karpen*, Dr. Ulrich, Professor,  
Ringstr. 181, 22145 Hamburg, (0 40) 6 77 83 98;  
Universität Hamburg, Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-30 23 oder -45 14 od. -45 55,  
E-mail: [U-Karpen@jura.uni-hamburg.de](mailto:U-Karpen@jura.uni-hamburg.de)
240. *Kästner*, Dr. Karl-Hermann, o. Professor,  
Alt-Rathausstr. 5, 72511 Bingen,  
(0 75 71) 32 23, Fax (0 75 71) 32 12;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Wilhelmstraße 7, 72074 Tübingen,  
(0 70 71) 2 97 29 71, Fax (0 70 71) 29 50 96,  
E-mail: [Kaestner@jura.uni-tuebingen.de](mailto:Kaestner@jura.uni-tuebingen.de)
241. *Kaufmann*, Dr. Marcel, Privatdozent,  
Kleine Hamburger Straße 25A, 10115 Berlin,  
(0 30) 28 09 37 37,  
E-mail: [mkaufma@gwdg.de](mailto:mkaufma@gwdg.de)
242. *Kempen*, Dr. Bernhard, Universitätsprofessor,  
Am Kreuter 1, 53117 Bonn (Bad Godesberg),  
(02 28) 3 50 38 97, Fax (02 28) 3 50 38 98,  
E-mail: [Bernhard.Kempen@t-online.de](mailto:Bernhard.Kempen@t-online.de),  
Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, Uni-  
versität Köln,  
Gottfried-Keller-Straße 2, 50931 Köln,  
(02 21) 4 70 23 64, Fax (02 21) 4 70 51 46,  
E-mail: [Bernhard.Kempen@uni-koeln.de](mailto:Bernhard.Kempen@uni-koeln.de)
243. *Khan*, Dr. Daniel-Erasmus, Privatdozent,  
Institut für Internationales Recht / Völker- und Europarecht,  
Ludwig-Maximilians-Universität München, Prof.-Huber-Platz 2,  
80539 München,  
E-mail: [Khan@jura.uni-muenchen.de](mailto:Khan@jura.uni-muenchen.de)
244. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsprofessor,  
Cuviergasse 23, A-1130 Wien, (00 43-1) 84 15 73;  
dienstl. (00 43-1) 40 11 0-44 00
245. *Kilian*, Dr. Michael, Professor,  
Am Burgwall 15, 06198 Brachwitz;  
Juristische Fakultät, Universität Halle-Wittenberg,  
Universitätsplatz 3–5, Juridicum, 06099 Halle (Saale),  
(03 45) 55-2 31 70, Fax (03 45) 55-2 72 69,  
E-mail: [Kilian@jura.uni-halle.de](mailto:Kilian@jura.uni-halle.de)

246. *Kingreen*, Dr. Thorsten, Professor,  
Agnes-Miegel-Weg 10, 93055 Regensburg; (09 41) 7 04 02 41;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht,  
Universität Regensburg,  
Universitätsstr. 31, 93053 Regensburg,  
(09 41) 9 43 26 07 od. 26 08, Fax(09 41) 9 43 36 34,  
E-mail: [king@jura.uni-regensburg.de](mailto:king@jura.uni-regensburg.de)
247. *Kirchhof*, Dr. Ferdinand, o. Professor,  
Walther-Rathenau-Str. 28, 72766 Reutlingen,  
(0 71 21) 49 02 81, Fax (0 71 21) 47 94 47;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Wilhelmstr.7, 72074 Tübingen,  
(0 70 71) 2 97-25 61 oder -81 18, Fax (0 70 71) 29 43 58,  
E-mail: [Kirchhof@uni-tuebingen.de](mailto:Kirchhof@uni-tuebingen.de)
248. *Kirchhof*, Dr. Paul, o. Professor,  
Am Pferchelhang 33/1, 69118 Heidelberg, (0 62 21) 80 14 47;  
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 74 57,  
E-mail: [Kirchhofp@jurs.uni-heidelberg.de](mailto:Kirchhofp@jurs.uni-heidelberg.de)
249. *Kirn*, Dr. Michael, o. Professor,  
Rummelsburgerstr. 3, 22147 Hamburg, (0 40) 6 47 38 43;  
Universität der Bundeswehr, Institut für Öffentliches Recht,  
Postfach 70 08 22, 22043 Hamburg,  
(0 40) 65 41-27 82 oder (0 40) 65 41-25 90
250. *Kischel*, Dr. Uwe, LL.M. (Yale), attorney-at-law (New York),  
o. Professor,  
Arndtstr. 35, 17489 Greifswald, (0 38 34) 56 60 60;  
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Domstr. 20a,  
17489 Greifswald, (0 38 34) 86-21 80, Fax (0 38 34) 86-21 82,  
E-mail: [Kischel@uni-greifswald.de](mailto:Kischel@uni-greifswald.de)
251. *Kisker*, Dr. Gunter, Universitätsprofessor,  
Waldstr. 74, 35440 Linden, (0 64 03) 6 10 30;  
Universität Gießen, 35394 Gießen, (06 41) 7 02 50 25
252. *Klein*, Dr. Eckart, Universitätsprofessor,  
Heideweg 45, 14482 Potsdam, (03 31) 70 58 47;  
Lehrstuhl für Staatsrecht, Völkerrecht und Europarecht,  
Universität Potsdam, Postfach 90 03 27, 14439 Potsdam,  
(03 31) 9 77-35 16, oder-35 11, Fax (03 31) 9 77-32 24,  
E-mail: [Klein@rz.uni-potsdam.de](mailto:Klein@rz.uni-potsdam.de)

253. *Klein*, Dr. Hans Hugo, o. Professor,  
Heilbrunnstr. 4, 76327 Pfinztal-Söllingen, (0 72 40) 73 00;  
Universität Göttingen (05 51) 39 46 35,  
E-mail: [hh.klein@jura.uni-goettingen.de](mailto:hh.klein@jura.uni-goettingen.de)
254. *Kley*, Dr. Andreas, Professor,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Hochschulstr. 4, CH-3012 Bern,  
(00 41) 31-6 31 88 96, Fax (00 41) 31-6 31 38 83
255. *Kloepfer*, Dr. Michael, o. Professor,  
Davoser Str. 13 a, 14199 Berlin,  
(0 30) 8 25 24 90, Fax (0 30) 8 25 26 90;  
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Unter den Linden 9–11 (Palais), 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-33 40 oder -33 31, Fax (0 30) 20 93-34 38,  
E-mail: [Michael.Kloepfer@rewi.hu-berlin.de](mailto:Michael.Kloepfer@rewi.hu-berlin.de)
256. *Kluth*, Dr. Winfried, Professor,  
Blumenstr. 17, 06108 Halle (Saale) (03 45) 2 90 85 10;  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische Fakultät,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht Universitätsplatz 10 a,  
06099 Halle (Saale) (03 45) 5 52 32 22, Fax (03 45) 5 52 72 65,  
E-mail: [kluth@jura.uni-halle.de](mailto:kluth@jura.uni-halle.de)
257. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,  
Unterdürrbacher Str. 353, 97080 Würzburg, (09 31) 9 61 18;  
Universität Würzburg, 97070 Würzburg,  
(09 31) 31 28 99, Fax (09 31) 31 23 17,  
E-mail: [aseubert@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:aseubert@jura.uni-wuerzburg.de)
258. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor,  
Am Botanischen Garten 5, 66123 Saarbrücken, (06 81) 39 98 88;  
Universität Saarbrücken, Postfach 11 50, 66041 Saarbrücken,  
(06 81) 3 02 31 58, Fax (06 81) 3 02-31 98,  
E-mail: [rw35wk@rz.uni-sb.de](mailto:rw35wk@rz.uni-sb.de)
259. *Knöpfle*, Dr. Franz, em. Professor,  
Höhenweg 22, 86391 Stadtbergen;  
Universität Augsburg, Universitätsstr. 2,  
86135 Augsburg, (08 21) 5 98-46 59,  
Fax (08 21) 5 98-45 47

260. *Koch*, Dr. Hans-Joachim, Professor,  
Wendlohstr. 80, 22459 Hamburg, Tel./Fax (0 40) 5 51 88 04;  
Universität Hamburg, FB Rechtswissenschaft II,  
Edmund-Siemers-Allee 1, 20146 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-39 77 oder -54 43, Fax (0 40) 4 28 38-62 80,  
E-mail: [hj-koch@jura.uni-hamburg.de](mailto:hj-koch@jura.uni-hamburg.de)
261. *Koch*, Dr. Thorsten, Privatdozent,  
Emanuel-Geibel-Straße 4, 49143 Bissendorf,  
(0 54 02) 77 74,  
E-mail: [tkoch@uos.de](mailto:tkoch@uos.de)
262. *Köck*, Dr. Wolfgang, Professor,  
UFZ-Umweltforschungszentrum Leipzig-Halle GmbH,  
Permoserstraße 15, 04318 Leipzig,  
Universität Leipzig, Juristenfakultät,  
Burgstraße 27, 04109 Leipzig,  
(03 41) 2 35-31 40, Fax (03 41) 2 35-28 25,  
E-mail: [Koeck@alok.ufz.de](mailto:Koeck@alok.ufz.de)
263. *Koenig*, Dr. Christian, LL.M. (London), Universitätsprofessor,  
Zentrum für Europäische Integrationsforschung,  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität,  
Walter-Flex-Str. 3, 53113 Bonn,  
(02 28) 73-18-91/-92/-95, Fax (02 28) 73-18 93,  
E-mail: [sekretariat.zeia@uni-bonn.de](mailto:sekretariat.zeia@uni-bonn.de)  
Internet: <http://www.zei.de>
264. *Kokott*, Dr. Dr. Juliane, LL.M. (Am. Un.),  
S.J.D. (Harvard), Universitätsprofessorin, Generalanwältin,  
Mönchhofstr. 42, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 45 16-16;  
Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Th. More 2214,  
Bd. Konrad Adenauer, L-2925, Luxemburg,  
(0 03 52) 43 03 22 21, (0 62 21) 45 16 17,  
E-mail: [Juliane.Kokott@curia.eu.int](mailto:Juliane.Kokott@curia.eu.int)
265. *König*, Dr. Doris, Professorin,  
Bucerius Law School  
Hochschule für Rechtswissenschaft  
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg  
(0 40) 3 07 06-2 01 Fax (0 40) 3 07 06-1 90,  
E-mail: [doris.koenig@law-school.de](mailto:doris.koenig@law-school.de)

266. *König*, Dr. Dr. Klaus, Universitätsprofessor,  
Albrecht-Dürer-Str. 20, 67346 Speyer, (0 62 32) 29 02 16;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Postfach 14 09, 67324 Speyer,  
(0 62 32) 6 54-3 69 oder -3 50 oder -3 55,  
E-mail: [k.koenig@dhv-speyer.de](mailto:k.koenig@dhv-speyer.de)
267. *Kopetzki*, DDr. Christian, Universitätsprofessor,  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht/Medizienrecht,  
Universität Wien, Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien  
(00 43) 14 27 73 54 11, Fax (00 43) 14 27 73 54 19,  
E-mail: [christian.kopetzki@univie.ac.at](mailto:christian.kopetzki@univie.ac.at)  
Internet: <http://www.univie.ac.at/medizinrecht>
268. *Korinek*, Dr. Dr. h.c. Karl, o. Professor,  
Präsident des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs,  
Auhofstr. 225-227, A-1130 Wien, (00 43-1) 8 76 48 76;  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien,  
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien,  
(00 43-1) 42 77-3 54 42, Fax (00 43-1) 42 77-3 54 49
269. *Korioth*, Dr. Stefan, Professor,  
Institut für Politik und Öffentliches Recht der Universität München  
Professor-Huber-Platz 2/III, 80539 München,  
(0 89) 21 80-27 37, Fax (0 89) 21 80-39 90,  
E-mail: [Korioth@jura.uni-muenchen.de](mailto:Korioth@jura.uni-muenchen.de)
270. *Kotulla*, Dr. Michael, Professor, M.A.  
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
(05 21) 1 06-25 00, Fax (05 21) 1 06-80 91,  
E-mail: [Michael.Kotulla@uni-bielefeld.de](mailto:Michael.Kotulla@uni-bielefeld.de)
271. *Kotzur*, Dr. Markus, LL.M., Privatdozent,  
Richard-Wagner-Str. 34b, 95444 Bayreuth, (09 21) 7 57 78 14;  
c/o Lehrstuhl für öffentliches Recht I,  
Universität Bayreuth, Postfach 94440 Bayreuth,  
(09 21) 55 29 44,  
E-mail: [markus.kotzur@uni-bayreuth.de](mailto:markus.kotzur@uni-bayreuth.de)
272. *Krause*, Dr. Peter, o. Professor,  
Weinbergstr. 12, 54317 Korlingen, (0 65 88) 73 33;  
Universität Trier, 54286 Trier,  
(06 51) 2 01-25 87, Fax (06 51) 2 01-38 03,  
E-mail: [Krausepe@uni-trier.de](mailto:Krausepe@uni-trier.de)



273. *Krawietz*, Dr. Werner, o. Professor,  
Nienbergweg 29, 48161 Münster, (02 51) 86 14 51;  
Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Universität Münster,  
Bispinghof 24–25, 48143 Münster, (02 51) 83 25 91,  
E-mail: [Krawietz@uni-muenster.de](mailto:Krawietz@uni-muenster.de)
274. *Krebs*, Dr. Walter, Professor,  
Kaulbachstraße 33–35, 12247 Berlin,  
Tel/Fax (0 30) 83 85 59 21;  
Freie Universität Berlin, Boltzmannstr. 4, 14195 Berlin,  
(0 30) 8 38-59 21, Fax (0 30) 8 38-59 22,  
E-mail: [Erckert@zedat.fu-berlin.de](mailto:Erckert@zedat.fu-berlin.de)
275. *Kreßel*, Dr. Eckhard, Professor,  
Körschtalstr. 21, 73760 Ostfildern, (09 31) 3 13 05;  
Juristische Fakultät der Universität Würzburg,  
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,  
E-mail: [Eckhard-Kressel@daimlerchrysler.com](mailto:Eckhard-Kressel@daimlerchrysler.com)
276. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor,  
Dorf 11, A-6900 Möggers, (00 43) 55 73-8 37 72,  
Fax (00 43) 55 73-8 37 72;  
Universität Köln, Albertus-Magnus-Platz 1, 50923 Köln,  
(02 21) 4 70-22 30, Fax (02 21) 4 70-50 10
277. *Kröger*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,  
Hölderlinweg 14, 35396 Gießen, (06 41) 5 22 40;  
Universität Gießen, 35394 Gießen,  
(06 41) 99 23-1 30, Fax (06 41) 99 23-0 59
278. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Universitätsprofessor,  
Dachsleite 65, 48157 Münster, (02 51) 24 72 71;  
Universität Münster, 44780 Münster,  
(02 51) 83-27 06 oder -27 05
279. *Kugelmann*, Dr. Dieter, Privatdozent,  
Eschenweg 13, 55128 Mainz, (0 61 31) 36 91 89;  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,  
55099 Mainz,  
(0 61 31) 3 92-34 57, Fax (0 61 31) 3 92-54 39,  
E-mail: [Kugelmann@mail.jura.uni-mainz.de](mailto:Kugelmann@mail.jura.uni-mainz.de)

280. *Kühling*, Dr. Jürgen, LL.M. (Brüssel), Privatdozent,  
Sürther Hauptstr. 178B, 50999 Köln, (0 22 36) 38 96 16;  
Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI)  
an der Universität Bonn, Walter-Flex-Straße 3, 53113 Bonn,  
(02 28) 73-19 78 oder 73-18 91, Fax (02 28) 73-18 93,  
E-mail: [JuergenKuehling@gmx.de](mailto:JuergenKuehling@gmx.de)
281. *Kühne*, Dr. Jörg-Detlef, Professor,  
Münchhausenstr. 2, 30625 Hannover, (05 11) 55 65 63;  
Universität Hannover, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(05 11) 7 62-82 25 oder -82 26, Fax (05 11) 7 62-82 28,  
E-mail: [Kuehne@oera.uni-hannover.de](mailto:Kuehne@oera.uni-hannover.de)
282. *Kunig*, Dr. Philip, Professor,  
FU Berlin, Institut für Staatslehre,  
Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin,  
(0 30) 8 38 53 0-10, Fax (0 30) 8 38 53 0-11,  
E-mail: [Kunig@zedat.fu-berlin.de](mailto:Kunig@zedat.fu-berlin.de)
283. *Küpper*, Dr. Herbert, Privatdozent,  
Theodor-Heuss-Ring 1, 50668 Köln,  
E-mail: [herbert.kuepper@uni-koeln.de](mailto:herbert.kuepper@uni-koeln.de)
284. *Ladeur*, Dr. Karl-Heinz, Professor,  
Universität Hamburg, FB Rechtswissenschaft,  
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-57 52, Fax (0 40) 4 28 38-26 35,  
E-mail: [kh-ladeur@jura.uni-hamburg.de](mailto:kh-ladeur@jura.uni-hamburg.de)
285. *Lang*, Dr. Heinrich, Privatdozent,  
Nikolausstraße 48, 51149 Köln;  
Universität Köln, Institut für Staatsrecht, Albertus Magnus Platz,  
50923 Köln,  
E-mail: [Heinrich.Lang@uni-koeln.de](mailto:Heinrich.Lang@uni-koeln.de)
286. *Lange*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,  
Lilienweg 22, 35423 Lich, (0 64 04) 56 81;  
Universität Gießen, FB Rechtswissenschaften,  
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen,  
(06 41) 9 92 11-80 oder -81, Fax (06 41) 9 92 11-89,  
E-mail: [Klaus.Lange@recht.uni-giessen.de](mailto:Klaus.Lange@recht.uni-giessen.de)

287. *Langenfeld*, Dr. Christine, Professor,  
Rückertstraße 1, 66121 Saarbrücken,  
(06 81) 9 68 51 80, Fax (06 81) 9 68 51 81,  
E-mail: [dr.langenfeld@nikocity.de](mailto:dr.langenfeld@nikocity.de);  
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität,  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,  
(05 51) 39-73 84, Fax (05 51) 39-1 23 92,  
E-mail: [enomiko@gwdg.de](mailto:enomiko@gwdg.de)
288. *Laubinger*, Dr. Hans-Werner, M.C.L., Professor,  
Philipp-Wasserburg-Str. 45, 55122 Mainz, (0 61 31) 4 31 91;  
Universität Mainz, 55099 Mainz, (0 61 31) 39 59 42,  
E-mail: [Laubinger@mail.jura.uni-mainz.de](mailto:Laubinger@mail.jura.uni-mainz.de)
289. *Laurer*, DDr. Hans René, a.o. Universitätsprofessor,  
Scheffergasse 27a, A-2340 Mödling, (00 43-26 36) 2 04 02;  
Wirtschafts-Universität, Augasse 2-6, A-1190 Wien,  
(00 43-1) 3 13 36 oder 46 69 oder 41 58
290. *Lecheler*, Dr. Helmut, o. Professor,  
FU Berlin, Institut für Völkerrecht, Europarecht  
und ausl. öffentl. Recht, Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin,  
(0 30) 83 85 49 49, Fax (0 30) 83 85 20 71,  
E-mail: [Lecheler@zedat.fu-berlin.de](mailto:Lecheler@zedat.fu-berlin.de)
291. *Lege*, Dr. Joachim, Professor,  
Fischstr. 19, 17489 Greifswald,  
(0 38 34) 77 39 41;  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,  
Ernst-Moritz-Arndt-Universität,  
Domstr. 20, 17489 Greifswald, (0 38 34) 86-21 50,  
Fax (0 38 34) 86-21 56,  
E-mail: [lege@uni-greifswald.de](mailto:lege@uni-greifswald.de)
292. *Lehner*, Dr. Moris, Universitätsprofessor,  
Kaiserplatz 7, 80803 München, (0 89) 34 02 06 46;  
Ludwig-Maximilians-Universität, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbesondere öffentliches Wirtschaftsrecht und Steuerrecht,  
Ludwigstr. 28 (Rgb.), 80539 München,  
(0 89) 21 80 27 18, Fax (0 89) 33 35 66,  
E-mail: [Moris.Lehner@jura.uni-muenchen.de](mailto:Moris.Lehner@jura.uni-muenchen.de)

293. *Leisner-Egensperger*, Dr. Anna, Universitätsprofessorin,  
An der Leutra 24, 07743 Jena, (0 36 41) 30 93 31;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,  
Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiss-Straße 3,  
07743 Jena, (0 36 41) 94 22 51, Fax (0 36 41) 94 22 52,  
E-mail: [A.Leisner@recht.uni-jena.de](mailto:A.Leisner@recht.uni-jena.de)
294. *Leisner*, Dr. Dr. Walter, o. Professor,  
Pienzenauerstr. 99, 81925 München, (0 89) 98 94 05;  
Universität Erlangen, 91054 Erlangen, (0 91 31) 85 22 60
295. *Lepsius*, Dr. Oliver, LL.M. (Chicago), Professor,  
Eckenheimer Landstraße 11, 60318 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 95 15 69 35;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Allgemeine und  
Vergleichende Staatslehre, Universität Bayreuth,  
95440 Bayreuth, (09 21) 55 29 47
296. *Lerche*, Dr. Dr. h. c. Peter, o. Professor,  
Junkersstr. 13, 82131 Gauting,  
(0 89) 8 50 20 88, Fax (0 89) 8 50 20 88
297. *Lienbacher*, Dr. Georg, Universitätsprofessor,  
Maxingstraße 22–24/1/10, A-1130 Wien;  
Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht,  
Wirtschaftsuniversität Wien,  
Althanstraße 39–45 (UZA III), A-1090 Wien,  
(00 43) 1 63 13 36-44 24, Fax (00 43) 1 31 33 67 13,  
E-mail: [Georg.Lienbacher@wu-wien.ac.at](mailto:Georg.Lienbacher@wu-wien.ac.at)
298. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, em. Professor,  
Rühlstraße 35, 91054 Erlangen,  
(0 91 31) 20 93 35, Fax (0 91 31) 53 45 66;  
Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht, Hindenburgstr. 34,  
91054 Erlangen, (0 91 31) 8 52 28 25, Fax (0 91 31) 8 52 40 64
299. *Lipphardt*, Dr. Hanns-Rudolf, apl. Professor,  
Auf der Weide 7, 69126 Heidelberg, (0 62 21) 38 23 12;  
Universität Heidelberg, 69120 Heidelberg,  
(0 62 21) 41 11 98, Fax (0 62 21) 40 06 75
300. *Listl*, Dr. Joseph, o. Professor,  
Jesuitengemeinschaft Pedro Arrupe, Bibergerstr. 8;  
dienstl. (stets für die Post benutzen!);  
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands,  
Lennéstr. 15, 53113 Bonn

301. *Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor,  
Bohlstr. 21, 78465 Konstanz, (0 75 33) 68 22;  
Universität Konstanz, Postfach 55 60 D 100,  
78434 Konstanz, (0 75 31) 88 25 30,  
E-mail: [Dieter.Lorenz@uni-konstanz.de](mailto:Dieter.Lorenz@uni-konstanz.de)
302. *Lorz*, Dr. Ralph Alexander, LL.M. (Harvard),  
Attorney-at-Law (New York), Universitätsprofessor,  
Paderborner Straße 7, 40468 Düsseldorf;  
Universität Düsseldorf, Lehrstuhl für deutsches und  
ausländisches öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,  
Juristische Fakultät, Universitätsstraße 1, 40225 Düsseldorf,  
(02 11) 8 11-14 35, Fax (02 11) 8 11-14 56,  
E-mail: [Lorz@uni-duesseldorf.de](mailto:Lorz@uni-duesseldorf.de)
303. *Losch*, Dr. Dr. Bernhard, Professor,  
Dürerstr. 9, 42119 Wuppertal, (02 02) 42 35 25;  
Bergische Universität Wuppertal, FB 6,  
Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Gaußstr. 20,  
42097 Wuppertal, (02 02) 4 39-22 85/-81, Fax (02 02) 4 39-38 37,  
E-mail: [Losch@uni-wuppertal.de](mailto:Losch@uni-wuppertal.de)
304. *Loschelder*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Sonnenlandstr. 5, 14471 Potsdam,  
(03 31) 97 36 80; Fax (03 31) 9 51 19 95;  
Universität Potsdam, Postfach 90037,  
August-Bebel-Str. 89, 14439 Potsdam, (03 31) 9 77-34 12
305. *Löwer*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Hobsweg 15, 53125 Bonn, (02 28) 25 06 92,  
Fax (02 28) 25 04 14;  
Universität Bonn, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn,  
(02 28) 73 92 78/73 92 80, Fax (02 28) 73 39 57,  
E-mail: [w.loewer@uni-bonn.de](mailto:w.loewer@uni-bonn.de)
306. *Lübbe-Wolff*, Dr. Gertrude, Professorin,  
Universität Bielefeld, Fakultät Rechtswissenschaft,  
Universitätsstr. 25, Postfach 10 01 31, 33615 Bielefeld,  
(05 21) 1 06-43 86, Fax (05 21) 1 06-80 85,  
E-mail: [Gertrude.Luebbe-Wolff@uni-bielefeld.de](mailto:Gertrude.Luebbe-Wolff@uni-bielefeld.de)

307. *Luchterhandt*, Dr. Otto, Professor,  
Im Wendischen Dorfe 28, 21335 Lüneburg  
Tel./Fax (0 41 31) 23 29 65;  
Seminarabteilung für Ostrechtsforschung,  
Universität Hamburg, Moorweidenstr. 7, 20148 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-26 30/-39 86
308. *Lühmann*, Dr. Hans, Privatdozent,  
Pannebäcker Str. 7a, 40593 Düsseldorf,  
(02 11) 2 39 95 34
309. *Mächler*, Dr. iur. August, Privatdozent,  
Schindellegistraße 15, CH-8808 Pfäffikon,  
(00 41) 5 54 10 43 20;  
Justizdepartement des Kt. Schwyz, Postfach 1200, 6431  
Schwyz, (00 41) 4 18 19 20 02, Fax (00 41) 4 18 19 20 19,  
E-mail: [august.maechler@sz.ch](mailto:august.maechler@sz.ch)
310. *Mager*, Dr. Ute, o. Privatdozentin,  
Kadettenweg 24, 12205 Berlin,  
(0 30) 39 79 13 73,  
E-mail: [ute.mager@web.de](mailto:ute.mager@web.de)
311. *Magiera*, Dr. Siegfried, o. Professor,  
Feuerbachstr. 1, 67354 Römerberg, (0 62 32) 8 48 98;  
Verwaltungshochschule Speyer, Freiherr-vom-Stein-Str. 2-6,  
67324 Speyer, (0 62 32) 65 43 48 oder -31,  
Fax (0 62 32) 65 42 08,  
E-mail: [s.magiera@dhv-speyer.de](mailto:s.magiera@dhv-speyer.de)
312. *Majer*, Dr. Diemut, Professorin,  
Welfenstr. 35, 76137 Karlsruhe, (07 21) 81 65 50 oder -41 12;  
Fachhochschule für Öff. Verwaltung, Bundeswehrverwaltung,  
Seckenheimer Landstr. 8-10, 68163 Mannheim,  
(06 21) 41 80 91
313. *Mann*, Dr. Thomas, Professor,  
Im Torfveen 19, 46147 Oberhausen, (02 28) 67 54 98;  
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität Göttingen,  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,  
(05 51) 39-47 23, Fax (05 51) 39-79 78,  
E-mail: [Prof.Mann@jura.uni-goettingen.de](mailto:Prof.Mann@jura.uni-goettingen.de)

314. *Mangoldt*, Dr. Hans v., Professor,  
Goetheweg 1, 72147 Nehren, (0 74 73) 79 08;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen, (0 70 71) 2 97 33 02  
*Manssen*, Dr. Gerrit, Universitätsprofessor,  
Konrad-Adenauer-Allee 15, 93051 Regensburg, (09 41) 9 28 45;  
Juristische Fakultät, Universität Regensburg,  
93040 Regensburg, (09 41) 9 43-32 55, Fax (09 41) 9 43-32 57,  
E-mail: [Gerrit.Manssen@jura.uni-regensburg.de](mailto:Gerrit.Manssen@jura.uni-regensburg.de)
315. *Manssen*, Dr. Gerrit, Universitätsprofessor,  
Konrad-Adenauer-Allee 15, 93051 Regensburg, (09 41) 9 28 45;  
Juristische Fakultät, Universität Regensburg,  
93040 Regensburg, (09 41) 9 43-32 55, Fax (09 41) 9 43-32 57,  
E-mail: [Gerrit.Manssen@jura.uni-regensburg.de](mailto:Gerrit.Manssen@jura.uni-regensburg.de)
316. *Mantl*, Dr. Wolfgang, o. Universitätsprofessor,  
Wiener Str. 256/XI/33, A-8051 Graz XIII,  
(00 43) 3 16-68 13 06;  
Institut für österreichisches, europäisches und vergleichendes Recht,  
Karl-Franzens-Universität,  
Universitätsstr. 15/ C3, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-3 80-33 70  
E-mail: [wolfgang.mantl@kfunigraz.ac.at](mailto:wolfgang.mantl@kfunigraz.ac.at)
317. *Marauhn*, Dr. Thilo, Professor, M.Phil.,  
An der Fels 20, 35435 Wettenberg,  
(06 41) 8 77 32 75, Fax (06 41) 8 77 32 75;  
Professur für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht  
Justus-Liebig-Universität Gießen, Licher Straße 76, 35394 Gießen,  
(06 41) 9 92 11 50/51, Fax (06 41) 9 92 11 59,  
E-mail: [intlaw@recht.uni-giessen.de](mailto:intlaw@recht.uni-giessen.de)
318. *Marti*, Dr. Arnold, Privatdozent,  
Fernsichtstraße 5, CH-8200 Schaffhausen,  
(00 41) 52-6 24 18 10,  
E-mail: [a.g.marti@swissonline.ch](mailto:a.g.marti@swissonline.ch),  
Obergericht des Kantons Schaffhausen,  
Frauengasse 17, CH-8200 Schaffhausen,  
(00 41) 52-6 32 74 24, Fax (00 41) 52-6 32 78 36,  
E-mail: [arnold.marti@ktsh.ch](mailto:arnold.marti@ktsh.ch)
319. *Marti*, Dr. iur. Hans, Professor,  
Schauplatzgasse 9, Postfach, CH-3001 Bern,  
(00 41) 31-3 11 16 83, Fax (00 41) 31-3 11 24 31

320. *Marko*, Dr. Joseph, Universitätsdozent,  
Kasernstr. 35, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-46 22 38
321. *März*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Bismarckstr. 54, 70197 Stuttgart, (07 11) 6 36 25 32 oder -33;  
Juristische Fakultät der Universität Rostock, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte,  
Möllner Str. 10, 18109 Rostock,  
(03 81) 4 98 37 90, Fax (03 81) 4 98 37 70,  
E-mail: [mailto:wolfgang.maerz@jurfak.uni-rostock.de](mailto:mailto:wolfgang.maerz@jurfak.uni-rostock.de)
322. *Masing*, Dr. Johannes, Professor,  
Puccinistraße 15c, 86199 Augsburg  
(08 21) 9 98 43 09, Fax (08 21) 9 98 43 08;  
Juristische Fakultät der Universität Augsburg,  
86135 Augsburg,  
(08 21) 5 98-45 45, Fax (08 21) 5 98-45 47,  
E-mail: [Johannes.Masing@jura.uni-augsburg.de](mailto:Johannes.Masing@jura.uni-augsburg.de)
323. *Mastronardi*, Dr. Philippe Andrea, Professor,  
Stadelgasse 2, CH-6048 Horw, (+ 41 +41) 3 40 27 67,  
Fax (+ 41 +41) 3 40 08 54;  
Universität St. Gallen, Rechtswissenschaftliche Abteilung  
Bodanstr. 3, CH-9000 St. Gallen,  
(+ 41 71) 2 24 23 34, Fax (+ 41 71) 2 24 39 08,  
E-mail: [Philippe.Mastronardi@unisg.ch](mailto:Philippe.Mastronardi@unisg.ch)
324. *Maurer*, Dr. Hartmut, o. Professor,  
Säntisblick 10, 78465 Konstanz, (0 75 33) 13 12;  
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 36 57,  
Fax (0 75 31) 88 31 96
325. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Professor,  
Am Seeberg 11, 86938 Schondorf, (0 81 92) 86 68;  
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80-30 20 oder -30 21, Fax (0 89) 21 80-30 22
326. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Professor,  
Am Horn 55, 99425 Weimar,  
(0 36 43) 40 28 60, Fax (0 36 43) 40 28 61;  
Jean-Monnet-Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht,  
Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena,  
(0 36 41) 94 22 60 oder -61, Fax (0 36 41) 94 22 62



327. *Meissner*, Dr. Dr. h.c. Boris, o. Professor,  
Kleine Budengasse 1, Haus „Im Römer“, 50667 Köln,  
(02 21) 2 58 09 35, Fax (02 21) 2 57 05 16
328. *Meng*, Dr. Werner, Universitätsprofessor,  
Preußenstr. 42, 66111 Saarbrücken, (06 81) 6 85 26 74;  
Direktor des Europa-Instituts, Universität des Saarlandes,  
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,  
(06 81) 3 02 66 60, Fax (06 81) 3 02 66 62,  
E-mail: [W.Meng@mx.uni-saarland.de](mailto:W.Meng@mx.uni-saarland.de)
329. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,  
St.-Josef-Straße 4, 48324 Albersloh, (02 51) 4 82 84 36;  
Universität Münster, (02 51) 83 27 41
330. *Merli*, Dr. Franz, Universitätsprofessor,  
Helmholtzstr. 1, 01069 Dresden, (03 51) 4 77 60 91;  
Jean-Monnet-Lehrstuhl für das Recht der Europäischen Integration  
und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät, TU Dresden,  
Mommensenstr. 13, 01062 Dresden,  
(03 51) 4 63-73 74, Fax (03 51) 4 63-77 98,  
E-mail: [Merli@jura.tu-dresden.de](mailto:Merli@jura.tu-dresden.de)
331. *Merten*, Dr. Dr. Detlef, o. Professor,  
Von-Dalberg-Str. 8, 67487 St. Martin, (0 63 23) 18 75;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6, 67346 Speyer,  
(0 62 32) 6 54-3 49; oder –3 30,  
E-mail: [Merten@dhv-speyer.de](mailto:Merten@dhv-speyer.de)
332. *Meßerschmidt*, Dr. Klaus, Privatdozent,  
Hynspergstr. 29, 60322 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 55 45 87;  
University of Latvia, EuroFaculty,  
Raina bulv. 19, LV-1586 Riga/Lettland,  
(0 03 71) 7 82 02 78, Fax (0 03 71) 7 82 02 60,  
E-mail: [Messerschmidt@eurofaculty.lv](mailto:Messerschmidt@eurofaculty.lv)
333. *Meyer*, Dr. Dr. h. c. Hans, Professor,  
Georg-Speyer-Str. 28, 60487 Frankfurt a.M.  
(0 69) 77 01 29 26, Fax (0 69) 77 01 29 27;  
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93 35 28 (Sekt.) oder -33 47, Fax (0 30) 20 93 27 29,  
E-mail: [Hans.Meyer@rewi.hu-berlin.de](mailto:Hans.Meyer@rewi.hu-berlin.de)

334. *Meyn*, Dr. Karl-Ulrich, Professor,  
Leyer Str. 36, 49076 Osnabrück, (05 41) 12 64 82;  
Universität Jena, Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena,  
(0 36 41) 94 22 10 oder -11, Fax (0 36 41) 94 22 12,  
E-mail: [karl-ulrich.meyn@recht.uni-jena.de](mailto:karl-ulrich.meyn@recht.uni-jena.de)
335. *Michael*, Dr. Lothar, Professor,  
Niederkasseler Kirchweg 124, 40547 Düsseldorf;  
Professur für öffentliches Recht, Universitätsstraße 1,  
Geb. 24.91, 40225 Düsseldorf, (02 11) 8 11 14 12,  
E-mail: [Lothar.Michael@uni-duesseldorf.de](mailto:Lothar.Michael@uni-duesseldorf.de)
336. *Morgenthaler*, Dr. Gerd, Professor,  
Hauptstraße 19, 74858 Aglasterhausen  
Universität Siegen, Fachbereich 5,  
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen, (02 71) 7 40 24 02,  
E-mail: [morgenthaler@recht.wiwi.uni-siegen.de](mailto:morgenthaler@recht.wiwi.uni-siegen.de)
337. *Morlok*, Dr. Martin, Professor,  
Poßbergweg 51, 40629 Düsseldorf, (02 11) 28 68 68;  
Heinrich-Heine-Universität, Juristische Fakultät,  
Universitätsstr. 1, Gebäude 24.91, 40225 Düsseldorf,  
(02 11) 8 11 53 51, Fax (02 11) 81 14 60,  
E-mail: [ls.morlok@uni-duesseldorf.de](mailto:ls.morlok@uni-duesseldorf.de)
338. *Morscher*, Dr. Siegbert, o. Universitätsprofessor,  
Tschiggwyfreyst. 11a, A-6020 Innsbruck, (00 43) 5 12-28 62 10;  
Leopold-Franzens-Universität, Institut für Öffentliches Recht  
und Politikwissenschaft, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,  
(00 43) 5 12-5 07-82 10 oder -11, Fax (00 43) 5 12- 5 07-28 28
339. *Mössner*, Dr. Jörg Manfred, Professor,  
Uhlandstr. 53, 49134 Wallenhorst,  
(0 54 07) 45 09, Fax (0 54 07) 82 26 71;  
Universität Osnabrück, FB 10, Rechtswissenschaften,  
Martinistr. 10, 49069 Osnabrück,  
(05 41) 9 69-61 61/-68, Fax (05 41) 9 69-61 67,  
E-mail: [moessner@uos.de](mailto:moessner@uos.de)
340. *Möstl*, Dr. Markus, Universitätsprofessor,  
Aidenbachstr. 194, 81479 München, (0 89) 71 73 13;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht II,  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,  
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth,  
(09 21) 55-28 66 od. 28 66, Fax (09 21) 55-20 41,  
E-mail: [Markus.Moestl@uni-bayreuth.de](mailto:Markus.Moestl@uni-bayreuth.de)

341. *Muckel*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,  
Ringstraße 122, 42929 Wermelskirchen, (0 21 93) 53 10 74;  
Universität zu Köln, Institut für Kirchenrecht, 50923 Köln,  
(02 21) 4 70-37 77 oder 4 70-26 79,  
E-mail: [sekretariat@institut-kirchenrecht.de](mailto:sekretariat@institut-kirchenrecht.de)
342. *Müller*, Dr. Georg, o. Professor,  
Sugenreben 10, CH-5018 Erlinsbach,  
(00 41-62) 8 44 38 73, Fax (00 41-62) 8 44 42 04;  
Universität Zürich, Wilfriedstr. 6, CH-8032 Zürich,  
(00 41-1) 6 34 44 41, Fax (00 41-1) 6 34 49 38,  
E-mail: [georg.mueller@rwi.unizh.ch](mailto:georg.mueller@rwi.unizh.ch)
343. *Müller*, Dr. Jörg Paul, o. Professor,  
Kappelenring 42a, CH-3032 Hinterkappelen,  
(00 41 31) 9 01 05 70;  
Seminar für Öffentliches Recht, Hochschulstraße 4,  
CH-3012 Bern, (00 41 31) 6 31 88 94 oder -99,  
Fax (00 41 31) 6 31 38 83
344. *Müller-Franken*, Dr. Sebastian, Privatdozent,  
Auenstraße 36, 80469 München,  
(0 89) 20 23 98 28;  
Universität Passau, Innstraße 41, 94032 Passau,  
(08 51) 5 09 23 54,  
E-mail: [muelle31@fsuni.rz.uni-passau.de](mailto:muelle31@fsuni.rz.uni-passau.de)
345. *Müller-Volbeh*, Dr. Jörg, Universitätsprofessor,  
Waxensteinstr. 16, 82194 Gröbenzell b. München,  
(0 81 42) 79 73;  
Universität Marburg, Universitätsstr. 6, 35037 Marburg
346. *Münch*, Dr. Dr. h.c. Ingo v., Professor,  
Hochrad 9, 22605 Hamburg,  
(0 40) 82 96 24 Fax (0 40) 82 34 49
347. *Murswiek*, Dr. Dietrich, Universitätsprofessor,  
Institut für Öffentliches Recht, Universität Freiburg,  
79085 Freiburg,  
(07 61) 2 03-22 37 oder -41, Fax (07 61) 2 03-22 40,  
E-mail: [Dietrich.Murswiek@jura.uni-freiburg.de](mailto:Dietrich.Murswiek@jura.uni-freiburg.de)

348. *Mußnug*, Dr. Reinhard, o. Professor,  
Keplerstr. 40, 69120 Heidelberg,  
(0 62 21) 43 62 22, Fax (0 62 21) 40 83 09;  
Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg,  
(0 62 21) 54 74 66, Fax (0 62 21) 54 76 54,  
E-mail: [Reinhard.Mussnug@urz.uni-heidelberg.de](mailto:Reinhard.Mussnug@urz.uni-heidelberg.de)
349. *Mutius*, Dr. Albert v., o. Professor,  
Westring 377, 24118 Kiel;  
Geschäftsführender Vorstand des Lorenz-von-Stein-  
Institutes für Verwaltungswissenschaften an der  
Universität Kiel, 24098 Kiel, (04 31) 8 80 -45 40 oder -15 05  
E-mail: [institut@lvstein.uni-kiel.de](mailto:institut@lvstein.uni-kiel.de)
350. *Nettesheim*, Dr. Martin, Professor,  
Haußerstr. 48, 72074 Tübingen, (0 70 71) 25 46 04;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,  
72074 Tübingen, (0 70 71) 29-7 25 60, Fax (0 70 71) 29-58 47,  
E-mail: [Nettesheim@jura.uni-tuebingen.de](mailto:Nettesheim@jura.uni-tuebingen.de)
351. *Neumann*, Dr. Volker, Professor,  
Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93 34 60, Fax (0 30) 20 93 34 52,  
E-mail: [volker.neumann@rewi.hu-berlin.de](mailto:volker.neumann@rewi.hu-berlin.de)
352. *Nicolaysen*, Dr. Gert, Professor,  
Bockhorst 68a, 22589 Hamburg, (0 40) 8 70 17 47;  
Universität Hamburg, Seminar für Öffentliches Recht  
und Staatslehre, Abteilung Europarecht,  
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-45 68, Fax (0 40) 4 28 38-62 52,  
E-mail: [G-Nicolaysen@jura.uni-hamburg.de](mailto:G-Nicolaysen@jura.uni-hamburg.de)
353. *Niedobitek*, Dr. Matthias, Universitätsprofessor,  
Lauergasse 23, 67349 Speyer, (0 62 32) 7 28 51;  
Lehrstuhl für Europäische Integration mit Schwerpunkt  
Europäische Verwaltung,  
Technische Universität Chemnitz,  
Reichenhainer Str. 39, 09126 Chemnitz,  
(03 71) 5 31-37 81,  
E-mail: [matthias.niedobitek@phil.tu-chemnitz.de](mailto:matthias.niedobitek@phil.tu-chemnitz.de)

354. *Nierhaus*, Dr. Michael, Professor,  
Am Moosberg 1 c, 50997 Köln, (0 22 36) 6 36 29;  
Universität Potsdam, Juristische Fakultät,  
Postfach 90 03 27, 14439 Potsdam,  
(03 31) 9 77-32 84, oder -35 19, Fax (03 31) 9 77-35 35,  
Geschäftsführender Direktor des Kommunalwissenschaftlichen  
Instituts der Universität Potsdam,  
(03 31) 9 77-32 52 oder -32 15, Fax (03 31) 9 77-45 31,  
E-mail: [Nierhaus@rz.uni-potsdam.de](mailto:Nierhaus@rz.uni-potsdam.de)
355. *Nolte*, Dr. Georg, Professor,  
Lotzestr. 38, 37083 Göttingen, Tel./Fax: (05 51) 7 70 66 92;  
Institut für Völkerrecht der Georg-August-Universität,  
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,  
Tel.: (05 51) 39 47 51, Fax: (05 51) 39 47 67,  
E-mail: [G.Nolte@jur.uni-goettingen.de](mailto:G.Nolte@jur.uni-goettingen.de)
356. *Novak*, Dr. Richard, o. Professor,  
Thadd. Stammel-Str. 8, A-8020 Graz, (00 43) 3 16-5 35 16;  
Universität, (00 43) 3 16-3 80-33 71
357. *Nußberger*, Dr. Angelika, Professorin,  
Direktorin des Instituts für Ostrecht an der  
Universität zu Köln, Klosterstr. 79 d,  
50931 Köln, Tel.: (02 21) 4 70 55 83,  
Fax: (02 21) 4 70 55 82,  
E-mail: [angelika.nussberger@uni-koeln.de](mailto:angelika.nussberger@uni-koeln.de)
358. *Oebbecke*, Dr. Janbernd, Universitätsprofessor,  
Kronacher Weg 36, 40627 Düsseldorf, (02 11) 27 48 34;  
Geschäftsführender Direktor des Kommunalwissenschaftlichen  
Instituts, Universität Münster, Universitätsstr. 14–16,  
48143 Münster, (02 51) 83-2 18 06, Fax (02 51) 83-2 18 33,  
E-mail: [Oebbecke@uni-muenster.de](mailto:Oebbecke@uni-muenster.de)
359. *Oeter*, Dr. Stefan, Professor,  
Langenwiesen 26, 22359 Hamburg, (0 40) 60 95 19 57;  
Universität Hamburg, Institut für  
Internationale Angelegenheiten,  
Rothenbaumchaussee 19, 20148 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38 45 65, Fax (0 40) 4 28 38 62 62,  
E-mail: [iia@jura.uni-hamburg.de](mailto:iia@jura.uni-hamburg.de)

360. *Öhlinger*, Dr. Theo, o. Universitätsprofessor,  
Tolstojgasse 5/6, A-1130 Wien, (00 43-1) 8 77 12 60;  
Universität Wien, Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien,  
(00 43-1) 42 77-3 54 62, Fax (00 43-1) 42 77-3 54 69,  
E-mail: [theodor.oelinger@univie.ac.at](mailto:theodor.oelinger@univie.ac.at)
361. *Oldiges*, Dr. Martin, Universitätsprofessor,  
Am Voßberge 6, 33615 Bielefeld, (05 21) 12 18 32;  
Universität Leipzig, Juristenfakultät, Otto-Schill-Str. 2,  
Postfach 10 09 20, 04009 Leipzig,  
(03 41) 9 73 51 31, Fax (03 41) 9 73 51 39,  
E-mail: [Oldiges@uni-leipzig.de](mailto:Oldiges@uni-leipzig.de)
362. *Oppermann*, Dr. Dr. h.c. Thomas, o. Professor,  
Burgholzweg 122, 72070 Tübingen,  
(0 70 71) 4 95 33, Fax (0 70 71) 4 47 02,  
E-mail: [oppermannprof@aol.com](mailto:oppermannprof@aol.com);  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,  
72074 Tübingen,  
(0 70 71) 2 97 25 58 oder 2 97 81 01, Fax (0 70 71) 29 58 47,  
E-mail: [Thomas.Oppermann@uni-tuebingen.de](mailto:Thomas.Oppermann@uni-tuebingen.de)
363. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, Professor,  
Im Wingert 12, 53340 Meckenheim, (0 22 25) 1 74 82;  
Universität Bonn, 53113 Bonn, (02 28) 73 55-72 oder -73
364. *Osterloh*, Dr. Lerke, Professorin,  
Richterin des Bundesverfassungsgerichts,  
Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe,  
(07 21) 91 01-0, Fax (07 21) 91 01-3 82,  
Institut für Öffentliches Recht, Universität Frankfurt,  
Postfach 11 19 32, 60054 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 79 82 27 11 oder 2 86 11, Fax (0 69) 79 82 25 62,  
E-mail: [Osterloh@jur.uni-frankfurt.de](mailto:Osterloh@jur.uni-frankfurt.de)
365. *Pache*, Dr. Eckhard, Professor,  
Bayerische Julius-Maximilians-Universität Würzburg,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,  
(09 31) 31 23 09, Fax (09 31) 31 23 19,  
E-mail: [pache@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:pache@jura.uni-wuerzburg.de)

366. *Papier*, Dr. Hans-Jürgen, o. Professor,  
Präsident des Bundesverfassungsgerichts,  
Mitterfeld 5 a, 82327 Tutzing,  
(0 81 58) 99 32 40/41, Fax (0 81 58) 96 94;  
Institut für Politik und Öffentliches Recht,  
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80-62 94 oder -62 95, Fax (0 89) 21 80 31 99,  
E-mail: [LS.Papier@jura.uni-muenchen.de](mailto:LS.Papier@jura.uni-muenchen.de)
367. *Pauger*, Dr. Dietmar, Universitätsprofessor,  
Engelgasse 51, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-3 17 97;  
Universität Graz, Universitätsstr. 15/3, A-8010 Graz,  
(00 43) 3 16-3 80-33 75 oder -33 64, Fax (00 43) 3 16-38 40 94 50,  
E-mail: [Dietmar.Pauger@kfunigraz.ac.at](mailto:Dietmar.Pauger@kfunigraz.ac.at)
368. *Pauly*, Dr. Walter, o. Professor,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechts- und  
Verfassungsgeschichte, Rechtsphilosophie,  
Universität Jena, Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena,  
(0 36 41) 94 22 30 oder -31, Fax (0 36 41) 94 22 32,  
E-mail: [W.Pauly@recht.uni-jena.de](mailto:W.Pauly@recht.uni-jena.de)
369. *Pechstein*, Dr. Matthias, Universitätsprofessor,  
Lindenallee 40, 14050 Berlin,  
(0 30) 3 01 94 17, Fax (0 30) 3 01 94 17;  
Jean-Monnet-Institut für Öffentliches Recht und Europarecht,  
Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder,  
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt/Oder, (03 35) 5 53 47 60,  
E-mail: [Pechstein@euv-frankfurt-o.de](mailto:Pechstein@euv-frankfurt-o.de)
370. *Peine*, Dr. Franz-Joseph, Professor,  
Kurpromenade 56, 14089 Berlin, (0 30) 3 65 61 93;  
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder),  
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt (Oder),  
(03 35) 55 34 25-28, Fax (03 35) 55 34 25-69,  
E-mail: [fjpeine@euv-frankfurt-o.de](mailto:fjpeine@euv-frankfurt-o.de)
371. *Pernice*, Dr. Ingolf, Universitätsprofessor,  
Laehrstraße 17a, 14165 Berlin,  
(0 30) 84 50 91 60, Fax (0 30) 84 50 91 62;  
LSt. für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,  
Humboldt-Universität Berlin, Unter den Linden 6,  
10099 Berlin, (0 30) 20 93-34 40, Fax (0 30) 20 93-34 49,  
E-mail: [ingolf.pernice@rz.hu-berlin.de](mailto:ingolf.pernice@rz.hu-berlin.de)

372. *Pernthaler*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor,  
Philippine-Welser-Str. 27, A-6020 Innsbruck,  
(00 43) 5 12-41 82 84;  
Universität Innsbruck, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,  
(00 43) 5 12-5 07 26 70
373. *Pesendorfer*, Dr. Wolfgang, Universitätsprofessor,  
Vizepräsident des Verwaltungsgerichtshofs Wien,  
Judenplatz 11, A-1014 Wien 1, (00 43-1) 0 22 25 31 11-2 54,  
Fax (00 43-1) 0 22 25 32 89 21,  
E-mail: [Wolfgang.Pesendorfer@vwgh.gv.at](mailto:Wolfgang.Pesendorfer@vwgh.gv.at)
374. *Pestalozza*, Dr. Christian Graf v., o. Professor,  
FU Berlin, Dienstanschrift: Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin,  
Postanschrift: Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,  
(0 30) 83 85 30 14, Fax (0 30) 83 85 30 12,  
E-mail: [Pestaloz@zedat.fu-berlin.de](mailto:Pestaloz@zedat.fu-berlin.de)
375. *Peters*, Dr. Anne, Professorin, LL.M.  
Bollwerkstr. 134, CH-4102 Binningen;  
Lehrstuhl für Völker- und Staatsrecht, Universität Basel,  
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,  
(00 41) 61-2 67-25-65, Fax (00 41) 61-2 67-25-71,  
E-mail: [Anne.Peters@unibas.ch](mailto:Anne.Peters@unibas.ch)
376. *Petersmann*, Dr. Ernst-Ulrich, o. Professor,  
35, Chemin des Voisons, CH-1246 Coppet,  
(00 41) 22-7 76 57 30
377. *Pielow*, Dr. Johann-Christian, Privatdozent,  
Stiepelers Str. 96, 44801 Bochum (02 34) 7 46 33;  
Institut für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum,  
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,  
(02 34) 3 22 73 33, Fax (02 34) 3 21 42 12,  
E-mail: [Christian.Pielow@ruhr-uni-bochum.de](mailto:Christian.Pielow@ruhr-uni-bochum.de)
378. *Pieper*, Dr. Stefan Ulrich, Privatdozent,  
Bundesministerium des Innern, Referat V 1b,  
Alt Moabit 101 D, 10559 Berlin,  
(0 18 88 – 6 81 23 55),  
E-mail: [StefanUlrich.Pieper@bmi.bund.de](mailto:StefanUlrich.Pieper@bmi.bund.de)



379. *Pieroth*, Dr. Bodo, Professor,  
Gluckweg 19, 48147 Münster,  
(02 51) 23 32 91, Fax (02 51) 23 32 94;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Universität Münster,  
Wilmergasse 28, 48143 Münster, (02 51) 51 04 90,  
Fax (02 51) 5 10 49 19,  
E-mail: [pieroth@uni-muenster.de](mailto:pieroth@uni-muenster.de)
380. *Pietzcker*, Dr. Jost, Professor,  
Hausdorffstr. 95, 53129 Bonn, (02 28) 23 39 54;  
Universität Bonn, 53113 Bonn, (02 28) 73 91 77,  
E-mail: [Pietzcker@jura.uni-bonn.de](mailto:Pietzcker@jura.uni-bonn.de)
381. *Pirson*, Dr. Dr. Dietrich, o. Professor,  
Brunnenanger 15, 82418 Seehausen, (0 88 41) 4 78 68;  
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80-27 15
382. *Pitschas*, Dr. Rainer, o. Universitätsprofessor,  
Hermann-Jürgens-Str. 8, 76829 Landau-Godramstein,  
(0 63 41) 96 93 81, Fax (0 63 41) 96 93 82;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Postfach 14 09, 67324 Speyer,  
(0 62 32) 6 54-3 38, Fax (0 62 32) 6 54-2 08,  
E-mail: [rpitschas@dhw-speyer.de](mailto:rpitschas@dhw-speyer.de)
383. *Poscher*, Dr. Ralf, Privatdozent,  
Crellestr. 45, 10827 Berlin, (0 30) 6 92 53 98;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Juristische Fakultät, Unter den Linden 6,  
10099 Berlin, (0 30) 20 93-34 60, Fax (0 30) 20 93-34 52,  
E-mail: [ralf.poscher@rewi.hu-berlin.de](mailto:ralf.poscher@rewi.hu-berlin.de)
384. *Potacs*, Dr. Michael, Professor,  
Hartäckerstraße 25–27/3, A-1190 Wien, (00 43-1) 3 24 66 23;  
Universität Klagenfurt, Universitätsstr. 65–67, A-9020 Klagenfurt,  
(00 43) 4 63-27 00-87 9; Fax (00 43) 4 63-27 00-8 68,  
E-mail: [michael.potacs@uni-klu.ac.at](mailto:michael.potacs@uni-klu.ac.at)
385. *Preuß*, Dr. Ulrich K., Professor,  
Friedbergstraße 47, 14057 Berlin (0 30) 30 81 94 33;  
Freie Universität Berlin, FB Politische Wissenschaft,  
Ihnestraße 22, 14195 Berlin,  
(0 30) 8 38-47 22 oder -49 48, Fax (0 30) 8 38-50 96,  
E-mail: [ukpreuss@zedat.fu-berlin.de](mailto:ukpreuss@zedat.fu-berlin.de)

386. *Puhl*, Dr. Thomas, o. Professor,  
In der Aue 26a, 69118 Heidelberg,  
(0 62 21) 80 36 64, Fax (0 62 21) 80 36 69,  
Universität Mannheim, Schloß W 226, 68131 Mannheim,  
(06 21) 1 81 13-54/-55/-57/-58, Fax (06 21) 1 81 13 61,  
E-mail: [puhl@rumms.uni-mannheim.de](mailto:puhl@rumms.uni-mannheim.de)
387. *Pünder*, Dr. Hermann, LL.M (Iowa), Universitätsprofessor,  
Hochallee 106, 20149 Hamburg (0 40) 41 46 69 34;  
Bucerius Law School, Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
(einschließlich Europarecht), Verwaltungswissenschaft  
und Rechtsvergleichung, Postfach 30 10 30, 20304 Hamburg,  
(0 40) 3 07 06-2 60, Fax (0 40) 3 07 06-2 35,  
E-mail: [hermann.puender@law-school.de](mailto:hermann.puender@law-school.de)
388. *Puttler*, Dr. Adelheid, LL.M. (University of Chicago),  
diplômée de l'E.N.A., Universitätsprofessorin,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europarecht,  
Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht,  
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät, 44780 Bochum,  
(02 34) 3 22 28 20, Fax (02 34) 3 21 41 39,  
E-mail: [LS.Puttler@jura.ruhr-uni-bochum.de](mailto:LS.Puttler@jura.ruhr-uni-bochum.de)
389. *Püttner*, Dr. Dr. h.c. Günter. o. Professor, (0 62 32) 7 19 97;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Wilhelmstraße 7, 72074 Tübingen,  
(0 70 71) 2 97 52-62 oder -63, Fax (0 70 71) 29 50 64
390. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor,  
Otterstadter Weg 139, 67346 Speyer, (0 62 32) 6 31 81;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Freiherr-vom-Stein-Str. 2-6, 67346 Speyer,  
(0 62 32) 6 54-2 89, Fax (0 62 32) 6 54-3 05
391. *Rack*, Dr. Reinhard, a.o. Universitätsprofessor,  
Obere Teichstr. 19, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-43 88 42;  
Universität Graz, (00 43) 3 16-3 80-33 73,  
E-mail: [rrack@europarl.eu.int](mailto:rrack@europarl.eu.int)
392. *Ramsauer*, Dr. Ulrich, Professor,  
Wiesenstraße 5, 20255 Hamburg,  
(0 40) 43 18 12 53/52;  
Universität Hamburg, FB Rechtswissenschaft,  
Öffentliches Recht, Edmund-Siemers-Allee 1, 20146 Hamburg,  
E-mail: [u-ramsauer@jura-uni-hamburg.de](mailto:u-ramsauer@jura-uni-hamburg.de)

393. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, o. Professor,  
Wulffstr. 12, 12165 Berlin, (0 30) 7 92 60 85;  
FU Berlin, Ehrenbergstraße 17, 14195 Berlin
394. *Raschauer*, Dr. Bernhard, o. Universitätsprofessor,  
Pfeilgasse 7/2/6, A-1080 Wien, (00 43-1) 4 08 33 53;  
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(00 43-1) 42 77-3 53 52, Fax (00 43-1) 42 77-3 54 59
395. *Rasenack*, Dr. Christian A.L., LL.M., Professor,  
Tanusstr. 8, 12309 Berlin, (0 30) 7 45 25 43;  
TU Berlin, Institut für Rechtswissenschaft, H 81,  
Straße des 17. Juni 135, 10623 Berlin,  
(0 30) 31 42-58 74 oder -58 75, Fax (0 30) 7 45 25 43
396. *Rauschnig*, Dr. Dr. h.c. Dietrich, o. Professor,  
Rodetal 1, 37120 Bovenden,  
(0 55 94) 9 31 74, Fax (0 55 94) 9 31 75;  
Institut für Völkerrecht, Universität Göttingen,  
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,  
E-mail: [drausch@gwdg.de](mailto:drausch@gwdg.de)
397. *Reinhardt*, Dr. Michael, LL.M. (Cantab.), Professor,  
Auf dem Stumpelrott 9, 50999 Köln, (02 21) 35 17 30;  
Universität Trier, FB V, 54286 Trier, (06 51) 2 01-25 78,  
Fax (06 51) 2 01 25 80,  
E-mail: [reinharm@uni-trier.de](mailto:reinharm@uni-trier.de)
398. *Remmert*, Dr. Barbara, Universitätsprofessorin,  
Bei der Fruchtschranne 4, 72070 Tübingen;  
Eberhard Karls Universität Tübingen,  
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Wilhelmstraße 7 (Neue Aula),  
E-mail: [remmert@jurat.uni-tuebingen.de](mailto:remmert@jurat.uni-tuebingen.de)
399. *Rengeling*, Dr. Hans-Werner, Universitätsprofessor,  
Langeworth 143, 48159 Münster,  
(02 51) 21 20 38, Fax (02 51) 21 20 44;  
Institut für Europarecht der Universität Osnabrück,  
Martinistr. 8, 49069 Osnabrück,  
(05 41) 9 69-45 05 oder -45 04, Fax (05 41) 9 69-45 09,  
E-mail: [hrengeli@uos.de](mailto:hrengeli@uos.de)

400. *Ress*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. iur. h.c. mult., Georg,  
Universitätsprofessor,  
6, rue Mozart, F-67000 Strasbourg, (00 33) 3 88 61 04 32;  
Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völkerrecht u. Europarecht,  
Universität des Saarlandes, Europa-Institut, Postfach 15 11 50,  
66041 Saarbrücken, (06 81) 3 02-25 03, Fax (06 81) 3 02-46 36,  
Cour Européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe,  
F-67075 Strasbourg Cedex, Tel. (0 03 33 90) 21 44 91,  
E-mail: [Georg.Ress@echr.coe.int](mailto:Georg.Ress@echr.coe.int)
401. *Rhinow*, Dr. René, o. Professor,  
Jurastr. 48, CH-4411 Seltisberg, (00 41) 61-9 11 99 35,  
Fax (00 41) 61-9 11 82 88;  
stets für Post benutzen: Juristische Fakultät Universität Basel,  
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,  
(00 41) 61-2 67-25 67, Fax (00 41) 61-2 67-25 68,  
E-Mail: [R.Rhinow@unibas.ch](mailto:R.Rhinow@unibas.ch)
402. *Richter*, Dr. Dagmar, Privatdozentin,  
Hugenottenstr. 6, 68229 Mannheim;  
MPI für ausländisches öffentliches Recht und  
Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535,  
69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 25 08,  
E-Mail: [drichter@mpiv-hd.mpg.de](mailto:drichter@mpiv-hd.mpg.de)
403. *Riedel*, Dr. Eibe H., Universitätsprofessor,  
Haagwiesenweg 19, 67434 Neustadt, (0 63 21) 8 48 19;  
Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Öffentliches Recht,  
Völkerrecht und Europarecht, Universität Mannheim,  
Schloß/Westflügel, 68131 Mannheim,  
(06 21) 1 81-14 17 oder 14 18 oder 14 20-22, Fax (06 21) 1 81-14 19,  
E-mail: [Riedel@jura.uni-mannheim.de](mailto:Riedel@jura.uni-mannheim.de)
404. *Rill*, Dr. Heinz Peter, Universitätsprofessor,  
Peter-Jordan-Str. 145, A-1180 Wien, (00 43-1) 4 79-86 74;  
Forschungsinstitut für Europafragen, Wirtschaftsuniversität Wien,  
Althanstraße 39-45, A-1090 Wien,  
(00 43-1) 3 13 36 46-65 oder -66
405. *Rinken*, Dr. Alfred, Professor,  
Treseburger Str. 37, 28205 Bremen, (04 21) 44 07 62;  
Universität Bremen, Universitätsallee, GW 1,  
Postfach 33 04 40 Bremen, 28334 Bremen,  
E-mail: [rinken@uni-bremen.de](mailto:rinken@uni-bremen.de)

406. *Robbers*, Dr. Gerhard, Universitätsprofessor,  
Dagobertstr. 17, 54292 Trier, (06 51) 5 37 10;  
Universität Trier, Postfach 38 25, 54286 Trier,  
(06 51) 2 01-25 42, Fax (06 51) 2 01-39 05,  
E-mail: [Robbers@uni-trier.de](mailto:Robbers@uni-trier.de)
407. *Rodi*, Dr. Michael, M.A., Universitätsprofessor,  
Marienstr. 42, 17489 Greifswald, (0 38 34) 89 75 65;  
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,  
LSt. für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht,  
17487 Greifswald, (0 38 34) 86 21 00,  
E-mail: [mrodi@uni-greifswald.de](mailto:mrodi@uni-greifswald.de)
408. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor,  
Kreuzackerstr. 8, 76228 Karlsruhe, (07 21) 49 17 39;  
Universität Mannheim, 68131 Mannheim, (06 21) 2 92 51 86
409. *Röger*, Dr. Ralf, Privatdozent,  
Nidegger Straße 17, 50937 Köln,  
(02 21) 9 41 72 60, Fax (02 21) 9 41 72 61;  
Universität zu Köln, LSt. für Allgemeine Staatslehre,  
Staats- und Verwaltungsrecht,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln (Lindenthal),  
(02 21) 4 70-44 53
410. *Röhl*, Dr. Hans Christian, Privatdozent,  
Gaisbergstr. 6/1, 69115 Heidelberg, (0 62 21) 2 67 92;  
Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg,  
(0 62 21) 54 74 60, Fax (0 62 21) 54 77 43,  
E-mail: [roehl@uni-hd.de](mailto:roehl@uni-hd.de)
411. *Ronellenfitsch*, Dr. Michael, o. Professor,  
Augusta-Anlage 15, 68165 Mannheim, (06 21) 41 23 34;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen,  
(0 70 71) 2 97 21 09, Fax (0 70 71) 2 97 49 05,  
E-mail: [ronellenfitsch@jura.uni-tuebingen.de](mailto:ronellenfitsch@jura.uni-tuebingen.de)
412. *Rossen-Stadtfeld*, Dr. Helge, Professor,  
Kirschenstr. 86, 82024 Taufkirchen, (0 89) 74 42 79 29;  
Fakultät für Wirtschafts- und Organisationswissenschaften,  
Universität der Bundeswehr München, 85577 Neubiberg,  
(0 89) 60 04-46 04, Fax (0 89) 6 01-46 93,  
E-mail: [Helge.Rossen-Stadtfeld@UniBw-Muenchen.de](mailto:Helge.Rossen-Stadtfeld@UniBw-Muenchen.de)

413. *Roth*, Dr. Wolfgang, Privatdozent, LL.M. (Michigan),  
An der Elisabethkirche 48, 53113 Bonn, (02 28) 9 12 52 73;  
RAe Redeker Sellner Dahs & Widmaier,  
Mozartstraße 4–10, 53115 Bonn, (02 28) 7 26 25-5 42,  
E-mail: [roth@bonn.redeker.de](mailto:roth@bonn.redeker.de)
414. *Rozek*, Dr. Jochen, Universitätsprofessor,  
Friedrich-Hegel-Str. 16, 01187 Dresden;  
LSt. für Öffentliches Recht unter besonderer  
Berücksichtigung von Verwaltungsrecht,  
Juristische Fakultät, TU Dresden  
01062 Dresden, (03 51) 4 63-73 39/3 73 40,  
Fax (03 51) 4 63-72 14,  
E-Mail: [rozek@jura.tu-dresden.de](mailto:rozek@jura.tu-dresden.de)
415. *Ruch*, Dr. Alexander, o. Professor,  
Gartenstr. 85, CH-4052 Basel, (00 41) 61-2 72 36 22;  
ETH Zentrum, D-GESS, Rämistr. 101, CH-8092 Zürich,  
(00 41-1) 6 32 60 01, Fax (00 41-1) 6 32 10 24,  
E-mail: [ruch@recht.gess.ethz.ch](mailto:ruch@recht.gess.ethz.ch)
416. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor,  
Rubensallee 55a, 55127 Mainz, (0 61 31) 7 19 42;  
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Universität Mainz,  
55099 Mainz, (0 61 31) 39-24 12, Fax (0 61 31) 39-54 39
417. *Ruffert*, Dr. Matthias, Professor,  
Reichardtstieg 3, 07743 Jena,  
(0 36 41) 20 72 63; Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Universität Jena, Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,  
(0 36 41) 94 22 01, Fax (0 36 41) 94 22 02,  
E-mail: [m.ruffert@recht.uni-jena.de](mailto:m.ruffert@recht.uni-jena.de)
418. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Hagebuttenstr. 26, 53340 Meckenheim, (0 22 25) 71 07;  
E-mail: [Ruefner@aol.com](mailto:Ruefner@aol.com),  
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands,  
Lennéstr. 15, 53113 Bonn, (02 28) 22 32 33, Fax (02 28) 22 04 43
419. *Rühl*, Dr. Ulli F.H., Professor,  
Hermann-Allmers-Str. 34, 28209 Bremen, (04 21) 3 46 74 84;  
Universität Bremen, FB 6 Rechtswissenschaft,  
Universitätsallee, GW 1, Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,  
(04 21) 2 18-46 06, Sekretariat: (04 21) 2 18-21 27,  
E-mail: [uruehl@uni-bremen.de](mailto:uruehl@uni-bremen.de)

420. *Ruland*, Dr. Franz, Professor,  
Im Langenfeld 17a, 61350 Bad Homburg, (0 61 72) 3 11 09;  
Verband der Deutschen Rentenversicherungsträger,  
Eysseneckstr. 55, 60322 Frankfurt am Main, (0 69) 1 52 22 00
421. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,  
Am Marienpfad 29, 55128 Mainz, (0 61 31) 3 45 88
422. *Ruthig*, Dr. Josef, Universitätsprofessor,  
C8 1, 68159 Mannheim;  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,  
55099 Mainz (0 61 31) 39-2 09 64,  
(06 21) 1 81-14 08, Fax (06 21) 1 81-14 11,  
E-mail: [Ruthig@uni-mainz.de](mailto:Ruthig@uni-mainz.de)
423. *Sachs*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,  
Dattenfelder Str. 7, 51109 Köln,  
(02 21) 84 46 57, Fax (02 21) 84 06 70;  
Universität zu Köln, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(02 21) 4 70-44 54, Fax (02 21) 4 70-51 35,  
E-mail: [Staats-Verwaltungsrecht@uni-koeln.de](mailto:Staats-Verwaltungsrecht@uni-koeln.de)
424. *Sacksofsky*, Dr. Ute, Professorin,  
Bundenweg 16, 60320 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 95 62 20 51, Fax (0 69) 95 62 20 52;  
Goethe-Universität, FB Rechtswissenschaft,  
Senckenberganlage 31, 60054 Frankfurt a.M.,  
Postfach 11 19 32, 60325 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 79 82 86 54 oder 2 26 54,  
E-mail: [Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de](mailto:Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de)
425. *Sarcevic*, Dr. Edin, Privatdozent,  
Thomasiusstr. 5, 04109 Leipzig,  
(03 41) 6 01 73 93;  
Juristenfakultät Leipzig, Postfach 100 920,  
(03 41) 9 73 52 10, Fax (03 41) 9 73 52 18,  
E-mail: [edin@rz.uni-leipzig.de](mailto:edin@rz.uni-leipzig.de)
426. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor,  
Siebengebirgsstr. 86, 53229 Bonn, (02 28) 48 17 10;  
c/o RAe Norton, Rose, Vieregge, Köln,  
(02 21) 77 16-2 16, Fax (02 21) 77 16-1 10

427. *Sattler*, Dr. Andreas, Professor,  
Ludwig-Beck-Str. 17, 37075 Göttingen, (05 51) 2 23 40
428. *Saxer*, Dr. Urs, Privatdozent, LL.M.,  
Kantstr. 15, CH-8044 Zürich, (00 41-1) 4 22 40 42;  
Büro: Steinbrüchel Hüsey Rechtsanwälte,  
Großmünsterplatz 8., Postfach,  
CH-8024 Zürich, (00 41-1) 2 69 40 00, Fax (00 41-1) 2 69 40 01,  
E-mail: [Saxer@steinlex.ch](mailto:Saxer@steinlex.ch)
429. *Schachtschneider*, Dr. Karl Albrecht, o. Professor,  
Hubertusstraße 6, 94091 Nürnberg, (09 11) 59 94 36;  
Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät,  
Universität Erlangen-Nürnberg, Lange Gasse 20, 90403 Nürnberg,  
(09 11) 53 02-3 29 oder -3 11, Fax (09 11) 53 02-2 97,  
E-mail: [else.hirschmann@wiso.uni-erlangen.de](mailto:else.hirschmann@wiso.uni-erlangen.de)
430. *Schäffer*, Dr. Heinz, o. Universitätsprofessor,  
Große Neugasse 6/14, A-1040 Wien, (00 43-1) 5 81 17 21;  
Universität Salzburg, Kapitelgasse 5-7, A-5020 Salzburg,  
(00 43) 6 62-80 44-36 31, Fax (00 43) 6 62-80 44-3 03,  
E-mail: [heinz.schaeffer@sbg.ac.at](mailto:heinz.schaeffer@sbg.ac.at)
431. *Schambeck*, Dr. Dr. h.c. mult. Herbert, o. Universitätsprofessor,  
Hofzeile 21, A-1190 Wien, (00 43-1) 3 68 34 94;  
Universität Linz, (00 43) 7 32-24 68-84 25
432. *Schefer*, Dr. Markus, Professor,  
Gartenstadt 18, 4142 Münchenstein/BL, Schweiz,  
(00 41) 6 14 11 36 28;  
Universität Basel Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Staats-  
und Verwaltungsrecht,  
Maiengasse 51, 4056 Basel,  
(00 41) 6 12 67 25 13,  
E-mail: [markus.schefer@unibas.ch](mailto:markus.schefer@unibas.ch)
433. *Schefold*, Dr. Dian, Universitätsprofessor,  
Mathildenstraße 93, 28203 Bremen, (04 21) 7 25 76;  
FB Rechtswissenschaft der Universität Bremen,  
Universitätsallee, GW 1, Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,  
(04 21) 2 18-21 66, Fax (04 21) 2 18-34 94,  
E-mail: [schefold@uni-bremen.de](mailto:schefold@uni-bremen.de)



434. *Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, o. Professor,  
Beim Hochwald 30, 68305 Mannheim, (06 21) 74 42 00;  
Universität Mannheim, 68131 Mannheim, (06 21) 1 81 14 10,  
E-mail: [Schenke@jura.uni-mannheim.de](mailto:Schenke@jura.uni-mannheim.de)
435. *Scherer*, Dr. Joachim, LL.M., apl. Prof.,  
Privatweg 9, 64342 Seeheim-Jugenheim, (0 62 57) 90 37 39;  
RAe Baker & McKenzie,  
Bethmannstr. 50–54, 60311 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 29 90 81 89, Fax (0 69) 29 90 81 08,  
E-mail: [Joachim.Scherer@Bakernet.com](mailto:Joachim.Scherer@Bakernet.com)
436. *Scherzberg*, Dr. Arno, Professor,  
Wartburgstr. 34, 99094 Erfurt;  
Universität Erfurt, Staatswissenschaftliche Fakultät,  
Postfach 900 221, 99105 Erfurt;  
(03 61) 7 37-47 61, (03 61) 7 37-47 60 (Sokr.),  
Fax (03 61) 7 37-47 09,  
E-mail: [Arno.Scherzberg@uni-erfurt.de](mailto:Arno.Scherzberg@uni-erfurt.de)
437. *Scheuing*, Dr. Dieter H., o. Professor,  
Finkenstr. 17, 97204 Höchberg,  
(09 31) 4 83 31, Fax (09 31) 40 81 98;  
Universität Würzburg, 97070 Würzburg,  
(09 31) 31 23 24, Fax (09 31) 31 27 92,  
E-mail: [Scheuing@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:Scheuing@jura.uni-wuerzburg.de)
438. *Schiedermair*, Dr. Hartmut, o. Professor,  
Wittelsbacher Str. 7, 53173 Bonn – Bad Godesberg;  
Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht,  
Universität Köln, Gottfried-Keller-Str. 2, 50931 Köln,  
(02 21) 4 70 23 64
439. *Schilling*, Dr. Theodor, Privatdozent,  
13, rue de Moutfort, L-5355 Oetrange, (0 03 52) 35 85 76;  
Gerichtshof der EG, L-2925 Luxemburg, (0 03 52) 43 03-34 13
440. *Schindler*, Dr. Dr. h.c. Dietrich, Professor,  
Lenzenwiesstr. 8, CH-8702 Zollikon;  
Universität Zürich, (00 41-1) 3 91-71 18 oder 41 40,  
Fax (00 41-1) 3 91-71 18
441. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor,  
Wolkenburgstr. 2, 53757 St. Augustin, (0 22 41) 33 75 09;  
Universität Bonn, (02 28) 73 91 25

442. *Schlette*, Dr. Volker, Privatdozent,  
Hirberg 4, 37170 Uslar, (0 55 73) 99 98 68;  
Universität Göttingen, Juristisches Seminar,  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,  
(05 51) 39 44 13, Fax (05 51) 39 74 14
443. *Schlieffen*, Dr. Katharina Gräfin v., Universitätsprofessorin,  
FernUniversität Hagen, FB Rechtswissenschaft,  
Universitätsstr. 21, 58084 Hagen,  
(0 23 31) 9 87-28 78, Fax (0 23 31) 9 87-3 95,  
E-mail: [LG.vonSchlieffen@fernuni-hagen.de](mailto:LG.vonSchlieffen@fernuni-hagen.de)
444. *Schliesky*, Dr. Utz, Privatdozent,  
Täubchenstraße 4s, 14163 Berlin;  
Erster Beigeordneter des Deutschen Landkreistages,  
Lennéstraße 11, 10785 Berlin, (0 30) 59 00 97-3 00,  
E-mail: [Utz.Schliesky@Landkreistag.de](mailto:Utz.Schliesky@Landkreistag.de) oder [uschliesky@aol.com](mailto:uschliesky@aol.com)
445. *Schlink*, Dr. Bernhard, Professor,  
Endenicher Allee 16, 53115 Bonn, (02 28) 65 23 58;  
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6,  
10099 Berlin, (0 30) 20 93-34 54 oder -34 72,  
Fax (0 30) 20 93-34 52,  
E-mail: [Schlink@rewi.hu-berlin.de](mailto:Schlink@rewi.hu-berlin.de)
446. *Schmalenbach*, Dr. Kirsten, Professorin,  
Richard Wagner Gasse 13;  
Karl-Franzens-Universität Graz,  
Universitätsplatz 3, 8010 Graz,  
(00 43) 31 63 80 34 16
447. *Schmid*, Dr. Gerhard, Professor,  
Hochwaldstr. 24, CH-4059 Basel, (00 41) 61-3 31 84 25;  
c/o Wenger Plattner, Aeschenvorstadt 55,  
CH-4010 Basel, (00 41) 61-2 79-70 00,  
Fax (00 41) 61-2 79-70 01,  
E-mail: [gerhard.schmid@unibas.ch](mailto:gerhard.schmid@unibas.ch)
448. *Schmid*, Dr. Viola, Universitätsprofessorin,  
Kirchenweg 3, 91126 Schwabach,  
(0 91 22) 7 73 82, Fax (0 91 22) 6 23 45,  
E-mail: [dr.viola.schmid@t-online.de](mailto:dr.viola.schmid@t-online.de);  
Technische Universität Darmstadt, Fachgebiet  
Öffentliches Recht, Hochschulstr. 1, 64289 Darmstadt

449. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor,  
Bachwiesenstr. 5, 86459 Gessertshausen,  
(0 82 38) 41 11, Fax (0 82 38) 49 37;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht  
und Umweltrecht, Universität Augsburg, Universitätsstr. 2,  
86135 Augsburg, (08 21) 5 98-45 50, Fax (08 21) 5 98-45 52,  
E-mail: [Reiner.Schmidt@jura.uni-augsburg.de](mailto:Reiner.Schmidt@jura.uni-augsburg.de)
450. *Schmidt*, Dr. Walter, Universitätsprofessor,  
Brüder-Knauß-Str. 86, 64285 Darmstadt, (0 61 51) 6 47 10;  
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 79 82 21 89
451. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Dr. h.c. Eberhard, o. Professor,  
Höhenstr. 30, 69118 Heidelberg, (0 62 21) 80 08 03;  
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 74 28,  
E-mail: [schmidt-assmann@uni-hd.de](mailto:schmidt-assmann@uni-hd.de)
452. *Schmidt-De Caluwe*, Reimund, Universitätsprofessor,  
Unterer Hardthof 17 B, 35398 Gießen,  
(06 41) 3 45 66, Fax (06 41) 9 60 99 66;  
Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,  
Universitätsplatz 3–5, 06099 Halle (Saale),  
(03 45) 55-2 31 38 oder -39,  
E-mail: [Schmidtdc@jura.uni-halle.de](mailto:Schmidtdc@jura.uni-halle.de)
453. *Schmidt-Jortzig*, Dr. Edzard, o. Professor,  
Graf-Spee-Straße 18 a, 24105 Kiel, (04 31) 8 95 01 95;  
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
Universität Kiel, 24118 Kiel,  
(04 31) 8 80-35 45, Fax (04 31) 8 80-34 90,  
E-mail: [office.sj@law.uni-kiel.de](mailto:office.sj@law.uni-kiel.de)
454. *Schmidt-Preuß*, Dr. Matthias, o. Professor,  
Am Römerlager 23, 53117 Bonn, (02 28) 67 80 91;  
Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,  
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,  
(02 28) 73 65 02, Fax (02 28) 73 65 07,  
E-mail: [schmidt-preuss@jura.uni-bonn.de](mailto:schmidt-preuss@jura.uni-bonn.de)
455. *Schmitt Glaeser*, Dr. Alexander, LL.M. (Yale) Privatdozent,  
Kaulbachstraße 64, 80539 München,  
(0 89) 38 54 79 31,  
E-mail: [a.schmitt-glaeser@aya.yale.edu](mailto:a.schmitt-glaeser@aya.yale.edu)

456. *Schmitt Glaeser*, Dr. Dr. h. c. Walter, o. Professor,  
Rübezahlweg 9 A, 95447 Bayreuth,  
(09 21) 3 20 70; Fax (09 21) 7 56 38 66,  
E-mail: [walter.schmitt-glaeser@uni-bayreuth.de](mailto:walter.schmitt-glaeser@uni-bayreuth.de)
457. *Schmitt-Kammler*, Dr. Arnulf, Universitätsprofessor,  
Renthof 33, 35037 Marburg/Lahn, (0 64 21) 6 49 02;  
Universität zu Köln, Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(02 21) 4 70-40 66 oder -40 67
458. *Schmitz*, Dr. Thomas, Privatdozent,  
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität Göttingen,  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,  
(05 51) 39 46 37, Fax (05 51) 39 74 14,  
E-mail: [tschmitt@gwdg.de](mailto:tschmitt@gwdg.de)
459. *Schnapp*, Dr. Friedrich E., o. Professor,  
Efeuweg 22, 44869 Bochum, (0 23 27) 7 42 13;  
Universität Bochum, 44780 Bochum,  
(02 34) 3 22 22 39 Fax (02 34) 3 21 42 71,  
E-mail: [oeffelbn@ruhr-uni-bochum.de](mailto:oeffelbn@ruhr-uni-bochum.de)
460. *Schneider*, Dr. Dr. h.c. Hans-Peter, o. Professor,  
Rominteweg 1, 30559 Hannover,  
(05 11) 51 10 50, Fax (05 11) 51 10 50;  
FB Rechtswissenschaften, Universität Hannover,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(05 11) 7 62-81 85 oder 81 86
461. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor,  
Ludolf-Krehl-Str. 44, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 03 81;  
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 74 46
462. *Schneider*, Dr. Jens-Peter, Professor,  
Uhlenfluchtweg 7, 49078 Osnabrück,  
(05 41) 6 68 82 08, Fax (05 41) 6 68 82 07;  
Institut für Europäische Rechtswissenschaft, Abteilung  
Europäisches Öffentliches Recht, Universität Osnabrück,  
FB Rechtswissenschaften, 49069 Osnabrück,  
(05 41) 9 69-45 00/45 01, Fax (05 41) 9 69-45 09,  
E-mail: [JP-Schneider@uni-osnabrueck.de](mailto:JP-Schneider@uni-osnabrueck.de)

463. *Schöbener*, Dr. Burkhard, Professor,  
Am Glösberg 27, 97342 Obernbreit, (0 93 32) 50 00 04;  
Universität zu Köln, Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und  
Europarecht, Gottfried-Keller-Straße 2,  
50931 Köln, (02 21) 4 70-38 34 oder 38 75
464. *Schoch*, Dr. Friedrich, o. Professor,  
Kastelbergstr. 19, 79189 Bad Krozingen,  
(0 76 33) 94 81 04, Fax (0 76 33) 94 81 05;  
Institut für Öffentliches Recht, Universität Freiburg,  
Postfach, 79085 Freiburg,  
(07 61) 2 03-22 57 oder 22 58, Fax (07 61) 2 03-22 97,  
E-mail: [ioeffr5@uni-freiburg.de](mailto:ioeffr5@uni-freiburg.de)
465. *Scholler*, Dr. Heinrich, Professor,  
Zwengauerweg 5, 81479 München, (0 89) 79 64 24;  
Universität München, Institut für Politik und  
Öffentliches Recht, Ludwigstr. 28/RG, 80539 München,  
(0 89) 21 80-27 24
466. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor,  
Königsallee 71 a, 14193 Berlin;  
Universität München, Institut für Politik und Öffentliches Recht,  
Ludwigstr. 28/RG, 80539 München, (0 89) 21 80-21 13,  
E-mail: [rupert.scholz@jura.uni-muenchen.de](mailto:rupert.scholz@jura.uni-muenchen.de)
467. *Schröder*, Dr. Meinhard, o. Professor,  
Zum Wingert 2, 54318 Mertendorf, (06 51) 5 78 87;  
Universität Trier, 54286 Trier, (06 51) 2 01 25 86,  
E-mail: [schroederm@uni-trier.de](mailto:schroederm@uni-trier.de)
468. *Schroeder*, Dr. Werner, Professor, LL.M.;  
Universität Innsbruck Institut für Völkerrecht,  
Europarecht und Internationale Beziehungen,  
Innrain 52, A-6020 Innsbruck,  
(00 43) 5 12-5 07-83 20, Fax (00 43) 5 12-5 07-26 51,  
E-mail: [Werner.Schroeder@uibk.ac.at](mailto:Werner.Schroeder@uibk.ac.at)
469. *Schulte*, Dr. Martin, Professor,  
Neuostra Nr. 15, 01219 Dresden, (03 51) 4 72 25 50;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht,  
Juristische Fakultät, TU Dresden, von-Gerber-Bau, Bergstr. 53,  
01069 Dresden, (03 51) 46 33-73 62, Fax (03 51) 46 33-72 20,  
E-mail: [schulte@jura.tu-dresden.de](mailto:schulte@jura.tu-dresden.de)

470. *Schulze-Fielitz*, Dr. Helmuth, Professor,  
Klara-Löwe-Str. 5, 97082 Würzburg,  
(09 31) 7 84 10 25, Fax (09 31) 7 84 10 34;  
LSt. für Öffentliches Recht, Umweltrecht und  
Verwaltungswissenschaften, Universität Würzburg,  
Domerschulstr. 16, D-97070 Würzburg,  
(09 31) 31 23 31/2, Fax (09 31) 31 26 17,  
E-mail: [L-Schulze-Fielitz@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:L-Schulze-Fielitz@jura.uni-wuerzburg.de)
471. *Schuppert*, Dr. Gunnar Folke, Professor,  
Kaiserdamm 28, 14057 Berlin,  
(0 30) 30 61 21 68;  
Humboldt-Universität, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-35 02, Fax (0 30) 20 93-33 44,  
E-mail: [Gunnar.Folke.Schuppert@rewi.hu-berlin.de](mailto:Gunnar.Folke.Schuppert@rewi.hu-berlin.de)
472. *Schwabe*, Dr. Jürgen, Professor,  
Erlenweg 1, 21614 Buxtehude,  
(0 41 61) 8 71 41, Fax (0 41 61) 72 26 00;  
Universität Hamburg, 20146 Hamburg, (0 40) 4 28 38-44 54
473. *Schwarz*, Dr. Kyrill-A., Privatdozent,  
Goßlerstraße 3, 37073 Göttingen;  
Juristische Fakultät,  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,  
(05 51) 39 73 93,  
E-mail: [kyrillschwarz@web.de](mailto:kyrillschwarz@web.de)
474. *Schwarze*, Dr. Jürgen, Professor,  
Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht Abt. I,  
Platz der Alten Synagoge 1, 79098 Freiburg,  
(07 61) 2 03-22 38, oder -51, Fax (07 61) 2 03-22 34,  
E-mail: [juergen.schwarze@jura.uni-freiburg.de](mailto:juergen.schwarze@jura.uni-freiburg.de)
475. *Schwarzer*, Mag., Dr. Stephan, Universitätsdozent,  
Rodlergasse 7/10, A-1190 Wien, (00 43-1) 3 69 17 46;  
Bundeshauptstadt Wien, Wiedner Hauptstr. 63,  
A-1045 Wien, (00 43-1) 5 01 05-41 95
476. *Schweitzer*, Dr. Michael, Professor,  
Göttweiger Str. 135, 94032 Passau, (08 51) 3 45 33;  
Universität Passau, 94032 Passau,  
(08 51) 5 09-23 30, Fax (08 51) 5 09-23 32,  
E-mail: [Schweitzer@uni-passau.de](mailto:Schweitzer@uni-passau.de)

477. *Schweizer*, Dr. Rainer J., o. Professor,  
Webergasse 8, CH-9000 St. Gallen, (00 41) 71-2 23 56 24;  
Hochschule St. Gallen, Forschungsgemeinschaft für  
Rechtswissenschaften, Tigerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen,  
(00 41) 71-22 42-8 36, Fax (00 41) 71-22 42-1 62,  
E-mail: [Rainer.Schweizer@unisg.ch](mailto:Rainer.Schweizer@unisg.ch)
478. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, Universitätsprofessor,  
Hülsebrinkstr. 23, 30974 Wennigsen/Deister, (0 51 03) 13 11;  
FB Rechtswissenschaften, Universität Hannover,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover, (05 11) 7 62-82 80
479. *Seer*, Dr. Roman, Universitätsprofessor,  
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Steuerrecht,  
Gebäude GC 8/137, Universitätstr. 150,  
(02 34) 3 22 82 69, Fax (02 34) 3 21 46 14,  
E-mail: [LS.seer@jura.ruhr-uni-bochum.de](mailto:LS.seer@jura.ruhr-uni-bochum.de)
480. *Seewald*, Dr. Otfried, o. Professor,  
Schärdingerstraße 21 A, 94032 Passau,  
Tel/Fax (08 51) 3 51 45;  
Universität Passau, Innstr. 40, Postfach 25 40, 94030 Passau,  
(08 51) 50 9-23 40 oder -41, Fax (08 51) 5 09-23 42,  
E-mail: [otfried.seewald@uni-passau.de](mailto:otfried.seewald@uni-passau.de)
481. *Seidel*, Dr. Gerd, Professor,  
Donizettistraße 102, 12623 Berlin,  
(0 30) 56 59 95 56;  
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-35 17/-12, Fax (0 30) 20 93-33 84,  
E-mail: [Gerd.Seidel@rewi.hu-berlin.de](mailto:Gerd.Seidel@rewi.hu-berlin.de)
482. *Seiler*, Dr. Christian, Privadozent,  
Erwin-Rohde-Str. 6, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 47 59 79;  
Institut für Finanz- und Steuerrecht, Universität Heidelberg,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 74 59,  
E-mail: [seilerc@juris.uni-heidelberg.de](mailto:seilerc@juris.uni-heidelberg.de)
483. *Selmer*, Dr. Peter, Professor,  
Akazienweg 9, 22587 Hamburg, (0 40) 86 47 43;  
Universität Hamburg, 20146 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-45 76, Fax (0 40) 4 28 38-30 28

484. *Sieckmann*, Dr. Jan-Reinhard, Professor,  
Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,  
Otto-Friedrich-Universität Bamberg, Feldkirchenstr. 21,  
96051 Bamberg, (09 51) 8 63-27 40, Fax (09 51) 8 63-57 40,  
E-mail: [Jan.Sieckmann@sowi.uni-bamberg.de](mailto:Jan.Sieckmann@sowi.uni-bamberg.de)
485. *Siedentopf*, Dr. Dr. h.c. Heinrich, o. Professor,  
Hauptstr. 170, 76829 Landau, (0 63 41) 6 07 57;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6, 67324 Speyer,  
(0 62 32) 6 54-3 65 oder –3 58,  
E-mail: [siedentopf@dhv-speyer.de](mailto:siedentopf@dhv-speyer.de)
486. *Siekmann*, Dr. Helmut, Professor,  
Hustadtring 143, 44801 Bochum;  
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,  
44780 Bochum, (02 34) 3 22 52 52,  
E-mail: [LS.Siekmann@jura.ruhr-uni-bochum.de](mailto:LS.Siekmann@jura.ruhr-uni-bochum.de)
487. *Silagi*, Dr. Dr. Michael, Privatdozent,  
Institut für Völkerrecht, Universität Göttingen,  
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen, (05 51) 39-47 34
488. *Skouris*, Dr. Wassilios, Professor,  
Nikolaou Manou 18, GR-54643 Thessaloniki,  
(00 30-31) 83 14 44;  
Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften,  
Palais de la Cour de Justice, L-2925 Luxembourg,  
(0 03 52) 43 03 22 09, Fax (0 03 52) 43 03 27 36
489. *Sodan*, Dr. Helge, Universitätsprofessor,  
Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Staats- und  
Verwaltungsrecht, Öffentl. Wirtschaftsrecht, Sozialrecht,  
Freie Universität Berlin, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,  
(0 30) 8 38-5 39 72 oder -7 39 73, Fax (0 30) 8 38-5 44 44,  
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin,  
Elßholzstr. 30–33, 10781 Berlin,  
(0 30) 90 15-26 50, Fax (0 30) 90 15-26 66
490. *Söhn*, Dr. Hartmut, o. Professor,  
Eppanerstr. 9, 94036 Passau, (08 51) 5 85 20;  
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- u. Verwaltungsrecht  
insbesondere Finanz- und Steuerrecht, 94032 Passau,  
(08 51) 5 09-23 50, Fax (08 51) 5 09-23 52,  
E-mail: [Soehn01@pers.uni-passau.de](mailto:Soehn01@pers.uni-passau.de)



491. *Somek*, Dr. Alexander, Professor,  
University of Iowa, College of Law,  
Melrose and Byington Iowa City, Iowa USA 52242,  
(3 19) 3 35 90 34, Fax: (31 91) 33 59 01 98,  
E-mail: [alexander-somek@uiowa.edu](mailto:alexander-somek@uiowa.edu)
492. *Sommermann*, Dr. Karl-Peter, Universitätsprofessor,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Staatslehre und Rechtsvergleichung,  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Postfach 14 09, 67346 Speyer,  
(0 62 32) 6 54-3 44, Fax (0 62 32) 6 54-3 05,  
E-mail: [Sommermann@dhv-speyer.de](mailto:Sommermann@dhv-speyer.de)
493. *Spannowsky*, Dr. Willy, Universitätsprofessor,  
Auf dem Kleehügel 17, 67706 Krickenbach,  
(0 63 07) 99 39 63, Fax (0 63 07) 99 39 49;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Postfach 30 49, 67653 Kaiserslautern,  
(06 31) 2 05-39 75, Fax (06 31) 2 05-39 77
494. *Staff*, Dr. Ilse, Universitätsprofessorin,  
Am Forum 4, 65779 Kelkheim, (0 61 95) 33 08;  
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt a.M.
495. *Starck*, Dr. Christian, o. Professor,  
Schlegelweg 10, 37075 Göttingen, (05 51) 5 54 54;  
Universität Göttingen, Juristisches Seminar,  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,  
(05 51) 39-74 12 oder -13, Fax (05 51) 39-74 14,  
E-mail: [C.Starck@jura.uni-goettingen.de](mailto:C.Starck@jura.uni-goettingen.de)
496. *Steiger*, Dr. Heinhard, Universitätsprofessor,  
Oberhof 16, 35440 Linden, (06 41) 2 32 52;  
Universität Gießen, 35394 Gießen,  
(06 41) 9 92 11-50 oder -51, Fax (06 41) 9 92 11-59
497. *Stein*, Dr. Ekkehart, o. Professor,  
Magdebergstr. 16 b, 78224 Singen, (0 77 31) 94 85 71;  
Universität Konstanz, Postfach 55 60 D 104,  
78434 Konstanz, (0 75 31) 88 23-29 oder -28

498. *Stein*, Dr. Torsten, Universitätsprofessor,  
Ludolf-Krehl-Str. 1 b, 69120 Heidelberg, Tel/Fax (0 62 21) 48 04 38;  
Universität des Saarlandes, Europa-Institut,  
Am Stadtwald, 66041 Saarbrücken,  
(06 81) 3 02-45 67 oder -36 95, Fax (06 81) 3 02-48 79,  
E-mail: [t.stein@mx.uni-saarland.de](mailto:t.stein@mx.uni-saarland.de)
499. *Steinberg*, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,  
Wingertstr. 2a, 65719 Hofheim;  
Präsident der Goethe-Universität Frankfurt, Senckenberganlage 31,  
60054 Frankfurt a.M., (0 69) 79 82 22 31, Fax (0 69) 7 98-2 87 93,  
E-mail: [Steinberg@pvw.uni-frankfurt.de](mailto:Steinberg@pvw.uni-frankfurt.de)
500. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor,  
Saphirweg 13, 69181 Leimen;  
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,  
(0 62 21) 4 82-2 61, Fax (0 62 21) 4 82-2 88;  
Juristisches Seminar, Universität Heidelberg,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg,  
(0 62 21) 54-74 54 oder -55, Fax (0 62 21) 54-77 44,  
E-mail: [t18@ix.urz.uni-heidelberg.de](mailto:t18@ix.urz.uni-heidelberg.de)
501. *Steiner*, Dr. Udo, o. Professor,  
Richter des Bundesverfassungsgerichts,  
Am Katzenbühl 5, 93055 Regensburg, (09 41) 70 09 13;  
Universität Regensburg, 93040 Regensburg,  
(09 41) 9 43-26 66 oder -26 67, Fax (09 41) 9 43-49 93,  
oder Karlsruhe (07 21) 91 01-2 17, Fax (07 21) 91 01-3 82,  
E-mail: [udo.steiner@jura.uni-regensburg.de](mailto:udo.steiner@jura.uni-regensburg.de)
502. *Stelzer*, Dr. Manfred, Universitätsprofessor,  
Anton-Wildgansgasse 12/4, A-2380 Perchtoldsdorf,  
(00 43-6 64) 2 12 56 18;  
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(00 43-1) 42 77-3 54 31 oder -32,  
E-mail: [Manfred.Stelzer@univie.ac.at](mailto:Manfred.Stelzer@univie.ac.at)
503. *Stender-Vorwachs*, Dr. Jutta LL. M. (UVA, USA), Privatdozentin,  
Universität Hannover, Fachbereich Rechtswissenschaften,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(05 11) 7 62-82 50 oder -82 49;  
Am Ortfelde 99A, 30916 Isernhagen N.B.,  
(05 11) 7 24 08 07, Fax (05 11) 7 24 08 54,  
E-mail: [jutta.stender-vorwachs@oerechtc.uni-hannover.de](mailto:jutta.stender-vorwachs@oerechtc.uni-hannover.de)

504. *Stern*, Dr. Dr. h.c. mult. Klaus, o. Professor,  
Am Stockberger Busch 10, 51515 Kürten,  
(0 22 68) 61 67;  
Universität Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(02 21) 4 70 22 89
505. *Stettner*, Dr. Rupert, Professor,  
Alpenstr. 11 a, 85221 Dachau, (0 81 31) 27 89 96,  
Tel./Fax (0 81 31) 27 89 98;  
Institut für Staatswissenschaften, Universität der  
Bundeswehr München, Werner-Heisenberg-Weg 39,  
85579 Neubiberg, (0 89) 60 04-38 64 oder -37 02  
oder -20 43, Fax (0 89) 60 04-28 41,  
E-mail: [Rupert.Stettner@unibw-muenchen.de](mailto:Rupert.Stettner@unibw-muenchen.de)
506. *Stober*, Dr. Dr. h.c. mult. Rolf, Professor,  
Am Blütenhain 33, 48163 Münster,  
(0 25 36) 17 34, Fax (0 25 36) 68 38;  
Institut für Recht der Wirtschaft, Universität Hamburg,  
Max-Brauer-Allee 60, 22765 Hamburg,  
(0 40) 4 28 38-46 37, Fax (0 40) 4 28 38-64 58,  
E-mail: [Stober@mba.uni-hamburg.de](mailto:Stober@mba.uni-hamburg.de)
507. *Stock*, Dr. Martin, Professor,  
Lina-Oetker-Str. 22, 33615 Bielefeld, (05 21) 12 19 95;  
Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Bielefeld,  
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
(05 21) 1 06 43 90, Fax (05 21) 1 06 80 55,  
E-mail: [martin.stock@uni-bielefeld.de](mailto:martin.stock@uni-bielefeld.de)
508. *Stoll*, Dr. Peter-Tobias, Professor,  
Institut für Völkerrecht, Abteilung für Internationales Wirtschafts-  
recht,  
Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 5,  
37073 Göttingen, (05 51) 39 46 61,  
E-mail: [pt.stoll@jur.uni-goettingen.de](mailto:pt.stoll@jur.uni-goettingen.de)
509. *Stolleis*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,  
Waldstr. 15, 61476 Kronberg, (0 61 73) 6 56 51;  
Universität Frankfurt, MPI für europäische Rechtsgeschichte,  
Hausener Weg 120, 60489 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 7 89 78-2 22, Fax (0 69) 7 89 78-1 69,  
E-mail: [Stolleis@mpier.uni-frankfurt.de](mailto:Stolleis@mpier.uni-frankfurt.de)

510. *Stolzlechner*, Dr. Harald, o. Universitätsprofessor,  
Gneiser Straße 57, A-5020 Salzburg, (00 43) 6 62-82 39 35;  
Universität Salzburg, (00 43) 6 62-80 44 36 01,  
E-mail: [Harald.Stolzlechner@sbo.ac.at](mailto:Harald.Stolzlechner@sbo.ac.at)
511. *Storr*, Dr. Stefan, Privatdozent,  
Lassallestraße 12, 07743 Jena,  
(0 36 41) 82 80 62;  
Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Institut für Politik und Öffentliches Recht,  
81539 München, (0 89) 21 80-3 33 92
512. *Streinz*, Dr. Rudolf, o. Professor,  
Waldsteinring 26, 95448 Bayreuth, (09 21) 9 47 30;  
Rechts- und Wirtschaftswiss. Fakultät, Universität Bayreuth,  
95440 Bayreuth, (09 21) 55 35 20, Fax (09 21) 55 28 97,  
E-mail: [Rudolf.Streinz@uni-bayreuth.de](mailto:Rudolf.Streinz@uni-bayreuth.de)
513. *Stumpf*, Dr. Christoph, Privatdozent,  
Hagener Allee 4, 22926 Ahrensburg, (0 41 02) 45 51 30;  
Wilhelm-Ziegler-Weg 14. D-91541 Rotenburg o.d.T.,  
(0 98 61) 74 11,  
E-mail: [Christoph.Stumpf@chch.ox.ac.uk](mailto:Christoph.Stumpf@chch.ox.ac.uk)
514. *Suerbaum*, Dr. Joachim, Privatdozent,  
Hattinger Str. 574, 44879 Bochum, (02 34) 47 26 26;  
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,  
44780 Bochum, (02 34) 3 22 28 09,  
E-mail: [Joachim.Suerbaum@t-online.de](mailto:Joachim.Suerbaum@t-online.de)
515. *Talmon*, D. Phil. (Oxon.) Stefan, LL.M. (Cantab.), Privatdozent,  
14 Derwent Avenue, Headington, Oxford OX3 0AP,  
(00 44) (0) 18 65 42 75 44, Fax (00 44) (0) 18 65 42 75 44;  
St Anne's College, Woodstock Road, Oxford OX2 6HS,  
(00 44) (0) 18 65 28 45 30, Fax (00 44) (0) 18 65 27 48 99,  
E-mail: [Stefan.Talmon@law.oxford.ox.ac.uk](mailto:Stefan.Talmon@law.oxford.ox.ac.uk)
516. *Tettinger*, Dr. Peter J., o. Professor,  
Bergstr. 30, 50999 Köln, (0 22 36) 6 68 56;  
Institut für öffentliches Recht und Verwaltungslehre der  
Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50931 Köln,  
(02 21) 4 70 22 89, Fax (02 21) 4 70 51 26,  
E-mail: [inst-oerv@uni-koeln.de](mailto:inst-oerv@uni-koeln.de)

517. *Thieme*, Dr. Werner, Professor,  
Berggartenstraße 14, 29223 Celle,  
(0 51 41) 3 73 69, Fax (0 51 41) 93 13 73;  
Universität Hamburg, 20146 Hamburg, (0 40) 4 28 38-45 69
518. *Thienel*, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,  
Pfeilgasse 31/10, A-1080 Wien;  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Universität Wien, Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien,  
(00 43-1) 4 01 03-32 60, Fax (00 43-1) 5 33 40 99
519. *Thürer*, Dr. Dr. h.c. Daniel, LL.M., o. Professor,  
Abeggweg 20, CH-8057 Zürich, (00 41-1) 3 62 65 47;  
Universität Zürich, Institut für Völkerrecht und  
Ausländisches Verfassungsrecht,  
Hirschgraben 40, CH-8001 Zürich,  
(00 41-1) 6 34-20 31, Fax (00 41-1) 6 34-49 92,  
E-mail: [thuerer@ivr.unizh.ch](mailto:thuerer@ivr.unizh.ch)
520. *Tietje*, Dr. Christian, Professor,  
Hegelstraße 14, 06144 Halle (Saale),  
(03 45) 5 48 39 13;  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,  
Juristische Fakultät, Juridicum,  
Universitätsplatz 5, 06108 Halle (Saale),  
(03 45) 5 52-31 80, Fax (03 45) 5 52-72 01,  
E-mail: [Tietje@jura.uni-halle.de](mailto:Tietje@jura.uni-halle.de)
521. *Tomuschat*, Dr. Christian, Professor,  
Odilostraße 25a, 13467 Berlin,  
(0 30) 40 54 14 86, Fax (0 30) 40 54 14 88;  
Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für  
Völker- und Europarecht, Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-33 35 oder -05 oder -22, Fax (0 30) 20 93 33 65,  
E-mail: [Christian.Tomuschat@rewi.hu-berlin.de](mailto:Christian.Tomuschat@rewi.hu-berlin.de)
522. *Trute*, Dr. Hans-Heinrich, Universitätsprofessor,  
Wettinplatz 3, 01896 Pulsnitz, (03 59 55) 4 53 01;  
Wissenschaftskolleg zu Berlin, Wallotstraße 19,  
14193 Berlin,  
(0 30) 89 00 12 56, Fax (0 30) 89 00 13 00,  
E-mail: [03TRHA@wiko-berlin.de](mailto:03TRHA@wiko-berlin.de)

523. *Trzaskalik*, Dr. Christoph, Professor,  
Stockheimer Str. 30, 55128 Mainz, (0 61 31) 36 94 14;  
Universität Mainz, 55099 Mainz,  
(0 61 31) 39 21 38,  
E-mail: [rauch@mail.jura.uni-mainz.de](mailto:rauch@mail.jura.uni-mainz.de)
524. *Tsatsos*, Dr. Dimitris Th., o. Professor,  
Kockenhof 12, 58093 Hagen, (0 23 34) 95 47 47;  
FernUniversität Hagen, 58097 Hagen,  
(0 23 31) 9 87-28 76 Fax (0 23 31) 9 87-3 24
525. *Uber*, Dr. Giesbert, o. Professor,  
Roseneck 5, 48165 Münster, (02 51) 31 59;  
Universität Münster, (02 51) 83 27 01,  
E-mail: [uber@uni-muenster.de](mailto:uber@uni-muenster.de)
526. *Uerpmann*, Dr. Robert, Professor,  
Pfarrergasse 9, 93047 Regensburg, (09 41) 5 67 64 91;  
Universität Regensburg, Juristische Fakultät, 93040 Regensburg,  
(09 41) 9 43-26 60 oder 26 59, Fax (09 41) 9 43-19 73,  
E-Mail: [Robert.Uerpmann@jura.uni-regensburg.de](mailto:Robert.Uerpmann@jura.uni-regensburg.de)
527. *Uhle*, Dr. Arnd, Privatdozent,  
Denglerstraße 54, 53173 Bonn – Bad Godesberg,  
(02 28) 9 02 58 09;  
Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Juristische Fakultät (Lehrstuhl Prof. Dr. Rupert Scholz),  
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80 21 13,  
E-mail: [ArndUhle@gmx.de](mailto:ArndUhle@gmx.de)
528. *Umbach*, Dr. Dieter C., Professor,  
Lehrstuhl für Verwaltungsrecht mit Sozialrecht sowie europäisches  
Verfassungsrecht, Universität Potsdam,  
PF 90 03 27, 14439 Potsdam, (03 31) 9 77-32 64
529. *Unruh*, Dr. Peter, Privatdozent,  
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität Göttingen,  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,  
E-mail: [punruh@gwdg.de](mailto:punruh@gwdg.de)
530. *Unruh*, Dr. Georg-Christoph v., o. Professor,  
Steenkamp 2, 24226 Heikendorf, (04 31) 23 14 59;  
Universität Kiel, Lorenz vom Stein-Institut, 24106 Kiel,  
(04 31) 8 80 35-22 oder -29

531. *Vallender*, Dr. Klaus A., Professor,  
Unterbach 4, CH-9043 Trogen, (00 41 71) 94 27 69;  
Universität St. Gallen, Bodanstr. 4, CH-9000 St. Gallen,  
(00 41 71) 2 24 25 19
532. *Vedder*, Dr. Christoph, Professor,  
Sollner Str. 33, 81479 München,  
(0 89) 79 10 03 83, Fax (0 89) 79 10 03 84;  
Juristische Fakultät, Universität Augsburg, Postfach,  
86135 Augsburg, (08 21) 5 98-45 70, Fax (08 21) 5 98-45 72,  
E-Mail: [christoph.vedder@jura.uni-augsburg.de](mailto:christoph.vedder@jura.uni-augsburg.de)
533. *Vesting*, Dr. Thomas, Universitätsprofessor,  
Habsburgerstr. 3, 80801 München, (0 89) 39 21 44;  
Fachbereich Rechtswissenschaft, Johann Wolfgang Goethe-Universität,  
Senckenberganlage 31–33, 60054 Frankfurt am Main,  
(0 69) 79 82 85 09, Fax (0 69) 79 82 80 73,  
E-mail: [T.Vesting@jur.uni-frankfurt.de](mailto:T.Vesting@jur.uni-frankfurt.de)
534. *Vitzthum*, Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf, o. Professor,  
Im Rotbad 19, 72076 Tübingen,  
(0 70 71) 6 38 44, Fax (0 70 71) 6 38 88;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,  
72074 Tübingen, (0 70 71) 2 97 52 66, Fax (0 70 71) 2 97 49 05,  
E-mail: [wolfgang-graf.vitzthum@uni-tuebingen.de](mailto:wolfgang-graf.vitzthum@uni-tuebingen.de)
535. *Vogel*, Dr. Dr. h.c. Klaus, o. Professor,  
Konradstraße 9 Rgb., 80801 München,  
(0 89) 38 86 92 03, Fax (0 89) 38 86 92 04;  
Institut für Politik und Öffentliches Recht,  
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80-27 18, Fax (0 89) 34 14 40,  
E-mail: [Klaus.Vogel@jura.uni-muenchen.de](mailto:Klaus.Vogel@jura.uni-muenchen.de)
536. *Volkmann*, Dr. Uwe, Professor,  
Am Bonifatiusbrunnen 231, 60439 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 51 86 73;  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,  
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht,  
55099 Mainz, (0 61 31) 39-2 34 53, Fax (0 61 31) 39-2 30 90,  
E-mail: [Volkmann@mail.jura.uni-mainz.de](mailto:Volkmann@mail.jura.uni-mainz.de)

537. *Vosskuhle*, Dr. Andreas, Professor,  
Sternwaldstr. 7, 79102 Freiburg, (Tel./Fax: (07 61) 7 07 52 11);  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für  
Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Postfach,  
79085 Freiburg i. Br., (07 61) 2 03-22 09,  
Fax (07 61) 2 03-91 93,  
E-mail: [andreas.vosskuhle@jura.uni-freiburg.de](mailto:andreas.vosskuhle@jura.uni-freiburg.de)
538. *Waechter*, Dr. Kay, Professor,  
Ceciliengärten 12, 12159 Berlin;  
FB Rechtswissenschaft, Universität Hannover,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(05 11) 7 62-82 27,  
E-mail: [K.Waechter@rechtb.uni-hannover.de](mailto:K.Waechter@rechtb.uni-hannover.de)
539. *Wahl*, Dr. Rainer, o. Professor,  
Hagenmattenstr. 6, 79117 Freiburg, (07 61) 6 59 60;  
Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht VI,  
Wilhelmstr. 26, 79085 Freiburg,  
(07 61) 2 03-22 52 oder -53, Fax (07 61) 2 03 22 93,  
E-mail: [oerecht6@uni-freiburg.de](mailto:oerecht6@uni-freiburg.de)
540. *Waldhoff*, Dr. Christian, o. Professor,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Instiut für Kirchenrecht,  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,  
Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn,  
(02 28) 73-91 25, Fax (02 28) 73 40 49,  
E-mail: [Waldhoff@uni-bonn.de](mailto:Waldhoff@uni-bonn.de)
541. *Wallerath*, Dr. Maximilian, Universitätsprofessor,  
Gudenuer Weg 86, 53127 Bonn, (02 28) 28 32 02;  
Universität Greifswald, Rechts- und  
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,  
17487 Greifswald,  
(0 38 34) 86 21 44 Fax (0 38 34) 8 68 00 77,  
E-mail: [Wallerat@uni-greifswald.de](mailto:Wallerat@uni-greifswald.de)
542. *Weber*, Dr. Albrecht, Professor,  
Weidenweg 20, 49143 Bissendorf, (0 54 02) 39 07;  
Universität Osnabrück, 49069 Osnabrück,  
(05 41) 9 69-61 88,  
E-mail: [aweber@uos.de](mailto:aweber@uos.de)



543. *Weber*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor,  
Noldinstr. 14, A-6020 Innsbruck, (00 43) 5 12-57 45 37;  
Universität Innsbruck, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,  
(00 43) 5 12-5 07-26 87
544. *Weber-Dürler*, Dr. Beatrice, o. Professorin,  
Ackermannstr. 24, CH-8044 Zürich, (00 41-1) 2 62 04 20;  
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Seminar,  
Wilfriedstraße 6, CH-8032 Zürich, (00 41-1) 6 34 44 40,  
E-mail: [Beatrice.Weber-Duerler@rwi.unizh.ch](mailto:Beatrice.Weber-Duerler@rwi.unizh.ch)
545. *Wegener*, Dr. Bernhard W., Professor,  
Auf dem Wittenberg 3, 33619 Bielefeld, (05 21) 1 64 12 51 od. (01 79)  
4 66 18 32;  
Westfälische-Wilhelms-Universität,  
Professur für Öffentliches Recht,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
Sek. (02 51) 8 32 20 21 oder Durchwahl 2 19 02,  
Fax (02 51) 8 32 19 01,  
E-mail: [wegenerb@uni-muenster.de](mailto:wegenerb@uni-muenster.de)
546. *Weiß*, Dr. Wolfgang, Privatdozent,  
Universität Bayreuth, Rechts- und  
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,  
95440 Bayreuth, (09 21) 55-35 32,  
E-mail: [Wolfgang.Weiss@uni-bayreuth.de](mailto:Wolfgang.Weiss@uni-bayreuth.de)
547. *Wendt*, Dr. Rudolf, o. Professor,  
Schulstr. 45, 66386 St. Ingbert-Hassel, (0 68 94) 5 32 87;  
Universität des Saarlandes, Institut für Finanz-  
und Steuerrecht, Postfach 11 50, 66041 Saarbrücken,  
(06 81) 3 02-31 04 oder -21 04
548. *Wernsmann*, Dr. Rainer, Privatdozent,  
Gasslestiege 48, 48159 Münster, (02 51) 52 50 27;  
Universität Münster, Institut für Steuerrecht,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
(02 51) 83-2 26 04 oder -2 27 95,  
E-mail: [rainer.wernsmann@uni-muenster.de](mailto:rainer.wernsmann@uni-muenster.de)
549. *Wiederin*, Dr. Ewald, Universitätsprofessor,  
Universität Salzburg, Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht,  
Kapitalgasse 5–7, A-5020 Salzburg, (00 43) 6 62-63 89 36 11,  
Fax (00 43) 5 52-80 44-36 11,  
E-mail: [ewald.wiederin@sbg.ac.at](mailto:ewald.wiederin@sbg.ac.at)

550. *Wieland*, Dr. Joachim LL.M., Universitätsprofessor,  
Georg-Mendel-Straße 13, 53115 Bonn,  
(02 28) 6 19 59 98, Fax (02 28) 3 49 48 98;  
FB Rechtswissenschaften, Öffentliches Recht,  
Finanz- und Steuerrecht,  
Johann-Wolfgang-von-Goethe Universität, 60325 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 7 98-2 27 11, Fax (0 69) 7 98-2 25 62,  
E-mail: [Joachim.Wieland@jur.uni-frankfurt.de](mailto:Joachim.Wieland@jur.uni-frankfurt.de)
551. *Wielinger*, Dr. Gerhard, Universitätsdozent,  
Bergmannsgasse 22, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-31 87 14;  
dienstl. (00 43) 3 16-70 31 24 28
552. *Wieser*, DDr. Bernd, a.o. Universitätsprofessor,  
Wittenbauerstr. 76, A-8010 Graz;  
Institut für Öffentliches Recht, Politikwissenschaft  
und Verwaltungslehre, Karl-Franzens-Universität Graz,  
Universitätsstr. 15/C3, A-8010 Graz,  
(00 43) 3 16-3 80-33 81 oder -83, Fax (00 43) 3 16-3 80-94 50,  
E-mail: [bernd.wieser@uni-graz.de](mailto:bernd.wieser@uni-graz.de)
553. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor,  
Auf der Wacht 21, CH-4104 Oberwil, (00 41 61) 4 01 25 21;  
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Europarat,  
F-67075 Strasbourg Cedex, (00 33-3 88) 41 23 91
554. *Will*, Dr. Rosemarie, Professorin,  
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93 33 00/36 82, Fax (0 30) 20 93 34 53,  
E-mail: [Rosemarie.Will@rewi.hu-berlin.de](mailto:Rosemarie.Will@rewi.hu-berlin.de)
555. *Wilke*, Dr. Dieter, Präsident des OVG Berlin a.D.,  
Universitätsprofessor a.D.,  
apl. Professor an der Freien Universität Berlin,  
Schweinfurthstr.10; 14195 Berlin
556. *Wilms*, Dr. Heinrich, o. Professor  
Friedenstraße 3, 78166 Donaueschingen,  
(07 00) 88 40 04 00, Fax (07 00) 88 40 04 01;  
Fachbereich Rechtswissenschaft, Universität Konstanz,  
Fach D-110, 78457 Konstanz,  
(0 75 31) 88-30 04, Fax (0 75 31) 88-40 08  
Fax (0 75 31) 88-40 08,  
E-mail: [wilms@staatslehre.de](mailto:wilms@staatslehre.de)  
Internet: <http://www.staatslehre.de>

557. *Wimmer*, Dr. Norbert, o. Universitätsprofessor,  
Heiliggeiststr. 16, A-6020 Innsbruck, (00 43) 5 12-58 61 44;  
Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht und  
Politikwissenschaften, Innrain 80/82, A-6020 Innsbruck,  
(00 43) 5 12-82 00 oder 82 01,  
E-mail: [Veronika.Obojes@uibk.ac.at](mailto:Veronika.Obojes@uibk.ac.at)  
Internet: <http://www.uibk.ac.at/c/c3/c309>
558. *Winkler*, Dr. DDr. h.c. Günther, o. Universitätsprofessor,  
Reisnerstr. 22/5/11, A-1030 Wien, (00 43-1) 7 13 44 15;  
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(00 43-1) 4 01 03-31 31
559. *Winter*, Dr. Gerd, Professor,  
FB 6: Rechtswissenschaft, Universität Bremen,  
Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,  
(04 21) 2 18-28 40, Fax (04 21) 2 18-34 94,  
E-mail: [gwinter@uni-bremen.de](mailto:gwinter@uni-bremen.de)
560. *Winzeler*, Dr. Christoph, LL. M. (Harv.) Privatdozent,  
St.-Jakobs-Straße 96,  
CH-4052 Basel, (00 41) 6 12 95 93 93 (Büro),  
Fax (00 41) 6 12 72 53 82 (Büro);  
Universität Fribourg, Institut für Kirchenrecht und  
Staatskirchenrecht, Miséricorde, Büro 4119,  
CH-1700 Fribourg (00 41) 2 63 00 80 23,  
Fax (00 41) 2 63 00 96 66,  
E-mail: [christoph.winzeler@sba.ch](mailto:christoph.winzeler@sba.ch)
561. *Wittmann*, Dr. Heinz, a.o. Universitätsprofessor,  
Steinböckengasse 4/14, A-1140 Wien, (00 43-1) 9 14 31 75;  
Verlag Medien und Recht GmbH,  
Danhausergasse 6, A-1040 Wien,  
(00 43-1) 5 05 27 66, Fax (00 43-1) 5 05 27 66-15
562. *Wolf*, Dr. Joachim, Professor,  
Am Schrebergarten 8, 44625 Herne, (0 23 23) 45 96 25;  
Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum,  
Umweltrecht, Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre,  
Gebäude GC, Universitätsstr. 150, 44789 Bochum,  
(02 34) 3 22-52 52, Fax (02 34) 3 21 44 21,  
E-mail: [LS.Wolf@jura.ruhr-uni-bochum.de](mailto:LS.Wolf@jura.ruhr-uni-bochum.de)

563. *Wolff*, Dr. Heinrich Amadeus, Professor,  
Rudolf-Ditzen-Weg 12, 13156 Berlin;  
LMU München, Institut für Politik und Öffentliches Recht der  
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(0 89) 21 80 32 62 und (0 30) 48 09 79 48,  
E-mail: [Heinrich.Wolff@jura.uni-muenchen.de](mailto:Heinrich.Wolff@jura.uni-muenchen.de)
564. *Wolfrum*, Dr. Dr. h.c. Rüdiger, o. Professor,  
Mühlthalstr. 129 b, 69121 Heidelberg, (0 62 21) 47 52 36;  
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,  
(0 62 21) 48 22-55 oder -56, Fax (0 62 21) 48 22 88,  
E-mail: [Wolfrum@mpiv-hd.mpg.de](mailto:Wolfrum@mpiv-hd.mpg.de)
565. *Wollenschläger*, Dr. Michael, Professor,  
An den Forstäckern 15, 97204 Höchberg, (09 31) 4 91 96;  
Universität Würzburg, Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,  
(09 31) 31 23 05, Fax (09 31) 31 23 17,  
E-mail: [Wollenschlaeger@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:Wollenschlaeger@jura.uni-wuerzburg.de)
566. *Wolter*, Dr. Henner, Privatdozent,  
Kanzlei Hensche & Wolter, Knesebeckstr. 76,  
10623 Berlin, (0 30) 88 61 43 63;  
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Humboldt-  
Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(0 30) 20 93-34 72, Fax (0 30) 20 93-34 52
567. *Württemberg*, Dr. Thomas, o. Professor,  
Beethovenstr. 9, 79100 Freiburg, (07 61) 7 86 23;  
Universität Freiburg, Postfach, 79085 Freiburg  
(07 61) 2 03-22 46 oder -22 49,  
E-mail: [Thomas.Wuertemberger@jura.uni-freiburg.de](mailto:Thomas.Wuertemberger@jura.uni-freiburg.de)
568. *Wyduckel*, Dr. Dieter, Professor,  
Juristische Fakultät, TU Dresden, 01062 Dresden,  
(03 51) 4 63-73 21, Fax (03 51) 4 63-72 09  
E-mail: [wyduckel@jura.tu-dresden.de](mailto:wyduckel@jura.tu-dresden.de)
569. *Wyss*, Dr. iur. Martin, Privatdozent,  
Stellvertretender Leiter der Abteilung 2 für Rechtsetzung,  
Bundesamt für Justiz, Bundeshaus West CH-3003 Bern,  
(0 31) 3 22 75 75,  
E-mail: [martin.wyss@bj.admin.ch](mailto:martin.wyss@bj.admin.ch)

570. *Zacher*, Dr. Dr. h.c. mult. Hans F., o. Professor,  
Starnberger Weg 7, 82343 Pöcking, (0 81 57) 13 84;  
MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht  
Amalienstr. 33, 80799 München, Postfach 34 01 21, 80098 München,  
(0 89) 3 86 02-5 02, Fax (0 89) 3 86 02-5 90
571. *Zeh*, Dr. Wolfgang, Professor, Direktor beim Deutschen Bundestag,  
Brunhildstr. 9, 10829 Berlin, (0 30) 78 70 75 63;  
Deutscher Bundestag, Platz der Republik, 11011 Berlin,  
(0 30) 2 27-3 28 00 und 2 27-3 29 90, Fax (0 30) 2 27-3 63 81
572. *Zeuschwitz*, Dr. Friedrich v., Universitätsprofessor,  
Petersweiher 47, 35394 Gießen, (06 41) 4 51 52;  
Universität Gießen, 35390 Gießen, (06 41) 7 02 50 20,  
E-mail: [Friedrich.v.Zeuschwitz@recht.uni-giessen.de](mailto:Friedrich.v.Zeuschwitz@recht.uni-giessen.de)
573. *Ziekow*, Dr. Jan, Universitätsprofessor,  
Gartenstraße 3, 67361 Freisbach,  
(0 63 44) 59 02, Fax (0 63 44) 59 02;  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Postfach 14 09, 67324 Speyer, (0 62 32) 6 54-0,  
E-mail: [ziekow@dhw-speyer.de](mailto:ziekow@dhw-speyer.de)
574. *Zimmer*, Dr. Gerhard, Professor,  
Waldschützpfad 9, 12589 Berlin, (0 30) 6 48 95 90;  
Universität der Bundeswehr, 22043 Hamburg,  
(0 40) 65 41 27 71
575. *Zimmermann*, Dr. Andreas, Professor,  
Walther-Schücking-Institut für internationales Recht,  
Universität Kiel, Olshausener Straße 40, 24098 Kiel,  
(04 31) 8 80-21 49 oder 8 80 21 52, Fax (04 31) 8 80 16 19,  
E-Mail: [Azimmermann@internat-recht.uni-kiel.de](mailto:Azimmermann@internat-recht.uni-kiel.de)
576. *Zippelius*, Dr. Dr. h.c. Reinhold, o. Professor,  
Niendorfstr. 5, 91054 Erlangen, (0 91 31) 5 57 26;  
Universität Erlangen-Nürnberg, 91054 Erlangen, (0 91 31) 85 28 20
577. *Zuleeg*, Dr. Dr. h.c. Manfred, Professor,  
Kaiser-Sigmund-Str. 32, 60320 Frankfurt a.M., (0 69) 56 43 93;  
FB Rechtswissenschaft, Institut für Öffentl. Recht,  
Völker- und Europarecht, Universität Frankfurt,  
Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt a.M.,  
(0 69) 79 82 23 82, Fax (0 69) 79 82 87 50,  
E-mail: [M.Zuleeg@jur.uni-frankfurt.de](mailto:M.Zuleeg@jur.uni-frankfurt.de)



## Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951,  
14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960,  
5. Oktober 1962, 1. Oktober 1971, 6. Oktober 1976,  
3. Oktober 1979 und 6. Oktober 1999)

### § 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch schriftliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

### § 2

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

- a) seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat<sup>1</sup> und
- b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität<sup>2</sup> oder der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist oder gewesen ist.

---

<sup>1</sup> Mit der oben abgedruckten, am 1. 10. 1971 in Regensburg beschlossenen Fassung des § 2 hat die Mitgliederversammlung den folgenden erläuternden Zusatz angenommen.

„Eine hervorragende wissenschaftliche Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist eine den bisher üblichen Anforderungen an die Habilitation entsprechende Leistung.“

<sup>2</sup> In Berlin hat die Mitgliederversammlung am 3. 10. 1979 die folgende zusätzliche Erläuterung aufgenommen:

„Universität im Sinne dieser Vorschrift ist eine wissenschaftliche Hochschule, die das Habilitationsrecht in den Fächern des öffentlichen Rechts und die Promotionsbefugnis zum Doctor iuris besitzt und an der Juristen durch einen Lehrkörper herkömmlicher Besetzung ausgebildet werden.“

Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, daß die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgeschlagenen die Mitgliedschaft anzutragen. Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Absicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

### § 3

Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahr an einem vom Vorstand zu bestimmenden Ort stattfinden. In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. Die Tagesordnung wird durch den Vorstand bestimmt. Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muß mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

### § 4<sup>3</sup>

Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. Der Vorstand wird von der Mitgliederversammlung auf zwei Jahre gewählt. Zur Vorbereitung der Jahrestagung ergänzt sich der Vorstand um ein Mitglied, das kein Stimmrecht hat. Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet. Auf der nächsten Mitgliederversammlung findet eine Nachwahl für den Rest der Amtszeit des Ausgeschiedenen statt.

### § 5

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

---

<sup>3</sup> § 4 in der Fassung des Beschlusses der Mitgliederversammlung in Heidelberg vom 6. 10. 1999; in Kraft getreten am 1. 10. 2001.



## § 6

Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den Vorstand oder einen Ausschuß im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. Ein solcher Beschluß bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

## § 7

Der Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.





