III. Gebote demokratischer Legitimation des Grundgesetzes

A. Die Dogmatik der demokratischen Legitimation nach dem Grundgesetz

Die genauen Voraussetzungen, die sich rechtsdogmatisch aus Art. 20 Abs. 2 GG ergeben, sind in Rechtsprechung und Literatur höchst umstritten. Für jedes einzelne Tatbestandsmerkmal finden sich verschiedenste Auffassungen, die zur Folge haben, dass sich in der Gesamtheit völlig unterschiedliche Verständnisse der Bedeutung dieser grundgesetzlichen Vorgabe in ihrer Gesamtheit ergeben. Auch wenn – wie oben dargestellt – diese Auffassungen möglicherweise teils durch unterschiedliche zugrundeliegende methodische Ansätze bedingt sein könnten, erscheint es für einen Überblick zweckmäßig, den Ausgangspunkt für die unterschiedlichen Meinungen und damit das dogmatische Grundmodell in seiner Gesamtheit darzustellen, damit nachfolgend die Unterschiede in den Grundansätzen entsprechend punktgenau verortet werden können. Deshalb sollen die zuvor angestellten methodischen Bedenken hinsichtlich der Vergleichbarkeit zunächst zurückgestellt werden, um damit noch einen Überblick des Meinungsstandes zum Bereich der demokratischen Legitimation der Verwaltung skizzieren zu können.

Üblicherweise werden die Grundüberzeugungen zum Feld der demokratischen Legitimation in zwei Meinungsgruppen eingeteilt: Dabei stellt das „monistische", auch als „klassisch" bezeichnete Legitimationsmodell[142] regelmäßig den argumentatorischen Ausgangsfall dar, die später entwickelten Ansichten wurden häufig argumentativ in Abgrenzung hiervon entwickelt und gewöhnlich als „pluralistische" Legitimationsverständnisse bezeichnet. Diese Kategorisierung und Typisierung muss jedoch als sehr grob und ungenau angesehen werden, weil es sich hier nur um argumentative Grundmuster handelt, also gedankliche „Extrempositio-

142 Beide Bezeichnungen sollen hier wertfrei und ausschließlich zur definitorischen Abgrenzung von später entwickelten Legitimationsmodellen dienen, wie dies beispielsweise bei *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 53 ff. erfolgt, und keine inhaltliche Wertung vornehmen, wie beispielsweise in der Gleichsetzung von „klassischen" und „überkommenen" Modell bei *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 54.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen". Die tatsächlich vertretenen Ansichten liegen in ihren Einzelaspekten teils dazwischen, auch finden sich Kombinationen verschiedenster Teilaspekte.[143] Dennoch wird häufig eine grundlegende Typisierung danach durchgeführt, ob die Legitimation auf das feststehende Subjekt „Volk" zurückgeführt wird (monistische Auffassungen) oder dieser Begriff als offen und individualbezogen, möglicherweise ausgestaltungsbedürftig angesehen wird und damit nicht das „Volk", sondern die dahinter stehenden Einzelpersonen Anfangspunkt der Legitimation darstellen (pluralistische Auffassungen). Wenn sich auch die nach diesen groben Merkmalen unterschiedenen Ansichten im Einzelnen stark unterscheiden, so ist dennoch häufig zu erkennen, dass – bei allen Differenzen in Detailfragen – vor allem das grundlegende Normverständnis innerhalb dieser jeweiligen Meinungsgruppen ähnlich ist.[144]

Etwas überraschend wirkt hingegen bei allen inhaltlichen Differenzen auch über Qualität und Verbindlichkeit der Norm[145], dass hinsichtlich der dogmatischen Grundstruktur (unausgesprochen) wohl weitestgehend Einigkeit[146] besteht, dass die aus der Politikwissenschaft bekannte Strukturierung übernommen wird: nach dem Legitimationssubjekt, von dem die Legitimation ausgeht, dem Legitimationsobjekt als Endpunkt der Legitimation, den Legitimationsmitteln als Methoden zur Verknüpfung zwischen beiden und dem Legitimationsniveau, das über das ausreichende Vorliegen der „Vermittlungsleistung" der zur Verfügung stehenden Legitimationsmittel entscheidet. Gleichwohl darf diese dogmatische Strukturie-

---

143 *Jestaedt,* Democratic Legitimization of the Administrative Power, in: *Pünder/Waldhoff* (Hrsg.), Debates in German Public Law (2014), S. 190.

144 Gleichwohl ergeben sich auch innerhalb der typisierten Meinungsgruppen in einzelnen, aber entscheidenden Faktoren derartige Differenzen, dass dieses gemeinsame Grundverständnis wohl eher nicht vorliegt. Vgl. zu den bedeutenden Unterschieden bei den „Monisten" die Verständnisse vom Legitimationsniveau bei *Böckenförde*, *Schmidt-Aßmann* und *Jestaedt*, siehe unten III.C.6, III.C.11 und III.C.12.

145 Siehe zur Frage der Rechtsnormqualität die Unterscheidung zwischen Rechtsregeln und Rechtsprinzipien unten bei III.B.1.

146 Diese dogmatische Strukturierung wird in den meisten Fällen nämlich gerade nicht angegriffen, sondern als Grundlage genutzt, hinsichtlich der so strukturierten dogmatischen Einzelfaktoren Kritik an der jeweils anderen Auffassung zu üben, vgl. hierzu *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 15 und passim. Gänzlich auf diese Struktur zu verzichten scheint hingegen *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305 (317 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rung nicht überbewertet werden, weil mit ihr keinerlei inhaltliche Festlegung hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen verbunden ist[147] und aus sachlichen Gründen eine derartige Aufteilung schlicht naheliegt: Ein Gebot demokratischer Legitimation fragt nach der Rechtfertigung der Ausübung von Staatsgewalt. Somit soll der Grundidee nach ein Verantwortungszusammenhang zwischen dem Volk als Gruppe der Herrschaftsunterworfenen und der Ausübung von Staatsgewalt hergestellt werden. Dann bietet es sich an, die jeweiligen Endpunkte festzulegen („wer legitimiert?", „was wird legitimiert?") und die Verknüpfung zu untersuchen („wie wird legitimiert?"). Ob und inwieweit diese Verknüpfung auch erfolgt, stellt sich im Anschluss als notwendige Frage, wenn die Voraussetzungen eines Rechtssatzes geprüft werden („reicht diese Verknüpfung aus?"). Nachdem die unterschiedlichen Maßstabselemente erst durch ihr Zusammenwirken für das Legitimationsniveau rechtlich gewürdigt werden können, soll eine Untersuchung der speziell hierfür verschiedenen Auffassungen zur Bestimmung dieses Niveaus erst im Anschluss erfolgen.

1. Monistische Legitimationsverständnisse

Das monistische Legitimationsverständnis[148] wird regelmäßig auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht[149] und auf verschiedene Entwürfe in der Literatur zurückgeführt, von denen

147 Allerdings bedeutet die Einigkeit über die Strukturierung nach Legitimationssubjekt, Legitimationsobjekt, Legitimationsmittel und Legitimationsniveau auch die (insoweit geteilte) Anerkennung, dass Art. 20 Abs. 2 GG sich nicht als rechtlich unverbindlicher Programmsatz darstellt, der neben der (erfolgten) Ausgestaltung der übrigen Grundgesetzbestimmungen keine Rechtsfolgen hätte. Dazu, dass auch dieser Ansatz denklogisch nicht ausgeschlossen ist, siehe II.B.2.b)(1).

148 Zunächst schien der Begriff des „monistischen" Legitimationsmodells eher ablehnend konnotiert zu sein, vgl. dazu *Jestaedt,* Selbstverwaltung als Verbundbegriff, Die Verwaltung 35 (2002), 293 (313), Fn. 98; inzwischen scheint der Begriff weitgehend als wertfrei und rein deskriptiv verwendet zu werden, vgl. mit der Charakterisierung als holistisch-monistisches Modell: *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 56.

149 *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (kommunales Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein) und *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (Ausländerwahlrecht Hansestadt Hamburg).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

insbesondere die Arbeiten von *Böckenförde*[150], *Emde*[151], *Schmidt-Aßmann*[152] und *Jestaedt*[153] als besonders richtungweisend angesehen werden.[154]

a) Legitimationssubjekt: Volk als Rechtsbegriff im GG

Auch wenn sich verschiedene Ansätze aus Rechtsprechung und Literatur, die als „monistisch" bezeichnet werden, in wesentlichen Punkten unterscheiden – insbesondere lassen sich bei den Vertretern grundlegend unterschiedliche Verständnisse hinsichtlich des Legitimationsniveaus ausmachen – ist ihnen gemein, dass das „Volk" das Subjekt der Legitimation darstellt und dass der Begriff des Grundgesetzes (alle Staatsgewalt geht *vom Volke* aus) technisch auszulegen und zu verstehen ist.

(1) Staatsangehörigkeit als Abgrenzungsmerkmal

Der in Art. 20 Abs. 2 GG genannte Begriff des „Volkes" wird in der Präambel, in Art. 1 Abs. 2 und 146 GG mit dem Bezug auf das „Deutsche Volk" aufgegriffen. Hieraus wird auf eine notwendige Verknüpfung beider Elemente, dem Begriff des Volkes und dem Begriff der Deutschen, geschlossen.[155] Letzterer ist in Art. 116 Abs. 1 GG legaldefiniert, so dass das Volk des Art. 20 Abs. 2 GG als verfasste Gesamtheit aller Staatsangehörigen verstanden wird. Damit ist die Verknüpfung von Staatsvolk und grundgesetzlicher Demokratie hergestellt: Die Demokratie des Grundgesetzes könne nicht mit einem beliebigen Staatsvolk verknüpft werden, sondern

150 *Böckenförde,* Verfassungsfragen der Richterwahl (1974); *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl. (1987), § 22.

151 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991).

152 *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329.

153 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993).

154 Vgl. stellvertretend *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 56.

155 *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (51); *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (351); *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beziehe sich zwingend auf das deutsche Staatsvolk.[156] Hierdurch wird klargestellt, dass eine Legitimation nicht eine Rechtfertigung der Ausübung von Staatsgewalt gleichermaßen und gegenüber jedermann erfordere, der überhaupt der Staatsgewalt unterworfen ist,[157] was zugleich eine „Betroffenenpartizipation" als Folge von Art. 20 Abs. 2 GG ausschließe.[158]

Dies verschließe nicht endgültig und dauerhaft die Möglichkeit, auch Ausländer in die Legitimationsbasis mit einzubeziehen, müsse aber – zur Wahrung der Anforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG – entweder über einen besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungstitel erfolgen[159] oder darüber, diesen die Staatsangehörigkeit zu verleihen und sie somit zu legitimationsstiftenden Staatsbürgern als Teil des Staatsvolks zu machen.[160] Im Grundsatz bleibt es damit bei der Verknüpfung der Legitimationsbasis mit der Staatsangehörigkeit. Ein Bedeutungswandel des Volksbegriffes mit der Folge, dass dieser Konnex nicht mehr fortgelten würde, könne auch nicht erkannt werden.[161]

---

156 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (51); *Robbers*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 198. Ergänzungslieferung (aktualisiert 137. EL, Dezember 2008), Art. 20 GG, Rdnr. 594.

157 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 42; das BVerfG spricht hier vom Junktim zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit als Deutscher zu dem Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt, *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (52).

158 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 27.

159 Für die Ebene der Kommunalvertretung existiert eine solche Ausnahme – verfassungsrechtlich vorgegeben – in Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG. Diese wurde durch Art. 8b Abs. 1 S. 1 EGV (Vertrag von Maastricht) gemeinschafts-/ unionsrechtlich vorgegeben (entspricht dem heutigen Art. 22 Abs. 1 AEUV).

160 Die Modifikation der Regelungen über die Staatsangehörigkeit stellt insoweit die einzige Möglichkeit der Reaktion dar, sie ist nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 2 GG dem Bundesgesetzgeber überlassen, gleichzeitig jedoch auch nicht unbegrenzt möglich, sondern nur bei einer rechtmäßigen und dauerhaften Niederlassung, die zu einer vergleichbaren Unterwerfung unter die Staatsgewalt führen, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (51); explizit zu den Grenzen der Erweiterung durch Staatsangehörigkeitsverleihung *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (351).

161 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (52), vgl. auch *Robbers*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 198. Ergänzungslieferung (aktualisiert 137. EL, Dezember 2008), Art. 20 GG, Rdnr. 598 ff.; außen vor gelassen bleibt hier die Fragestellung, ob die Annahme eines Verfassungswan-

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Da die Legitimation der Ausübung von Staatsgewalt gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG durch Wahlen und Abstimmungen vermittelt werde, ergäben sich hier jedoch durch das Wahlrecht Unterschiede zum gesamten Volksbegriff. Hier sei das Aktivvolk nicht mit dem gesamten Volksbegriff identisch. Dies bleibt jedoch in Hinblick auf die Legitimation unproblematisch, weil die – überhaupt nur in engstem Rahmen zulässigen[162] – Unterschiede zwischen beiden durch die Zurechnung des Aktivvolks als Staatsorgan zum verfassungskonstituierten Volk als Souverän behoben würden.[163]

(2) Rückführung auf die Gesamtheit des Volkes

Mit dem Bezug der Staatsgewalt auf das Volk wird nicht die Rückführbarkeit der Entscheidungen auf den einzelnen Betroffenen, sondern auf die zur Einheit verbundene Gruppe von Menschen gemeint.[164] Aus dem Bezug der Legitimation auf das Staatsvolk ergeben sich somit Begrenzungen in beide Richtungen: Zum einen muss der Begriff des Volkes eng verstanden werden und kann nicht beliebig weit mit dem Ziel der Einbeziehung weiterer Personen ausgelegt werden. Im Gegensatz zu den grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen, die gleichermaßen nicht nur Deutschen, sondern auch Nicht-Deutschen zu Gute kommen, führt danach jede Einbeziehung weiterer Personen zu einer quantitativen und auch qualitativen Verringerung der Teilhabe an der Ausübung der Staatsgewalt.[165]

---

dels überhaupt möglich und zulässig wäre, vgl. dazu *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 222.

162 *Klein*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, 86. Ergänzungslieferung (2019), Art. 38, Rdnr. 91.

163 Dazu ausführlich *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 205 ff.; insoweit von einer (zulässigen) Konkretisierung des Volksbegriffs im demokratischen Sinn spricht *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 27.

164 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (51); *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 27; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (348); *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), S. 88.

165 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (351).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zum anderen darf dieser Annahme zufolge mit dem Volk nicht als weniger als das gesamte Staatsvolk angesehen werden. Es handele sich hier nämlich nicht um einen offenen Begriff, der dynamisch verstanden werden und situativ ausgefüllt werden könnte.[166] Das Volk müsse stets in seiner Gesamtheit der Ausgangspunkt aller Ausübung von Staatsgewalt sein. Diese Voraussetzung des Bezugs auf die Gesamtheit stelle damit immer den Bezug auf die unbestimmte Allgemeinheit dar, die sich durch das Ziel des Gemeinwohls und die Allzuständigkeit charakterisiere.[167] Die Allgemeinheit bestimme sich eben gerade nicht aus gruppenspezifischen Kriterien oder Sonderinteressen, sondern solle durch die demokratische Distanz zu diesen Interessen eine unbestimmte Gesamtheit sein.[168]

Dies wird relevant, wenn Entscheidungen nicht auf das gesamte Volk zurückgeführt werden sollen, sondern lediglich auf einen Teil des Volkes, der sich hier aus verschiedensten Kriterien zusammensetzen könnte. Besonders deutlich wird dies bei der Unterscheidung nach der Betroffenheit. Mag die Gleichsetzung von Betroffenen und Entscheidenden dem allgemeinen Sprachgebrauch nach zwar grundlegenden demokratischen Ideen entsprechen,[169] so kann demzufolge die spezifisch positivierte (grundgesetzliche) demokratische Legitimation hier nicht durch diese Betroffenen, sondern nur durch das Gesamtvolk vermittelt werden.[170] Wenn Einzelne oder selbst große Gruppen sich zusammenschließen, blieben sie daher im Sinne der demokratischen Legitimation weiterhin Einzelne, die sich vom Gesamtvolk nicht nur quantitativ, sondern kategorial unterscheiden. Sie

---

166 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 27.

167 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (349), vgl. zu dieser Verknüpfung auch *Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl. (2006), § 71, Rdnr. 20 ff.

168 *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 216 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), S. 88.

169 Dazu im Überblick *Schmidt*, Demokratietheorien, 5. Aufl. (2010), S. 20; *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 19.

170 Besonders deutlich mit Bezug auf häufig vorgefundene Demokratieverständnisse und die insoweit klare Regelung im Grundgesetz: *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 27; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (349).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

könnten somit keine Legitimationsgrundlage in ihrer konkreten Zusammensetzung – von sich und nicht vom Gesamtvolk ausgehend – darstellen.[171]

Dennoch gingen die Normen des Grundgesetzes nicht von einem gänzlich unteilbaren Volksbegriff aus, vielmehr sei eine gewisse Unterteilung grundsätzlich sogar vorgesehen – jedoch nur in territorialer Hinsicht. Der Bundesstaat, der in Art. 20 Abs. 1 GG genannt ist, setze bereits voraus, dass nicht alle Staatsgewalt vom Bundesstaat ausgehen könne, sondern dass auch die Länder eigenständige Befugnisse haben müssten. Durch die Homogenitätsvorgabe des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG werde klargestellt, dass auch die Länder strukturgleich organisiert und aufbaut sein müssten. Auch für die Länder gelte also der durch das Grundgesetz positivierte Grundsatz demokratischer Legitimation, weshalb es auch den Ländern verwehrt sei, für die eigenen Wahlen das Legitimationssubjekt durch Wahlrechtsänderungen zu modifizieren.[172] Dadurch wird ein weiterer Zusammenhang zwischen der Ausübung von Staatsgewalt und dem Volk hergestellt, das dem Land zugerechnet wird.

Bei den Legitimationssubjekten der Länder handle es sich um Volksteile, weil sie zusammen genommen das Gesamtvolk darstellten. Insofern stellten zwar die Volksteile nur um eine Teilmenge und nicht mehr die Gesamtheit dar; diese seien jedoch durch das Grundgesetz vorgegeben, weshalb hier eine notwendigerweise zulässige Modifikation vorliege. Diese stelle jedoch keinen Wesensunterschied dar, weil es sich im Verhältnis von Volksteilen zum Gesamtvolk nur um einen quantitativen Unterschied handle. Die Volksteile stellten ihrerseits wieder unbestimmte Allgemeinheiten dar, weil durch das Grundgesetz die Aufteilung des Gesamtvolkes in Volksteile unter Beibehaltung ihres Status als unbestimmte Allgemeinheiten vorgesehen sei. Deshalb stellten die Landesvölker nur in territorialer Hinsicht veränderte Allgemeinheiten dar, die dem der Bundesebene struktur- und wesensgleich seien.[173]

---

171 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 27; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (349).

172 Vgl. zuletzt *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 46) = NordÖR 2014, 262-271 mit Verweis auf *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, E. v. 08.07.1991, StGHE BR 5, 36 = NVwZ-RR 1992, 149-152; *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (55); *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (71).

173 *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 211.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Selbstverwaltung als systematischer Sonderfall

Anders als bei der Verwaltung unmittelbar durch den Bund oder die Länder ist in diesem Modell die Rückführbarkeit der Legitimation im Rahmen der Selbstverwaltung konstruiert. Diese stellt im juristischen Sinne eine eigenverantwortliche Verwaltungstätigkeit durch juristische Personen des öffentlichen Rechts dar.[174] Es handelt sich insoweit um eine „institutionell verselbständigte und materiell eigenverantwortliche Wahrnehmung von Staatsgewalt durch die davon virtualiter besonders Betroffenen"[175]. Je nach Rechtsträger kann man zwischen den Formen der kommunalen Selbstverwaltung (bei Gebietskörperschaften) und der funktionalen Selbstverwaltung unterscheiden, was hinsichtlich des grundgesetzlichen Legitimationserfordernisses zu deutlichen Unterschieden führt.[176]

(a) Kommunale Selbstverwaltung als grundgesetzlich vorgegebene Parzellierung

Der insoweit aus legitimationsdogmatischer Sicht „einfachste" Fall der Selbstverwaltung findet sich in der kommunalen Gliederung nach Gebietskörperschaften auf Bezirks-, Kreis- und Gemeindeebene. Anders als bei den – allzuständigen – Ländern mit eigener Gesetzgebungskompetenz haben die Kommunen keine Legislativ-, sondern nur Exekutivbefugnisse. Somit ist auch die Volks(teil)vertretung kein Legislativorgan, es handelt sich um eine Exekutivvertretung. Im System der demokratischen Legitimation der Verwaltung tritt erstmals eine Bruchstelle in der personell-organisatorischen Komponente hinzu, weil keine Rückbindung an das Parlament erfolgt. Die gewählten kommunalen Vertreter sind gerade nicht durch Einbindung in die Hierarchie legitimiert, sondern durch unmittelbaren Wahlakt, insofern ist die Legitimationskette unterbrochen. Dies hat zur Folge, dass bei Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises sich die de-

---

174 *Hendler*, Das Prinzip Selbstverwaltung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 3. Aufl. (2009), § 143, Rdnr. 13.

175 *Jestaedt*, Selbstverwaltung als Verbundbegriff, Die Verwaltung 35 (2002), 293 (303).

176 Mit Verweis darauf, dass das Grundgesetz eine pauschale Charakterisierung von „Selbstverwaltung" nicht kennt und nur Einzelformen der Selbstverwaltung zum Gegenstand hat: *Jestaedt*, Demokratische Legitimation - quo vadis?, JuS 2004, 649 (652).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mokratische Legitimation in personell-organisatorischer Hinsicht nicht auf das (Teil-)Volk zurückführen lässt.[177]

Dieser Fall wird jedoch direkt durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG aufgegriffen, der mit Verfassungsrang diese Abweichung vom Regelmodell vorschreibt. Während sich die demokratische Legitimation auf Länderebene durch die Strukturgleichheit gleichermaßen wie auf Bundesebene ableitet (bzw. wegen Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG ableiten muss), tritt neben die hierarchische Legitimationskette noch ein weiterer Legitimationsstrang. Die Wahlen zur Volksvertretung auf Kreis- und Gemeindeebene (Art. 28 Abs. 1 S. 2 und 3 GG) schaffen für die Selbstverwaltung somit eine zusätzliche anerkannte Legitimationsquelle, hier treffen sachlich-inhaltliche Legitimation durch die (bundes- und landes-)gesetzlichen Vorgaben und besondere personelle Legitimation der Kommunalverwaltung zusammen. Daraus erschließt sich, dass das Legitimationssubjekt in dieser Hinsicht daneben das jeweilige „Gebietsvolk" ist. Dies stellt jedoch insofern gar keinen Sonderfall dar, als es sich hier genau wie bei den Ländern um eine (bloß) regionale Aufteilung des Gesamtvolks (bzw. des Teilvolkes auf Länderebene) in kleinzellige Teilvölker handelt. Diese Aufteilung verändert auch auf kommunaler Ebene nicht das Wesen der grundgesetzlichen demokratischen Legitimation, weil bei regionaler Auffächerung des Staatsvolkes eine feste Zuordnung zu jeweils nur einem Legitimationssubjekt auf jeder Ebene sichergestellt ist und insoweit „regionale Allgemeinheiten" definiert werden. Dies ist jedoch insoweit legitimationstheoretisch unschädlich, als die Gemeinden und Kreise auch als nicht präexistente Gebilde vom Grundgesetz anerkannt sind und sie sich durch Gebietszugehörigkeit bestimmen. Insbesondere die „virtuelle Allzuständigkeit"[178] der Gemeinden zeigt die Einhaltung der Homogenitätsvoraussetzungen des Grundgesetzes. Somit stellt die kommunale Selbstverwaltung als solche keine qualitative Unterscheidung vom Allgemeinheitserfordernis dar.

Als einzige Abweichung hiervon ist die Ergänzung des legitimationsstiftenden Volksteils auf Gemeindeebene um Unionsbürger nach Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG zu nennen, die aber insoweit wiederum eine eigene Aus-

177 Weniger bedeutsam ist an dieser Stelle der Unterschied im Fall der Wahrnehmung von Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises: Hier sind die fachlichen Weisungsbefugnisse von staatlicher Seite vorhanden, weshalb die sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente sehr viel bedeutsamer ist und der „Bruch" in personell-organisatorischer Hinsicht ohnehin viel weniger bedeutend ist, vgl. *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 258.

178 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nahme mit Verfassungsrang darstellt.[179] Die Einbeziehung weiterer wahlberechtigter Unionsbürger auf kommunaler Ebene stellt auch in der tatsächlichen (quantitativen) Auswirkung nur eine geringfügige Änderung des Grundsatzes dar. Deshalb wird man durch Aufnahme dieser Ausnahme im Einzelfall auch nicht von einem Systembruch ausgehen können, der das gesamte Modell in Frage stellen würde.

(b) Funktionale Selbstverwaltung

Die funktionale Selbstverwaltung stellt nur einen zusammenfassender Gruppenbegriff ohne weitere Differenzierung dar.[180] Von funktionaler Selbstverwaltung wird gesprochen, wenn einem verselbstständigten Rechtsträger, der keine Gebietskörperschaft darstellt, staatliche bzw. hoheitliche Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf eigene Angelegenheiten zugewiesen werden.[181] Hinter dieser Organisationsform steht die Idee, dass in vielen abgegrenzten Themen- bzw. Aufgabenbereichen regelmäßig nur eine begrenzte Zahl Betroffener vorhanden ist und diese ihre Angelegenheiten besser selbst erledigen kann, als es die Allgemeinheit mit ihrem nur bedingten Interesse an der jeweiligen Sachfrage könnte, sofern es sich nur oder überwiegend um Angelegenheiten der Betroffenen handelt. Zu den Trägern funktionaler Selbstverwaltung gehören beispielsweise Hochschulen und Rundfunkanstalten, aber auch berufsständische Einrichtungen wie die Kammern. Diese sind teilweise nach einzelnen Be-

---

179 Hier ist durch die Vorgabe des Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG auf Kreis- und Gemeindeebene eine Ausnahme von der Grundregel des Art. 20 Abs. 2 GG enthalten. Diese Modifikation ist wegen Art. 22 Abs. 1 S. 1 AEUV für Unionsbürger notwendig. Somit stellt Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG eine Rechtsänderung dar; ohne diese Ausnahme stellte nämlich das Ausländerwahlrecht auf Kommunalebene einen Verstoß gegen den Grundsatz der demokratischen Legitimation aus Art. 20 Abs. 2 GG dar, vgl. *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37; *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60.

180 Zu den Problemen der Gruppierung unter einem einheitlichen Begriff „Selbstverwaltung", der Verschiedenartigkeit der Erscheinungsformen im positiven Recht und den Problemen der praktischen Auswirkung dieses gemeinsamen Topos *Jestaedt,* Selbstverwaltung als Verbundbegriff, Die Verwaltung 35 (2002), 293 (305); vgl. auch *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 5.

181 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rufen unterteilt wie die Ärzte- und Rechtsanwaltskammern, im Falle der Industrie- und Handwerkskammern oder der Landwirtschaftskammern auch übergreifend organisiert. Hinzu kommen noch verschiedene Formen der Realkörperschaften, zu denen die Wasser- und Bodenverbände zählen. Auch die Sozialversicherungsträger werden zu dieser Gruppe gerechnet.[182]

Im monistischen Legitimationsmodell stellen derartige Erscheinungsformen funktionaler Selbstverwaltung insoweit einen Problem- bzw. Sonderfall dar, weil die Eigenorganisation des Selbstverwaltungsträgers regelmäßig dazu führt, dass der Ausgangspunkt der Legitimation nicht das Volk als Subjekt demokratischer Legitimation des Grundgesetzes ist, sondern das jeweilige „Verbandsvolk".[183] Im Unterschied zum „staatsorganisationsrechtlichen Normalfall", der Ministerialverwaltung, lassen sich Entscheidungen hoheitlicher Art nicht vergleichbar auf das Staatsvolk als Legitimationsspender zurückführen. Zwar sind auch die Träger der funktionalen Selbstverwaltung an die Gesetze und sonstigen Vorschriften gebunden; jedoch ist die Legitimationskette in personell-organisatorischer Hinsicht unterbrochen, weil die handelnden Organe ihre Legitimation nicht aus hierarchischen Berufungs- und Ernennungsgrundsätzen ableiten, sondern direkt von den Mitgliedern der Selbstverwaltungskörperschaft gewählt werden. Insoweit ist das Subjekt der Legitimation nicht das (Gesamt-)Volk, sondern ein nicht definiertes „Funktionsvolk", von dem keine Legitimation unmittelbar i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG ausgeht. Im Unterschied zur kommunalen Selbstverwaltung, bei der auch das Legitimationssubjekt nicht mit dem gesamten Staatsvolk identisch ist, ist hier ein qualitativer Unterschied zwischen Verbandsvolk und Staatsvolk erkennbar. Während Gesamtvolk und Teilvolk wesensgleich sind, also beide eine grundgesetzlich vorgegebene unbestimmte Allgemeinheit darstellen, fehlt es hier gerade am Merkmal der Unbestimmtheit und auch der notwendig singulären Zuordnung zu einer einzigen Funktionseinheit.

Zwar kann grundsätzlich ein Defizit an personell-organisatorischer Legitimation durch eine stärkere sachlich-inhaltliche ausgeglichen werden; wenn also der Anteil der Fremdprogrammierung der Entscheidungen deutlich größer wäre als im Regelfall des Grundgesetzes und der perso-

182 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 33.

183 Das Verbandsvolk stellt keinen Rechtsbegriff dar, vielmehr muss im Einzelfall – abhängig vom spezifischen Rechtsträger – überprüft werden, auf welche Beteiligten die Entscheidungen zurückgeführt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nelle Legitimationsanteil allenfalls als gering anzusehen ist, könnte ohne Modifikationen des Modells von einer vorhandenen grundgesetzlichen demokratischen Legitimation gesprochen werden. Gerade dies ist bei der funktionalen Selbstverwaltung aber nicht der Fall, soll doch den Betroffenen hier gerade die Möglichkeit gegeben werden, nicht nur selbst zu entscheiden, sondern auch für sie Relevantes zu entscheiden, was einem deutlich reduzierten Entscheidungsspielraum gerade widerspricht. Hinzu kommt, dass die verschiedenen Legitimationsmethoden grundsätzlich als niemals vollständig substituierbar angesehen werden.[184] Fehlt es einem der Legitimationsstränge völlig an der Rückbindung, weil das Subjekt nicht das im Art. 20 Abs. 2 GG einzig genannte Volk ist, entfällt ohnehin die kompensatorische Rechtfertigung einer geringeren Rückbindung durch stärkere sonstige Bindungen. Für die Bereiche der funktionalen Selbstverwaltung fehlt es damit an einer an Art. 20 Abs. 2 GG gemessenen generellen Vereinbarkeit, somit muss im Einzelnen überprüft werden, ob, woraus und inwieweit sich eine rechtliche Zulässigkeit durch eine Abweichungs- oder Rechtfertigungsmöglichkeit ergibt.

(i) Selbstverwaltung von Grundrechtsträgern

Den insoweit einfachsten Fall stellen die Träger funktionaler Selbstverwaltung dar, denen durch das Grundgesetz ihre Unabhängigkeit garantiert ist. Erfolgt diese Gewährleistung durch ein Grundrecht, ergibt sich ohne weiteres auch ein subjektives Recht auf Unabhängigkeit. Diese Gewährleistung setzt begriffsnotwendig voraus, dass gewisse Entscheidungen nicht auf das Staatsvolk zurückführbar sein können. In der verfassungsrangigen Garantie liegt damit auch die notwendige verfassungsrechtliche Grundlage für eine Abweichung. Derartige Gewährleistungen finden sich für die rundfunkrechtliche (Art. 5 Abs. 1 GG) und die akademische Selbstverwaltung (Art. 5 Abs. 3 GG).[185]

---

184 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 23; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (367 f.).

185 Zwar ist in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 und 5 WRV auch die Selbstverwaltung der Kirchen angesprochen, bei diesen fehlt es jedoch an der Eingliederung an den Staat, weshalb es sich hier nicht um staatliche Selbstverwaltung handelt; *Hendler*, Das Prinzip Selbstverwaltung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.),

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(ii) Sonstige verfassungsrechtlich vorgegebene Ausnahmen

Für einzelne Träger funktionaler Selbstverwaltung lassen sich Vorgaben im Grundgesetz finden, die als Abmilderung des Legitimationsniveaus und die dann trotz defizitärer personeller Legitimation als demokratisch legitimiert im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG angesehen werden können oder auch müssen. So ergibt sich aus Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG die Notwendigkeit der Unabhängigkeit und somit der unterbrochene Legitimationszusammenhang beim Bundesrechnungshof. Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG sieht eine vergleichbare Legitimationsniveauänderung für die bundesunmittelbaren Selbstverwaltungskörperschaften, Art. 88 GG für die Bundesbank vor.[186] In diesen Fällen ist jeweils explizit für den jeweiligen Selbstverwaltungsträger die Unabhängigkeit von fachlichen Weisungsrechten durch das Grundgesetz selber vorgesehen, gleichzeitig aber auch deren rechtliche Zulässigkeit festgelegt.

(iii) Fehlen verfassungsrangiger Ausnahmen

Die dritte Gruppe stellt hiernach diejenige der Selbstverwaltungsträger dar, die nicht explizit im Grundgesetz genannt sind, aber in Bezug auf Legitimationsaspekte diesen vergleichbar organisiert sind. Das Grundgesetz sieht zwar in den Art. 86, 87 Abs. 3 und 130 GG Abweichungen vom Regelmodell der Unterstellung unter ein Ministerium vor und setzt damit die Zulässigkeit der rechtlichen Verselbständigung dieser Einrichtungen voraus. Hierauf aufbauend wurde überlegt, inwieweit derartige Rechtsgedanken verallgemeinert werden können.[187] Insbesondere am Heranziehen von Spezialvorschriften als Rechtfertigung für ein modifiziertes Legitimationsniveau wird jedoch Kritik geübt, weil der Wortlaut der her-

---

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 3. Aufl. (2009), § 143, Rdnr. 51.

186 Die von *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 489 genannten weiteren Ausnahmen hinsichtlich der Deutschen Bundesbahn und der Deutschen Bundespost (Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG) sind hingegen durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20.12.1993, BGBl. I S. 2089 und das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 30.08.1994, BGBl. I S. 2245 obsolet geworden.

187 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 83.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

angezogenen Vorschriften oftmals eine derartige Konsequenz nur erahnen lässt.[188] Die klare Beschränkung auf einzelne Einrichtungen und die nur punktuelle Regelung sprechen aber dagegen, hier eine pauschale Rechtfertigung für eine Abweichung auch in nicht verfassungsrechtlich angesprochenen Fällen zu sehen.[189] Im Grundgesetz findet sich keine generelle Anerkennung einer gelockerten Legitimation bei der funktionalen Selbstverwaltung, vielmehr muss für jeden Einzelfall nach einer individuellen Ausnahmevorschrift gefragt werden.[190] Nach dieser Auffassung ist eine solche (umfassende) verfassungsrangige Ausnahme nicht vorhanden, was einzelne Erscheinungsformen funktionaler Selbstverwaltung in den Konflikt mit den Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 2 GG bringt.[191] Für die monistischen Legitimationsmodelle stellen somit die nicht im Grundgesetz vorgefundenen Formen der funktionalen Selbstverwaltung ein erhebliches Problem dar, soweit eine Legitimationsbedürftigkeit besteht. Falls allerdings nur eigene Angelegenheiten geregelt werden, wird regelmäßig keine Staatsgewalt i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG ausgeübt, weshalb sich hier auch nach monistischem Verständnis keine Legitimationsbedenken ergeben.[192]

(4) Weitere Legitimationsquellen

Aus einer monistischen Sicht sind mit dem Volk und den Teilvölkern die Legitimationssubjekte abschließend beschrieben. Somit sind überpositive Legitimationsquellen, wie sie beispielsweise für den im Grundgesetz verankerten Gottesbezug oder den Bezug auf die allgemeinen Menschenrechte gefordert werden,[193] nicht als Ausgangspunkte der im Grundgesetz positivierten demokratischen Legitimation anzusehen.

---

188 Mit deutlicher Kritik an der Heranziehung von Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG als Ausnahmevorschrift, die ein gelockertes Legitimationsniveau ermöglichen soll: *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 547.

189 *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 476 ff.

190 *Jestaedt*, Demokratische Legitimation - quo vadis?, JuS 2004, 649 (652).

191 Mit der Konsequenz, dass es in diesem Fall einer expliziten verfassungsrechtlichen Ausnahmevorschrift bedürfe: *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation (2009), S. 321 ff.

192 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 33.

193 *Robbers*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 198. Ergänzungslieferung (aktualisiert 137. EL, Dezember 2008), Art. 20 GG, Rdnr. 496 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Staatliches Handeln mit Außenwirkung als Objekt der Legitimation

Das Merkmal der Staatsgewalt, die vom Volke ausgeübt wird, markiert den Gegenstand der grundgesetzlichen demokratischen Legitimation. Hierdurch wird überhaupt erst die Legitimationspflicht ausgelöst und dadurch der Anwendungsbereich demokratischer Legitimation eröffnet.[194] Der Begriff der Staatsgewalt ist nicht positiv definiert, weist jedoch Ähnlichkeiten zu anderen Formulierungen des Grundgesetzes auf, insbesondere zur „staatlichen Gewalt" in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG und der „öffentlichen Gewalt" in Art. 19 Abs. 4 GG. Diese Begriffe haben auf den ersten Blick zwar ein großes gemeinsames Anwendungsfeld, bereits aus den unterschiedlichen Zielsetzungen wird jedoch ersichtlich, dass die – ohnehin nicht identischen – Begriffe für sich untersucht und ausgelegt werden müssen.[195] Die demokratische Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG kommt dann zum Tragen, wenn Staatsgewalt ausgeübt wird. Diese umfasst mehr als das bloße hoheitliche Tätigwerden des Staates, nämlich auch die nicht-hoheitliche sonstige Aufgabenwahrnehmung.[196] Dabei sind zwei Aspekte zu beachten: So ist die *staatliche* Qualität einer Handlung ein wesentlicher Aspekt, der zunächst erfüllt sein muss. Die *Ausübung* der Staatsgewalt stellt dabei die andere notwendige Komponente dar.[197]

---

194 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 238; *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 12; *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (338 ff.) *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 6.

195 *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (338) bezieht sich dabei auf die unterschiedlichen Zielsetzungen des jeweiligen Bezugs auf die Begriffe.

196 *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 12.

197 Dazu ausführlich: *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 225, dort wird nach Staatsgewalt im *materiellen Sinne*, die das „staatliche" Moment der Herrschaftsentfaltung beschreibt (Hervorhebung im Original), und dem Begriff im *formellen Sinne*, der überprüft, ob die Staats*gewalt* ausgeübt wird und dabei auf die Handlungsweise abstellt, unterschieden.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Staatliches Handeln

Der Bereich des staatlichen Handelns umfasst zunächst die vom Staat tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben.[198] Regelmäßig gehört dazu jedes Handeln, dass dem Staat zugerechnet werden kann. Dieses wiederum ist begrenzt durch die Kompetenzordnung, weshalb der Staat grundsätzlich nur das tun darf, was zu seiner Aufgabe gehört; der Staat darf nur in Wahrnehmung seiner Staatsaufgaben tätig werden.[199] Deshalb lässt sich in Hinblick auf die demokratische Legitimation als staatliches Handeln das verstehen, was als Wahrnehmung einer Staatsaufgabe erfolgt.[200] Die Unterscheidung nach der Rechtsform, in der das staatliche Handeln vorgenommen wird, ist jedoch nicht entscheidend für die Auslösung des Legitimationserfordernisses. Wegen des Erfordernisses der umfassenden Legitimation („*Alle* Staatsgewalt") ist es unerheblich, welche Rechtsform der Staat zur Erfüllung seiner Aufgabe nutzt.[201]

Unter systematischen Gesichtspunkten kann man bei den Begriffen „Staatsgewalt" und „staatlicher Gewalt" von einem „Entsprechungszusammenhang"[202] ausgehen, wenn die Staatsgewalt (neben dem Volke selbst) von denjenigen Organen ausgeübt wird (vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), die durch ihrerseits Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden sind. Somit ist der Anknüpfungspunkt der Grundrechtsverpflichtung identisch mit dem der demokratischen Legitimation. Trotz des regelmäßigen Zusammenfallens der Bindungen ergeben sich jedoch – wenn auch nur in Nuancen – Unterschiede zwischen den Reichweiten der Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) und der demokratischen Legitimation (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG): Die Tatbestandsmerkmale zur Aktivierung der grund-

---

198 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, S. 12; ausführlich mit Positivierungsnachweis des Bezugs der Staatsgewalt i.S.d. Art. 20 GG auf die Staatsaufgabenlehre *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 247.

199 *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 248.

200 Vgl. umfassend zum Bezug der demokratischen Legitimation auf die Staatsaufgabenlehre insb. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 226 m.w.N.

201 *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, 86. Ergänzungslieferung (2019), Art. 20, Rdnr. 96; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 12.

202 Dazu ausführlich die systematische Analyse der Normen bei *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 235.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtlichen und demokratischen Anforderungen des Grundgesetzes sind zunächst kongruent,[203] die Rechtsfolgen setzen aber nicht im gleichen Maße ein bzw. sind gleichgerichtet. So stellt die Grundrechtsbindung eine inhaltliche Wertentscheidung dar, die stets von allen Gewalten beachtet werden muss. Diese gilt aber nur für den grundrechtlich geschützten Bereich: Handelt es sich bei einer staatlichen Maßnahme nicht um eine Freiheitsverkürzung, stellt die Grundrechtsbindung abgesehen von Ausnahmefällen keine weitergehende Einschränkung für staatliches Handeln dar.

Hingegen entfaltet die demokratische Legitimation erst dann Wirkungen, wenn in formeller Hinsicht eine *Entscheidung* getroffen wird. Hier ist das Merkmal der „Gewalt" entscheidend. Nicht ausreichend ist insofern eine vorgelagerte beratende oder technische „Vorleistung", sondern erst der rechtliche Schritt mit Außenwirkung. Wenn es sich jedoch um staatliches Handeln mit Entscheidungsqualität handelt, ist die Bindung durch den Grundsatz demokratischer Legitimation weitergehend: Verfassungsmäßige Voraussetzungen hierdurch kommen nicht erst im Falle einer Freiheitsverkürzung zum Tragen, sondern bereits durch die Entscheidung bedingt. Somit ist die „Garantieleistung" der Grundrechte weniger breit, aber sehr viel tiefer gehend. Umgekehrt erfasst die demokratische Legitimation in der Breite fast alles, erschöpft sich aber in (formellen) Vorgaben zur demokratischen Rückbindung.[204] In den meisten Fällen liegt zwar die Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte und an den Grundsatz der demokratischen Legitimation gleichermaßen vor. In den Randbereichen ergeben sich jedoch Unterschiede, weshalb man bei beiden von zwei sich (nur) weitgehend überlappenden Kreisen sprechen kann. Für die nach grundgesetzlichen Maßstäben determinierte Rechtmäßigkeit der Handlung eines Organs ist daher stets die jeweilige Relevanz der grundrechtlichen und demokratischen Anforderungen autonom zu bestimmen. Der Wortlaut der Vorschrift widerspricht dabei zugleich sehr deutlich jedem Bagatell- oder *de-minimis*-Vorbehalt, weil sich schon aus dem Wortlaut klar ergibt, dass die Staatsgewalt in ihrer Gesamtheit auf das Volk zurückgeführt werden muss.[205]

---

203 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 238.

204 *Kluth,* Die demokratische Legitimation der Europäischen Union (1995), S. 30.

205 Wenn auch verschiedentlich vertreten wird, untergeordnete und völlig unwichtige Aspekte staatlichen Handelns dürften nicht zur Legitimationspflicht führen, widerspricht das nicht der Praxistauglichkeit. Die bloße Auslösung des grundsätzlichen Legitimationserfordernisses sagt an dieser Stelle noch nichts

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Ausübung von Staatsgewalt

Art. 20 Abs. 2 GG bezieht die Legitimation auf die *Ausübung* von Staatsgewalt. Um Staats*gewalt* und ihre *Ausübung* handelt es sich noch nicht, wenn es sich um den „Innenbereich" des Staates handelt. Erst wenn eine Wirkung nach außen hinzutritt, kann man auch von Staats*gewalt* sprechen.[206] Zugleich bedarf es eines Außenbezuges, der über eine bloße – beispielsweise behördeninterne – Innenwirkung hinausgeht.[207] Somit kann zunächst nur das staatliche Handeln erfasst sein, das auch Entscheidungscharakter aufweist.[208] Dies stellt zugleich eine noch weitergehende Voraussetzung als alle (bloß) außenwirksamen Handlungen dar, weil durch behörden- oder staatsinterne Strukturen die tatsächliche Entscheidung und ihre Bekannt- oder Weitergabe auseinanderfallen können. Legitimationspflichtig sind daher regelmäßig beide Vorgänge, die Entscheidung selbst und das Nach-Außen-Treten. Nur für den Fall, dass eine Handlung keinerlei Entscheidungscharakter hat, könnte demnach überhaupt die Legitimationspflicht entfallen.[209] Auch Entscheidungen bzw. Handlungen mit Außenbezug, die durch Private vorgenommen werden, können unter Umständen dem Tatbestandsmerkmal des staatlichen Handelns mit Entscheidungscharakter zugerechnet werden. Ansatzpunkte dafür können sich aus der Privatisierungsentscheidung selbst ergeben, bei der es sich ohnehin unmittelbar um eine staatliche Entscheidung handelt, oder aus der von Privaten vorge-

---

über das erforderliche Maß demokratischer Legitimation aus; vgl. *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 175 ff.

206 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 255 f.

207 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 257.

208 *BVerfG,* B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (272); *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (73); *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (68); *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 12; *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (342).

209 Denkbar wäre das allenfalls bei vollständiger Weisungsgebundenheit ohne auch nur die geringste Einflussmöglichkeit des nach außen handelnden Organs, beispielsweise einer bloßen Weitergabe einer fremden Entscheidung. Regelmäßig wird man hier jedoch auch von einer Legitimationspflicht ausgehen, die aber ein geringeres Maß an Legitimation voraussetzt, vgl. *Robbers,* in: *Kahl/Waldhoff/Walter,* Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 198. Ergänzungslieferung (aktualisiert 137. EL, Dezember 2008), Art. 20 GG, Rdnr. 574.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nommenen Handlung, wenn hierbei im Auftrag hoheitliche Maßnahmen getroffen werden.[210]

Im Vergleich zum grundrechtlichen Eingriffsbegriff geht damit die Ausübung von Staatsgewalt i.S.v. Art. 20 Abs. 2 GG weiter. Durch die Anknüpfung an die jeweilige Entscheidung wird mehr erfasst als die bloße juristische Verantwortlichkeit; auch inhaltlich wird mehr als die Zweckmäßigkeit überprüft, weil im Rahmen derer Bestimmung auch noch nach der Legitimation des handelnden Organteils gefragt wird, selbst wenn dieser nicht *de jure* verantwortlich ist.

c) Legitimationsmittel: Kanalisierte Mittelung der Legitimation

Nach dem monistischen Legitimationsmodell wird demokratische Legitimation durch die Kombination nur der funktionell-institutionellen, personell-organisatorischen und sachlich-inhaltlichen Legitimation als abschließender Auflistung hergestellt.

(1) Funktionell-institutionelle Legitimation als Grundlegitimation

Als unselbständige Form der Vermittlung von Legitimation wird die funktionell-institutionelle Legitimation angesehen, die die Stellung der Exekutive in der Gewaltengliederung und deren Entscheidungskompetenzen vorsieht und damit im Grundsatz anerkennt.[211] Sie berücksichtigt, dass es keinen umfassenden Parlamentsvorbehalt gibt und daher unmittelbar durch die Verfassung die Existenz der gesetzgebenden, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt zunächst gleichermaßen legitimiert ist.[212]

Insoweit ist die Komponente der funktionell-institutionellen Legitimation zwar zwingende Voraussetzung für jede weitere Form der Legitimation. Als anerkannte grundlegende Selbstverständlichkeit entfaltet sie jedoch keine eigene Wirkung im Sinne einer eigenständigen Legitimati-

---

210 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (682).

211 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (363).

212 *BVerfG*, B. v. 08.08.1978, BVerfGE 49, 89 (125); dem steht nicht entgegen, dass die gesetzgebende Gewalt unmittelbar durch Wahlen legitimiert ist und die anderen Gewalten dies nur mittelbar sind. Der Grad der Unmittelbarkeit ist kein Indikator für das Legitimationsniveau, das gerade aus funktionell-institutionellen Gründen diese Ableitungen berücksichtigt.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

onsleistung. Vielmehr muss die funktionell-institutionelle Form der Legitimation stets als Bestandteil der personell-organisatorischen und sachlich-inhaltlichen Legitimationsvermittlung angesehen werden und taugt daher nicht als eigenständige oder gar gleichwertige Legitimationsform.[213]

(2) Personell-organisatorische Legitimation

Grundlage des Legitimationserfordernisses der personell-organisatorischen Legitimation ist das Auseinanderfallen von handelnden Staatsorganen in der Exekutive und dem Parlament, das unmittelbar vom Volk demokratisch legitimiert ist. Mangels direkten Rückbezugs der Staatsgewalt ausübenden Stelle auf das Volk muss eine Vermittlungsleistung erbracht werden; die Legitimation der Volksvertretung, die durch persönliche Wahl hergestellt wird, muss also weitervermittelt werden. Diese Vermittlungsleistung kann durch Berufung und Ernennung einer Person durch eine legitimierte Stelle geschehen, die dieser einen konkreten Aufgabenbereich zur Ausführung zuweist. Insoweit ist die Volksvertretung also zur Weiterdelegation grundsätzlich befugt.[214] Durch die Wahl des Regierungschefs und Ernennung der Minister wird die Verbindung zwischen Parlament und dem einzelnen Minister hergestellt, der somit persönlich legitimiert ist. Seinerseits kann er die Legitimation an untergeordnete Stellen im Ministerialapparat wieder weiter vermitteln. Dadurch wird in personell-organisatorischer Hinsicht ein Verantwortungszusammenhang hergestellt, der als Legitimationskette bezeichnet wird, die sich aus einer „elektoralen und hierarchischen" Verantwortlichkeit zusammensetzt.[215] Die Vermittlungsleistung der Legitimationskette hängt zusätzlich von der Möglichkeit der Abberufung ab: Wie beim Parlament[216] selbst ist eine dauerhafte,

---

213 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 15.

214 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 16 sieht an dieser Stelle die mittelbare und unmittelbare Berufung auf das Volk als gleichwertig i.S.d. demokratischen Legitimation an, wenn der auch einer unmittelbaren Berufungsmöglichkeit eine höhere Dignität zuspricht.

215 Begriff bei *Petersen*, Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (160).

216 Die zeitliche Beschränkung der maximalen Dauer der Legislaturperiode ergibt sich direkt aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, vgl. *Pieroth*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, JuS 2010, 473 (479).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unbedingte und damit nicht rückholbare Delegation der Entscheidungskompetenz nicht mit dem Erfordernis der demokratischen Legitimation vereinbar. Somit muss entweder eine Ernennung für einen begrenzten Zeitraum erfolgen oder die spätere Möglichkeit der Rückholung bzw. Abberufung[217] gegeben sein.

Das Kettenmodell basiert dabei auf der vollständigen Lückenlosigkeit der Legitimationskette. Nur wenn eine Person auch zur Ausübung von Staatsgewalt legitimiert ist, kann sie auch geeignet sein, Legitimation weiter zu vermitteln. Ein Bruch in der Kette schneidet alle nachgeordneten Organteile von der demokratischen Legitimation ab.[218] Diese Art der Weitervermittlung von Legitimation ist unmittelbar nachvollziehbar, solange das Modell in einer hierarchischen Verwaltung angewandt wird. Sobald es aber Abweichungen vom Ernennungs- und Zuweisungsprinzip gibt, scheint die personell-organisatorische Legitimation problematisch zu sein. Unterbrechungen bzw. Lücken in der Legitimationskette können unter anderem dann entstehen, wenn nicht eine einzelne Person entscheidet, sondern ein Gremium. Dies kann insbesondere bei Kollegialorganen – wie beispielsweise Beiräten – der Fall sein, wenn nicht alle Organmitglieder ihrerseits unmittelbar ernannt und legitimiert sind.[219] Sobald nämlich auch nur ein nicht persönlich durch eine legitimierte Stelle ernanntes Mitglied mitentscheidet, ist das Modell der lückenlosen Legitimationskette – sowohl für das entscheidende Gremium als auch für die durch dieses Gremium legitimierten Stellen – zumindest nicht unmodifiziert anwendbar. Derartige Fragestellungen können sich regelmäßig stellen, wenn externe – somit nichtstaatliche – Stellen Entsendungsrechte wahrnehmen dürfen. An dieser Stelle kann eine Mehrheitsentscheidung die Verantwortlichkeitskette unterbrechen, erst recht, wenn nicht persönlich legitimierte Gremienmitglieder beteiligt sind. Beheben lässt sich diese Problematik durch ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis: So dürfen nicht-legitimierte

217 Wegen der beamtenrechtlichen Grundsätze ist in der staatlichen Hierarchie zwar nur unter erschwerten Voraussetzungen eine Entfernung aus dem Dienst möglich; anders liegt der Fall jedoch bei der Möglichkeit der aus Legitimationsgründen erforderlichen Umsetzbarkeit auf einen anderen Dienstposten.

218 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 16.

219 Dabei bezieht sich dann ihre defizitäre Legitimation nicht auf die formale Berechtigung zur Mitentscheidung, diese leitet sich aus anderen Kriterien, wie bspw. einer einschlägigen Satzung ab. Gemeint ist hier die Legitimation, in demokratischer Hinsicht bei der Ausübung von Staatsgewalt mitwirken zu dürfen.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Personen zwar mitwirken, die Entscheidungskriterien müssen jedoch so ausgestaltet sein, dass die Entscheidung auf die personell legitimierten Personen zurückgeführt werden kann.[220] Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine Mitwirkung so lange zulässig sein kann, wie sie noch nicht zu einer Mitentscheidung wird.[221]

Im Bereich der technischen Normsetzung ergeben sich weitergehende Legitimationsprobleme, wenn nicht-staatliche Einrichtungen und Gremien über Standards entscheiden und auf diese im staatlichen Recht Bezug genommen wird, soweit man durch diese Bezugnahme von einer Ausübung von Staatsgewalt ausgehen muss.[222] Dort wurden die Entscheidungsträger überhaupt nicht ernannt bzw. der Staat hat auf die konkrete Gremienzusammensetzung keinen Einfluss genommen.[223] Eine ähnliche Problematik ergibt sich auch bei anderen parlamentsexternen Fachgremien.[224] Diese derartig verringerte oder fehlende persönliche Legitimation der handelnden Personen wird deshalb abschließend auf Ebene des Legitimationsniveaus gewürdigt.

(3) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Die Anforderung der demokratischen Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG erschöpft sich regelmäßig nicht in der Ernennung einer legitimierten Person, der eine Handlungs- bzw. Entscheidungskompetenz zugewiesen wird.

---

220 Es ergibt sich ein doppeltes Mehrheitserfordernis: die Mehrheit der mitentscheidenden Mitglieder muss personell demokratisch legitimiert sein und die Entscheidung selbst muss mehrheitlich auf die so legitimierten Mitglieder zurückgeführt werden können, *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 19; *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (72).

221 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 20.

222 Denkbar ist dieser Fall bei staatlichen Anforderungen an die Konformität mit bestimmten technischen Standards, wie Zertifizierungen o.Ä.

223 *Schulze-Fielitz*, Einheitsbildung durch Gesetz oder Pluralisierung durch Vollzug, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts (2008), S. 157.

224 Aus der aktuellen Diskussion sind hier beispielsweise Gremien im Bereich der Sozialgesetzgebung, der Bioethik oder der Klimapolitik zu nennen, vgl. *Petersen*, Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (138).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Derartiges gibt es nach dem Grundgesetz nur an einer Stelle: der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Parlaments. Dass der jeweilige Amtswalter keineswegs völlig frei in seiner Amtsausübung ist, bewirken die ihn bindenden normativen Vorgaben, sowie in Rückbindung an die jeweils höherrangige Stelle Einzelweisungen und nachträgliche Kontrollen. Die Kompetenzausübung einer jeden legitimierten Person kann nur im Rahmen dieser gesetzlichen Vorgaben erfolgen.

Die wichtigste und zentralste Steuerungsmöglichkeit geht dabei vom parlamentarischen Gesetz aus. Durch dieses werden die materiellen Vorgaben für die Verwaltung erstellt und somit auch die Legitimation weitervermittelt.[225] Neben oder unter dem parlamentarischen Gesetz finden sich noch weitere sachlich-inhaltliche Vorgaben, in den verschiedensten abstrakt-generellen, aber auch konkret-individuellen Normen. Der Amtswalter ist also an alle normativen Vorgaben umfassend gebunden und kann nur den ihm normativ eröffneten Spielraum selbst nutzen. Weitere inhaltliche Vorgaben können sich auch aus der Weisungsgebundenheit der Amtswalter ergeben. Wenn sie in die Behördenhierarchie eingegliedert sind, müssen sie auch Einzelweisungen beachten und auch entsprechend umsetzen. Die durch das Rechtsstaatsprinzip erforderliche Rechtsaufsicht hat in demokratischer Hinsicht dabei keine besondere Legitimationsfunktion. Hingegen wird die spezifisch demokratische Legitimation in sachlich-inhaltlicher Hinsicht durch die Tätigkeit einer Fachaufsicht gestärkt,[226] die sich durch die Möglichkeit einer inhaltlichen Programmierung einer Entscheidung äußert und so den Zugriff von höherer Hierarchieebene auf bestimmte Entscheidungsaspekte ermöglicht. An dieser Stelle geht es also um eine bereits konkretisierte Vorgabe, die in sachlich-inhaltlicher Sicht die Entscheidung vorzeichnet. Die „Eigenleistung" des Amtswalters liegt dann in der Ausfüllung der Entscheidung im Übrigen. Diese benötigt dann die personelle Legitimation des Amtswalters.

Zu diesen weiteren Legitimationselementen zählen die parlamentarische Kontrolle von Regierung und Verwaltung, die Haushaltszuweisung und die exekutive Normsetzung sowie exekutive Einzelakte. Diese Arten von Steuerungsmitteln bewirken dann über die Gesetzes- und Weisungs-

---

225 *Schulze-Fielitz*, Einheitsbildung durch Gesetz oder Pluralisierung durch Vollzug, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts (2008), S. 138 spricht an dieser Stelle von einer einheitsschaffenden Kraft, die selbst die Legitimation des eigenen Vorrangs unterstützt.

226 *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 10, Rdnr. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bindung die Wahrung dieser Vorgaben.[227] Die inhaltliche Bindung des Amtswalters wird durch nachträgliche Kontrolle verstärkt. Diese Kontrolle kann innerhalb einer Hierarchie durch Berichtspflichten durchgesetzt werden. Das Parlament hat die Möglichkeit der Wahrnehmung seiner Informationsrechte, die Zugriffsmöglichkeit entsteht durch die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung. So kann das Parlament Mittel wie Zitier- und Interpellationsrechte bis hin zu nachträglichen Untersuchungsrechten ausüben und politischen Einfluss – in der Theorie – bis zum Misstrauensvotum gegen den Bundeskanzler ausüben. Dabei ist für das monistische Legitimationsverständnis charakterisierend, dass in der Beschreibung die Einflussmöglichkeiten sehr grob formal strukturiert sind und keinesfalls sämtliche Einflussfaktoren hinterfragt werden. Nach diesem Verständnis können allerdings tatsächliche Einflüsse auf der Ebene der Rechtsanwendung aufgedeckt werden: es ist dann beispielsweise Sache der Gerichte, die über die Vereinbarkeit einer Regelung mit den grundgesetzlichen Vorgaben demokratischer Legitimation entscheiden, zu prüfen, inwieweit sich die tatsächlichen Einflüsse derart verdichten, dass ihnen als Faktor sachlich-inhaltlicher Legitimation rechtliche Bedeutung zukommt.

2. Pluralistische Legitimationsverständnisse

a) Legitimationssubjekt: organisatorische Konsequenz der Menschenwürde

Das monistische Modell musste insbesondere in Hinblick auf die Frage nach dem Verständnis des Legitimationssubjekts Kritik einstecken. In politischer Hinsicht war der Staatsvolkbezug ohnehin nicht unumstritten,[228] insbesondere nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht[229] verstärkte sich auch die in der rechtswis-

227 *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 46.

228 Es wurden verschiedene Anläufe unternommen, insbesondere den vom Bundesverfassungsgericht und vom Staatsgerichtshof Bremen entschiedenen Fällen lagen auch entsprechende Gesetzesänderungen in den Ländern Schleswig-Holstein, Hamburg und Bremen zugrunde.

229 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37; *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

senschaftlichen Diskussion geäußerte Kritik am Modell des Bundesverfassungsgerichts.[230]

Ansatzpunkt der rechtlichen Kritik ist der Begriff des „Volkes", der in der monistischen Ansicht als notwendig verknüpft mit dem deutschen Staatsvolk angesehen wird. Nach der pluralistischen Ansicht ist die Bezugnahme des Art. 20 Abs. 2 GG auf den Volksbegriff als Abkehr von früheren Autoritäten zu verstehen. Aus den grundgesetzlichen Freiheitsrechten zusammen mit diesem Paradigmenwechsel ergebe sich ein Demokratieverständnis des Grundgesetzes, das die individuelle Selbstbestimmung der Menschen zur Grundlage habe. Insoweit wird ein Konnex zwischen Herrschaftsunterworfenheit und Selbst- bzw. Mitbestimmung gefolgert.[231] Erst damit würden der Pluralismus und die dahinterstehenden Interessengegensätze genügend gewürdigt, die Demokratie wird zur organisatorischen Konsequenz der Menschenwürde.[232] Aus dem inhaltlich weiter gehenden Begriff der „Betroffenen", der notwendigerweise eine größere Gruppe umfasst als nur die Staatsangehörigen, ergibt sich nach dieser Ansicht nicht, dass es sich hier um ein festes, vorausgesetztes Legitimationssubjekt handle, sondern um eine Pluralität von Legitimationssubjekten.[233] Diese verschiedenen Subjekte müssten auf der Grundlage strikter demokratischer Gleichheit stets neu und situativ bedingt definiert werden, damit eine wirksame demokratische Legitimation von ihnen ausgehen könne; ausgehend von der Betroffenheit könne so der Gesetzgeber von der strikten formalen Gleichheit absehen, ohne dass dies in demokratischer Hinsicht gleichheitswidrig wäre.[234]

---

230 Besonders deutlich bei *Bryde,* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305; vgl. auch *Groß,* Grundlinien einer pluralistischen Interpretation des Demokratieprinzips, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz (2000), S. 97 ff.

231 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 19.

232 *Häberle,* Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 22, Rdnr. 67.

233 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 23 f.

234 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dass sich aus dieser Auffassung große praktische Auswirkungen und Unterschiede zum monistischen Modell ergeben, zeigt sich am unterschiedlichen Bezugspunkt des Volksbegriffs im Sinne des Art. 116 GG und der Menschenwürde, die gegenüber jedermann Wirkung entfaltet. So soll auch das Recht auf demokratische Mitbestimmung nicht bloß den Staatsangehörigen zukommen, sondern auch denjenigen gegenüber, die zwar nicht zur Gruppe der Staatsangehörigen gehören, der Staatsgewalt jedoch dennoch unterworfen sind. Als relevantes Ab- bzw. Eingrenzungskriterium wird hier die dauerhafte Unterworfenheit unter die Staatsgewalt angesehen. Diese lasse sich durch die dauerhafte Residenz hinreichend genau bestimmen, bedeute aber zugleich noch keine verfassungsrechtliche Entscheidung über die Frage, wer zum Aktivvolk gehöre; die Zuordnung müsse sich dann „im Lichte des Demokratieprinzips" rechtfertigen lassen.[235] Die Basis für die demokratische Legitimation könne dabei nach Ermessen des Gesetzgebers verändert werden. Deshalb ist dieser Annahme zufolge eine Vergrößerung des Legitimationssubjekts denkbar, indem neben den Staatsangehörigen auch Ausländer zum Aktivvolk gezählt werden können. Genauso gut ist aber auch eine Verkleinerung des Legitimationssubjekts möglich: Indem auf das Erfordernis der unbestimmten Allgemeinheit verzichtet wird, wird eine Definition von legitimationsstiftenden Subjekten nicht nur nach regionalen Kriterien ermöglicht, sondern insbesondere nach funktionalen. Somit stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Erscheinungsformen funktionaler Selbstverwaltung in sehr viel geringerem Maße. Es bedarf insoweit nur einer gesetzlichen Grundlage, die Mitwirkungsberechtigung und Kompetenzen regelt, damit von einer Erfüllung der grundgesetzlichen Anforderungen an demokratische Legitimation ausgegangen werden kann. Auch nach diesem Legitimationsverständnis ist es erforderlich, die Betroffenheit rechtlich zu bestimmen, weil es sich auch bei dieser Kategorie um einen normativen Begriff handelt. Jedoch ist es schwerlich möglich, eine solche bloße Selbstbetroffenheit einer Gruppe festzustellen, weil dies zugleich einen völligen Ausschluss der Drittbetroffenheit bedeutet. Mag auch eine nur begrenzte Personengruppe vom personellen Anwendungsbereich einer Regelung erfasst sein, so bedeutet dies nicht zwingend, dass es sich um eine Angelegenheit nur dieser Gruppe handelt. Die Frage der Betroffenheit und dem Interesse ist regelmäßig

235 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht nach sachlichen Kriterien allein festzustellen, sondern beinhaltet immer ein Wertungskriterium.[236]

Im Ergebnis führt der Ansatz der pluralistischen Legitimationstheorien zu einem Wesensunterschied in Bezug auf das Staatsvolk als unbestimmte Allgemeinheit, weil nun – unter Beachtung bestimmter Gleichheitsgrenzen – jede Abgrenzung nach funktionalen Kriterien denkbar ist. Dieser Kritik wird zu begegnen versucht, indem der Rückgriff auf die unbestimmte Allgemeinheit „vermieden" wird,[237] und die Differenzierungen nach funktionalen Kriterien als Konsequenz der Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten statt als Abweichung von der demokratischen Allgemeinheit angesehen werden.[238]

b) Legitimationsobjekt: Ausübung von Staatsgewalt

Auch hinsichtlich des Objekts der Legitimation ergeben sich beim pluralistischen Legitimationsverständnis in Abgrenzung vom monistischen Pendant erhebliche Unterschiede. Die Legitimationspflicht wird als deutlich weiter als bei dem monistischen Verständnis verstanden: Nicht nur staatliche Letztentscheidungen mit Außenwirkung sollen hiernach die Legitimationsverpflichtung auslösen, sondern ein als umfassend verstandenes Staatshandeln.[239] Hintergrund ist die Vorstellung, dass sich Entscheidungsprozesse in der Wirklichkeit sehr viel komplexer darstellen, als dass man

236 Wenn von der Wechselbezüglichkeit von Menschenwürde und Demokratie gesprochen wird, die zur Folge habe, dass jeder in eigenen Angelegenheiten legitimationsstiftend sein soll, so stellt sich die besondere Problematik, dass nicht von *der* Betroffenheit im Rechtsinne gesprochen werden kann, weil sich nicht unmittelbar ergibt, ob beispielsweise bereits ein bloßes Sachinteresse oder womöglich nur ein (grund-)rechtlich geschütztes Interesse ausreichen kann; stattdessen muss die jeweilige rechtliche Regelung – sofern vorhanden – eine Antwort auf die dafür relevante und nicht allgemein gültige Betroffenheit Bezug geben, *Jestaedt,* Selbstverwaltung als Verbundbegriff, Die Verwaltung 35 (2002), 293 (310).

237 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 24.

238 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 25.

239 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lediglich das Ergebnis auf seine demokratische Rückführbarkeit untersuchen dürfte. Die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, auch derartige Entscheidungen mit in die Legitimationsverpflichtung einzubeziehen, die behördenintern die Voraussetzung für die Aufgabenwahrnehmung schaffen,[240] wird als Anlass dafür genommen, den Begriff der Ausübung von Staatsgewalt deutlich weiter zu verstehen.[241] Diese Anerkennung der Realität müsse sich auch in der rechtlichen Wertung der Legitimationspflichten widerspiegeln, damit keine gleichheitsfremden Einflüsse ausgeübt werden könnten. Unmittelbar wird beispielsweise durch behördeninterne Sammlung und Bereitstellung von Informationen und Argumentationen noch keine Entscheidung getroffen, weil Derartiges erst die Grundlage einer Entscheidung liefern kann. Faktisch besteht hier jedoch unzweifelhaft großes Einflusspotential, weil durch die bloße Selektion der Informationsquellen Entscheidungen nachhaltig beeinflusst werden können.[242] Gerade bei der immer weiter wachsenden Notwendigkeit der Einbeziehung externen Sachverstands im Vorfeld von Entscheidungen spielt die Auswahlentscheidung der Quelle eine wichtige, wenn nicht gar entscheidende Rolle. Es wird also mittelbar auf die Entscheidung und damit die Ausübung von Staatsgewalt Einfluss genommen. Aus diesem Grund wird gefordert, das Legitimationsobjekt noch weiter als bereits beim Einbezug von unmittelbar vorgelagerten Entscheidungen zu erweitern.[243]

Auch hinsichtlich der Formen staatlicher Kooperation mit Privaten gehen die pluralistischen Legitimationstheorien regelmäßig weiter. So wird beim Zusammenwirken nicht nur der von staatlicher Seite eingebrachte Teil der Legitimationsverpflichtung zugerechnet, sondern eine Pflicht zur Verantwortung der gesamten Entscheidung gesehen.[244] Aus diesem sehr weit gehenden Verständnis der Legitimationsverpflichtung ergeben sich

---

240 *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (68).

241 *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 173.

242 *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 10, Rdnr. 131 ff.

243 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 27; *Volkmann*, in: *Friauf/Höfling*, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Lfg. 6/2019, Abschnitt C Art. 20 GG (4. Teil) (Stand: II/01), Rdnr. 45.

244 *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 170 f.; *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jedoch Abgrenzungsprobleme: Fraglich ist, ob man auf das Kriterium der rechtlichen Außenwirkung bei der Ausübung von Staatsgewalt verzichten kann und alle faktischen Einflüsse mit einbeziehen muss oder überhaupt kann.[245] Zum einen würde dies eine Grenzziehung nahezu unmöglich machen. Es wäre kaum möglich, eine Abgrenzung vorzunehmen, welcher Teil, der einer Entscheidung vorgelagert ist, noch in den Bereich der Legitimationspflicht mit einzubeziehen ist. Das würde dann in der Konsequenz jedoch erfordern, alle vorherigen Einflussfaktoren auf eine staatliche Entscheidung mit Außenwirkung mit einzubeziehen. Man hätte es also mit einer Überprüfung aller Faktoren für das Zustandekommen einer staatlichen Entscheidung auf Legitimationsaspekte zu tun. Die Bestimmung dieser Faktoren käme einer Art Kausalitätsüberprüfung gleich, von der allerdings aus anderen Disziplinen als bekannt und gesichert gelten darf, dass sie nur unter normativen Einschränkungen erfolgen kann[246].[247]

245 Deutlich wird der Umfang des dann zu Berücksichtigenden bei *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 10, Rdnr. 25, der mit der inneradministrativen Infrastruktur auch Aspekte wie Art der räumlichen Unterbringung und selbst die Architektur von Büroräumen als einflussreich für eine Verwaltungsentscheidung ansieht.

246 Sehr deutlich wird dies bei der Prüfung der Zurechenbarkeit im Strafrecht: dort ist völlig unumstritten, dass nicht alle Kausalfaktoren für die Strafbarkeitsüberprüfung herangezogen werden können, sondern nur solche, die vom Recht als relevant angesehen werden. Gerade eine solche normative Unterscheidung bzw. Wertung der Entscheidungsfaktoren soll hier jedoch aufgegeben werden, wenn die Ausübung von Staatsgewalt wirklich als umfassend bezeichnet wird, vgl. *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 27.

247 Womöglich ist ein derartiges erweitertes Verständnis des legitimationsbedürftigen Staatshandelns für die Möglichkeit der Berücksichtigung derartiger Problembereiche nicht zwingend erforderlich. Die Anknüpfung an den Entscheidungscharakter von Staatshandeln verhindert nicht, vorgelagerte Aspekte mit einzubeziehen. An der Stelle der einzelnen staatlichen Entscheidung lässt sich viel besser festmachen, was die handelnde Einheit für Informationen als Entscheidungsgrundlage zu Grunde legen darf und welche Voraussetzungen an deren Beschaffung geknüpft werden, und wie deren inhaltliche Neutralität gewährleistet werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Berücksichtigung verschiedenster Legitimationsmittel

Von ganz entscheidender Bedeutung ist im pluralistischen Legitimationsverständnis die Abkehr von der Beschränkung der Legitimationsmittel auf personell-organisatorische und sachlich-inhaltliche Komponenten. Die mit verschiedenen Schwerpunkten vorgebrachte Kritik am monistischen Modell der demokratischen Legitimation basiert im Wesentlichen auf dem Vorwurf der übermäßigen Vereinfachung der Legitimationsvermittlung. So basiere das Konzept auf lediglich formalen Ableitungszusammenhängen, welche die Realität nicht angemessen erfassen könnten. In personeller Legitimationshinsicht setzt die Kritik vor allem an der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung und dem Ministerialprinzip zur Legitimationsvermittlung an die gesamte Verwaltungsorganisation an.[248] Vor allem würden wichtige Steuerungskomponenten des Parlaments nicht erfasst, weshalb das Modell zu unterkomplex sei.[249] Vor dem Hintergrund, dass nicht alle konkreten Verwaltungsentscheidungen bereits vom Gesetzgeber vorgezeichnet sein können, weil beispielsweise offene Zielsetzungen im Umweltrecht eine solche Entscheidung überhaupt nicht treffen würden,[250] sei es erforderlich, das konkretisierende Verfahren sehr viel genauer zu betrachten und die Einzelaspekte, wer mit welcher Verantwortlichkeit am Zustandekommen der Entscheidung beteiligt ist, zu würdigen sind.[251] Methodisch soll dieses Problem durch die Berücksichtigung gesicherter

---

248 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 35 bezeichnet diese zentrale Vermittlungsstelle als Nadelöhr der klassischen Konzeption.

249 Mit Schwerpunkt auf Hierarchie und Weisung als zentrale Bestandteile der sachlich-inhaltlichen Legitimationsvermittlung *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 38.

250 Dass es sich beim monistischen Modell durch die hierarchische Verwaltungsorganisation nur um eine Konkretisierung oder Aktualisierung des gesetzgeberischen Willens handeln soll, erscheint allerdings als möglicherweise unzutreffende Unterstellung. Die Aufteilung in sachlich-inhaltliche (also gesetzesgebundene) und personell-organisatorische (also inhaltlich nicht gebundene) Aspekte zeigt nämlich gerade das von *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 33 geforderte Zusammentreffen von gesetzlicher Fremd- und exekutivischer Eigensteuerung.

251 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verwaltungswissenschaftlicher Erkenntnisse zur Ermöglichung von Steuerungswirkungen im Verwaltungsapparat gelöst werden. Hierbei werden insbesondere die Komponenten von Organisation und Verfahren als eigenständige Legitimationskomponenten gewürdigt und als (verfassungs-)zulässige Methode zur Vermittlung von Legitimation angesehen.[252]

(1) Organisatorische Komponenten

Eine zentrale Rolle kommt im pluralistischen Legitimationsmodell der Organisation der Verwaltung als eigenständiger Legitimationsfaktor zu. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die Ausgestaltung der Verwaltungsorganisation von hoher Relevanz für jede spätere Einzelentscheidung ist. So führen Aufgabenzuweisungen, Zuständigkeitsregelungen, Beteiligungsmechanismen, Verantwortungsregelungen und Verfahren zur Generierung und Weitergabe von Informationen zwar keineswegs inhaltlich zu einer konkreten Entscheidung, aber sie schaffen bei passender Ausgestaltung die Grundlage für die Herstellung von Einfluss- und Kontrollbeziehungen, die eine deutlich bessere Rückbindung an das Parlament ermöglichen.[253]

(2) Personelle Komponenten

Als eigenständige Legitimationskomponente wird die personelle Legitimation angesehen. Diese wird jedoch anders als im monistischen Modell nicht als Überprüfung des Vorliegens einer Legitimationskette durch Nachweis eines Ernennungszusammenhangs gesehen, sondern hierfür werden die fortlaufenden Rückbindungswirkungen in funktioneller Hinsicht betrachtet.[254] Die personelle Legitimation erfordere dabei die Sicherstellung einer Gemeinwohlorientierung, diese könne aber nicht durch

252 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 42.

253 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 44.

254 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 45 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine (einmalige) Ernennung sichergestellt werden. Stattdessen müsse fortlaufend gewährleistet sein, dass die wahrgenommenen Aufgaben neutral und unabhängig ausgeübt, die Handlungsorientierungen professionalisiert und die Interessenbindungen ausbalanciert würden; die Einzelbetrachtung von organisatorischen und personellen Legitimationskomponenten bedeute dabei einen Rationalitätsgewinne gegenüber dem monistischen Modell, weil die angemessene institutionelle Struktur so besser betrachtet würde.[255]

(3) Prozedurale Komponenten

Daneben soll der Verfahrenskomponente eine entscheidende Bedeutung zukommen, weil auch ein Grundkonsens dahin bestehe, dass das Verfahren von zentraler Bedeutung für die Richtigkeit der Anwendung des materiellen Rechts ist.[256] Dadurch, dass ein „nur aufbereitungsbedürftiges materielles Entscheidungsprogramm" regelmäßig nicht vorliege, sondern die sachlich-inhaltlichen Vorgaben erst noch in unterschiedliche Informationsbeschaffungs- und Entscheidungsschritte zerlegt und für eine Entscheidung vorbereitet werden müssten, erfordere es eine Institutionalisierung dieser Vorgänge und deren legimatorische Würdigung.[257] Dies führt zu einer Aufdeckung und Benennung unterschiedlicher behördeninterner Einflüsse, wie sie sich insbesondere aus internen Beratungs- und Vorlagepflichten (durch Rücksprache- und Gegenlesepflichten) ergeben, aber auch aus behördeninternen Berichtspflichten. Die besondere Berücksichtigung der prozeduralen Legitimationsaspekte einer legitimationsbedürftigen Entscheidung führt jedenfalls dazu, dass mehr als beim monistischen Modell die Eigenrationalität einer Behörde überprüft wird, weil die Entscheidungen über die konkrete Organisationsausgestaltung nach klassischer Vorstellung bei fehlender Außenwirkung womöglich nicht legitimationsbedürftig wären.

---

255 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 46.

256 *Schulze-Fielitz,* Einheitsbildung durch Gesetz oder Pluralisierung durch Vollzug, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts (2008), S. 48.

257 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Sachlich-inhaltliche Komponenten

In sachlich-inhaltlicher Hinsicht wird die Steuerungswirkung eines parlamentarischen Gesetzes allein als sehr viel weniger bedeutsam eingeschätzt. Zwar komme dem Gesetz eine „Schlüsselstellung" zu, darüber hinaus müssten sehr mehr noch besondere Kontrollmöglichkeiten berücksichtigt werden.[258] Dabei würdigt das pluralistische Legitimationsmodell insbesondere den Einfluss des Haushaltsrechts sehr viel stärker. Dieses ermögliche auf faktischer Ebene erst staatliches Handeln und stellt durch vorgegebene Notwendigkeiten materieller Art eine Verengung des Entscheidungsraums dar. Dadurch beinhalte es Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten.[259] Durch haushalterische Vorgaben wird die Verwaltung eingeschränkt, was im Ergebnis einer materiellen Programmierung nahekomme. Jedoch kann die Zuweisung von Finanzmitteln nur zu einer Verengung des Entscheidungsraums führen, nicht zu einer spezifischen inhaltlichen Vorgabe. Geht es also bei der sachlich-inhaltlichen Legitimation darum, welche Entscheidungsaspekte fremddeterminiert sind, führt eine Limitierung auf eine Knappheitsentscheidung nicht dazu, dass diese Entscheidung engeren Bindungen unterliegen würde.[260]

---

258 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 50.

259 *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 231; *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 10, Rdnr. 26; *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, S. 315; ausführlich begründet und kritisch dagegen *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 338.

260 Ohnehin besteht die Aufgabe der Verwaltung regelmäßig in der Problembewältigung unter Nutzung administrativ verfügbarer Ressourcen und Nutzung von verschiedenen Handlungsmöglichkeiten, die nicht unbegrenzt sind, *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 10, Rdnr. 11; insofern sorgt das Haushaltsgesetz durch die vorgegebene Knappheitsentscheidung für keinen qualitativen Mehrwert in der Programmierung der Verwaltungstätigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(5) Output-Legitimation

Neben diese Legitimationsfaktoren, die zukunftsgerichtet, also eine Entscheidung ermöglichend ausgerichtet sind (input-basierte Legitimationsfaktoren), wird eine Berücksichtigung von output-Legitimation ergänzend herangezogen. Diese hat das Ergebnis eines Entscheidungsprozesses zum Gegenstand und ist noch seinerseits von der outcome-Betrachtung abzugrenzen. Diese Begrifflichkeiten sind zurückzuführen auf Erkenntnisse der Wirkungsforschung und unterscheiden als Konsequenzen von Entscheidungen „output" (Produkt selbst), „impact" (Mikrofolgen) und „outcome" (Makrofolgen).[261] Die Betrachtung des output stellt daher die natürliche Folgekategorie der input-Betrachtung dar.[262] Das pluralistische Legitimationsverständnis versucht nun, aus diesen Wirkungsfaktoren und dem Zusammenhang zwischen den input-Faktoren und dem output einen eigenen Legitimationsfaktor zu schaffen, weil die Zielerreichung selbst Legitimation stiften könne.[263] Dahinter steht der Gedanke, dass sich die Zielerreichung aus der Erfüllung (verfassungs-) rechtlicher Vorgaben ableiten lassen und diese somit einen geeigneten Indikator für die Funktionsfähigkeit darstellen könne.

An der Stelle der output-Legitimation zeigen sich die wohl deutlichsten Unterschiede innerhalb der verschiedenen pluralistischen Legitimationsmodelle. Während *Trute* davon ausgeht, dass eine zulässige output-Legitimation nur nach sachlich-formalen Kriterien, nämlich dem Grad der Aufgabenerreichung, bestimmt werden kann und eine Bezugnahme auf faktische Elemente wie Bewährung, Akzeptanz oder Ergebnisse politischen Handelns legimatorisch nicht relevant sei,[264] sieht beispielsweise *Mehde* gerade die Akzeptanz als entscheidenden Legitimationscharakter bei Betrachtung des outputs an.[265] Dabei erkennt er diesen Faktor auch nur

---

261 *Voßkuhle,* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 1, Rdnr. 32.

262 *Franzius,* Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 4, Rdnr. 70 f.

263 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 53.

264 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 53.

265 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 516 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als nachrangig an, weil Akzeptanz durch Zufriedenheit mit Entscheidungen nur innerhalb der rechtlich vorgegebenen Mittel betrachtet werden dürfte und schwerlich bei einer gesamten Gruppe vorliegen könne.[266] Der Gedanke der Verwurzelung von Selbstverwaltung und Autonomie im demokratischen Prinzip lege aber die Bedeutung des Akzeptanzfaktors nahe[267].[268]

(6) Autonome Legitimationsformen

Die Ankerkennung autonomer Legitimationsformen durch die pluralistischen Legitimationsvorstellungen erfolgt zwar auf einer Ebene mit den zuvor genannten Methoden zur Vermittlung von Legitimation,[269] steht aber gleichermaßen den beim Legitimationssubjekt genannten Fragestellungen nahe: Anders als im monistischen Modell soll die Mitwirkung Betroffener in eigenen Angelegenheiten nicht etwa als rechtfertigungsbedürftiges Defizit der Vermittlung demokratischer Legitimation von der Allgemeinheit zum legitimationsbedürftigen Handeln des Staates gesehen werden, weil diese Verbindung durch Sonderinteressen beeinträchtigt und konsequenterweise geschwächt wird. Stattdessen soll hier eine Stärkung des demokratischen Prinzips vorliegen, weil Ausgangspunkt der Demokratie die indivi-

266 *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 521 f.
267 *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 522.
268 Dass diese Argumentation möglicherweise irreführend ist, mag ein Gegenbeispiel zeigen, das von einem nicht-demokratischen System ausgeht. So ist durchaus in einer Diktatur nicht undenkbar, dass das oberste Ziel der Verwaltung in einem hohen Maß an Zustimmung der Herrschaftsunterworfenen gesehen wird, beispielsweise um sozialen Frieden zu erreichen. Anschaulicher – weil häufiger vorkommend – wird dies noch bei der Betrachtung des Handelns von privaten Unternehmen. Diese stellen regelmäßig die Kundenzufriedenheit in den Mittelpunkt ihrer Tätigkeit und erreichen regelmäßig eine hohe Akzeptanz bei denjenigen, die von deren Entscheidungen abhängig sind. Durch wirtschaftlichen Druck kann schnell eine Situation erreicht werden, in der die wirtschaftliche Abhängigkeit einer Unterwerfung unter fremde Herrschaft gleichkommt. Trotz einer denkbaren Akzeptanz einer solchen Entscheidung wäre diese völlig unverdächtig, demokratisch zustande gekommen zu sein.
269 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 54 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

duelle Selbstbestimmung sei[270] und sich diese erst wirklich aktualisiere, wenn neben der teilweisen Rückführbarkeit auf die Allgemeinheit auch eine Rückführung auf besonders Betroffene deren besonderen Interessenlagen an einer stärkeren Mitwirkung Rechnung getragen werde. Dabei müsse jedoch stets beachtet werden, dass derartige alternativen Legitimationsmechanismen nicht allein genügen könnten, sondern allenfalls ergänzend zur Stärkung der Legitimation herangezogen werden dürften.[271]

d) Charakteristika

Beide Modelle unterscheiden sich in ihren Reinformen schon in den bisher betrachteten Komponenten Legitimationssubjekt, -objekt und -methoden sehr deutlich. Die praktisch bedeutsamsten Unterschiede zwischen den Grundmodellen der Legitimationskonzeptionen liegen dabei in dem Verständnis des Legitimationssubjekts und den verschiedenen Möglichkeiten der Vermittlung von Legitimation begründet. Gleichwohl wirken sich diese Unterschiede noch nicht wesentlich auf die praktische Anwendung aus. Hinsichtlich der Legitimationsmethoden werden – mit Ausnahme der Berücksichtigung von Formen der output-Legitimation – beide Konzeptionen in rechtlich zu würdigenden Einzelfällen schon in der dogmatischen Würdigung häufig zu vergleichbaren Ergebnissen führen, weil personelle, organisatorische, sachliche und inhaltliche, aber auch verfahrensbezogene Aspekte in beiden Modellen verarbeitet werden, gleich welche theoretische Begründung für deren Bedeutung konstruiert wird. Ebenso allgemein anerkannt ist beispielsweise die entscheidende Bedeutung des Verfahrens auf das materielle Ergebnis eines Prozesses.[272]

In der theoretischen Konzeption erscheinen diese Unterschiede sehr bedeutsam, weil detaillierter vorgezeichnet. Gerade in Bezug auf die Herausstellung der verschiedenen Legitimationsfaktoren ergeben sich wenige ergebnisrelevante Unterscheidungen. Unstreitig ist jedenfalls zwischen den

---

270 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 24.

271 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 554.

272 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 47; *Schulze-Fielitz,* Einheitsbildung durch Gesetz oder Pluralisierung durch Vollzug, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts (2008).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grundkonzeptionen, dass nicht alle Formen der *tatsächlichen* Weitervermittlung von Legitimation innerhalb der vollziehenden Gewalt durch die abstrakte Beschreibung der Komponenten der sachlich-inhaltlichen und personell-organisatorischen Legitimation erfasst und aufgeschlüsselt werden können, sondern dass eine rechtliche Würdigung vorgenommen werden muss. Die entscheidenden Differenzierungen sind aber auch im jeweiligen Anspruch zu sehen, welche und vor allem auch wie viele Legitimationseinflüsse rechtlich überhaupt verarbeitet werden können. Von rechtspraktisch sehr viel größerer Bedeutung sind die Definitionen des Legitimationssubjekts und die unterschiedlichen Annahmen zum Individualbezug der Demokratie, weil diese von hoher Ergebnisrelevanz sind. Dabei werden beispielsweise einzelne Formen der funktionalen Selbstverwaltung noch im Ergebnis gleich beurteilt, weil nach monistischen Auffassungen eine gerechtfertigte Ausnahme vom Regelfall vorliegt und pluralistische Annahmen ein wirkungsvolles Ausgehen von Legitimation durch das Funktionsvolk zugrunde legen. Sobald allerdings im Einzelfall eine Rechtfertigung im monistischen Modell ausgeschlossen ist, kommen die unterschiedlichen Modelle in ihrer Anwendung zu fundamental unterschiedlichen Ergebnissen. Besonders deutlich wird dies bei der Frage der Zulässigkeit der Legitimation von Entscheidungen auch durch Ausländer, weshalb insbesondere bei der Frage des Ausländerwahlrechts immer noch bedeutende Streitpunkte bestehen.[273]

Im Ergebnis entscheidend sind für die Unterschiede zwischen den verschiedenen theoretischen Konzeptionen in der Anwendung auf den jeweiligen Einzelfall nicht die einzelnen bisher diskutierten Strukturelemente, sondern einzig ihr rechtliches Zusammenwirken im Legitimationsniveau, weil erst durch die Frage nach der Einhaltung eines rechtlich aufgegebenen Maßstabs das Ergebnis der rechtlichen Betrachtung bestimmt wird. Wegen der fundamentalen Bedeutung dieses rechtlichen Maßstabs sollen die verschiedenen Konzeptionen und Annahmen nachfolgend gesondert dargestellt und diskutiert werden.

273 Vgl. aus jüngerer Zeit *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen* 31.01.2014 – St 1/13 (juris).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Exkurs: Art. 20 GG als Prinzip oder Regel

1. Normstrukturelle Unterschiede zwischen Rechtsprinzip und Rechtsregel

Bevor auf die verschiedenen Ansichten zur Bestimmung eines Legitimationsniveaus eingegangen wird, erscheint es zweckmäßig, eine grundlegende Unterscheidung zu betrachten: Viele und insbesondere jüngere Auffassungen gehen bei der Interpretation von Art. 20 Abs. 2 GG nicht von einer Rechtsregel, sondern von einem Rechtsprinzip aus. Die sogenannte Normstruktur geht damit der Frage nach dem konkreten Inhalt des Legitimationsprinzips voraus, weil die Einordnung als Prinzip unabhängig vom konkreten Norminhalt zu einer völlig anderen Bedeutung führte. Folgte man der Auffassung, bei Art. 20 Abs. 2 GG handele es sich um ein Rechtsprinzip, welches sich von einer klassischen Rechtsregel unterscheide, würde unabhängig vom genauen Inhalt dieses Legitimationsmaßstabs allein ein Zielzustand beschrieben, ohne dass dessen Nichterreichung zur Rechtswidrigkeit eines bestimmten Sachverhalts führen würde. Stattdessen wird diesem Rechtsprinzip regelmäßig ein Optimierungscharakter zugeschrieben; aus diesem ergeben sich jedoch naturgemäß keine fixen Maßstäbe. Dafür, dass eine solche Unterscheidung zwischen Regel- und Prinzipienebene zwingend vorab erforderlich wäre, müssten notwendigerweise drei Bedingungen erfüllt sein. Zunächst müsste festgestellt werden, dass sich die Theorie verschiedener Normstrukturen als zutreffend erweist und es derartig kategorial verschiedene Rechtsnormen gebe.[274] Zudem müsste diese Unterscheidung auch dazu führen, dass sich normative Unterschiede ergeben, wenn es sich bei einer Verfassungsnorm (konkret: Art. 20 Abs. 2 GG[275]) um ein Rechtsprinzip und nicht um eine Rechtsregel handelte. Schließlich müsste dann für diese Vorschrift überprüft werden, ob es sich tatsächlich um eine Vorschrift mit anderer Rechtsnatur – also um ein Prinzip handelt. Wenn hingegen eine dieser drei (Vor-) Fragen nicht zu bejahen ist, führte dies dazu, dass die Vorschrift des Art. 20 Abs. 2 GG wie

274 Bereits hier zeigen sich Formulierungsprobleme: Trennt man die Frage der Aufteilung von Regeln und Prinzipien von der normativen Verankerung, stellt sich die Frage, wie disziplinunspezifisch eine „Existenz" der Trennung nachgewiesen werden kann. Vielmehr scheint gerade diese Frage von dem jeweiligen Betrachtungspunkt abzuhängen (Rechtssoziologie, Rechtsdogmatik usw.).

275 In der Annahme von *Unger* stellt hingegen nur Art. 20 Abs. 1 GG ein solches Rechtsprinzip dar, vgl. III.C.27.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jede andere Vorschrift auch mittels der bekannten Auslegungssmethoden auszulegen ist.

a) Differenzierung zwischen Rechtsprinzipien und Rechtsregeln

Die Unterscheidung zwischen Rechtsregeln und Rechtsprinzipien wird für die grundgesetzliche Rechtsordnung üblicherweise auf die „Theorie der Grundrechte" *Robert Alexys*[276] zurückgeführt.[277] Dieser unterscheidet die Artikel des Grundgesetzes in die beiden vorgenannten Kategorien, weil gerade die allgemein gehaltenen grundrechtlichen Vorschriften nicht vergleichbar einer gewöhnlichen Rechtsnorm seien. Die eher technisch anmutenden Normen des Grundgesetzes, beispielsweise zum Ablauf des Gesetzgebungsprozesses oder im Bereich der Finanzverfassung könnten nach dieser Auffassung hingegen unproblematisch als „herkömmliche" Rechtsregeln verstanden werden.

(1) Rechtsprinzipien

Am Beispiel der sehr weit gefassten Grundrechte könne man erkennen, dass selbst die vorbehaltlos garantierten Grundrechte nicht ohne jede Schranke gelten könnten, insbesondere wenn es um kollidierende Rechte gleichen Ranges (also beispielsweise Grundrechte Dritter) gehe. Derartige Normen (als Überbegriff für Rechtsregeln und Prinzipien)[278], die bereits denklogisch keinesfalls immer gleichermaßen durchsetzbar seien, könnten daher nur eine andere Rolle, nämlich die der Prinzipien einnehmen. Im Unterschied zu den Regeln stellten hiernach Prinzipien Normen dar, die ein möglichst hohes Maß an Realisierung eines vorgegebenen Ziels im Rahmen der technischen und rechtlichen Möglichkeiten vorschrieben.[279] Als Beispiel für ein Rechtsprinzip im Sinne dieser Unterscheidung wird regelmäßig die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG angeführt.[280] Der

---

276 *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986).

277 Dieser knüpft wiederum an die Diskussion im anglo-amerikanischen Rechtskreis an, siehe hier *Dworkin*, Taking rights seriously (1978) bzw. in der Übersetzung *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen (1984).

278 *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 72 f.

279 *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 75.

280 *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 107; *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Formulierung nach handelt es sich um eine unbeschränkte Grundrechtsgewährleistung, zugleich sei es jedem verständlich, dass diese Unbeschränktheit nicht zur grenzenlosen Verwirklichung einer unbegrenzten Freiheit führen könne. Vielmehr trage dieses Rechtsprinzip eine immanente bedingte Vorrangrelation in sich, die im Falle inhaltlich sich widersprechender Normen dazu führe, dass Konflikte auflösbar blieben. Als „weiche Rechtsnormen"[281] stellten sie zwar Zielbestimmungen dar, die regelmäßig der weiteren Verdichtung bedürften, ihnen käme jedoch insofern rechtliche (im Sinne einer verbindlichen) Wirkung zu, als dass ihre Nichtverwirklichung nicht im Belieben des Rechtsanwenders stünde, sondern stets in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig wäre.[282]

Wenn auch nach der Prinzipientheorie derartige Bestimmungen nicht in letzter Konsequenz absolut sein können, weil sie sich in Abhängigkeit weiterer Umstände selbst zurücknehmen, so bleibt von Bedeutung, dass diese Relativierung einer ansonsten nicht bedingt formulierten Norm nur dann eintritt, wenn ein Kollisionsfall auftritt. Steht dem Rechtsprinzip im konkreten Einzelfall nämlich kein gleichwertiges Prinzip entgegen, behält es seine (uneingeschränkte) Wirkung und wird gerade nicht relativiert. In diesem Fall ausbleibender Kollision mit einer gleichwertigen Norm unterscheidet sich das Rechtsprinzip in der Anwendung nicht von einer Rechtsregel.

(2) Rechtsregeln

Demgegenüber entsprächen die Rechtsregeln den klassischen Vorstellungen von verbindlichen Vorschriften, bei denen durch die Technik der Subsumtion ein verbindliches Ergebnis erreicht werden könne. Sie stellen Normen dar, die entweder erfüllt oder auch nicht erfüllt werden können; die Rahmenbedingungen für technische und rechtliche Möglichkeiten werden nach diesem Verständnis durch die Norm selbst gesetzt.[283] Insofern seien diese Regeln unnachgiebig. Ein Konflikt zwischen Rechtsregeln könne nicht wie bei Rechtsprinzipien dergestalt aufgelöst werden, dass eine Optimierung im Sinne einer praktischen Konkordanz angestrebt würde. Die einzige Möglichkeit der Konfliktbewältigung sei hier die Anwendung von Vorrangregeln, wie sie die grundgesetzliche Rechtsordnung

281 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 95.
282 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 95.
283 *Alexy,* Theorie der Grundrechte (1986), S. 76.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

explizit[284] oder ungeschrieben[285] vorsieht. Insofern stellten sie unnachgiebige Rechtsnormen dar, die auch regelmäßig aus sich heraus verständlich seien.[286]

(3) Bedeutung der Differenzierung

Ausgehend von dieser Aufteilung wird deutlich, dass sich Rechtsprinzipien und Rechtsregeln so verstanden nicht nur graduell, sondern qualitativ unterscheiden. Somit besteht in der Annahme zwischen beiden ein qualitativer Unterschied, der dazu führt, dass eine Norm auch nur einer Kategorie zugeordnet werden kann. Deshalb wird auch regelmäßig von einem Wesensunterschied der verschiedenen Normkategorien ausgegangen.[287] Dabei bleibt zu berücksichtigen, dass auch die als „weiche" Rechtsnormen verstandenen Rechtsprinzipien nicht abdingbar und voll durchsetzbar sind, wenn kein gleichwertiges gleichrangiges und gegenläufiges Recht entgegensteht. Zugleich geht auch der Prinzipiencharakter nicht so weit, dass ein bestimmtes Rechtsprinzip stets zurücktreten würde. Vielmehr müsse stets beachtet werden, dass ein Zurücktreten eines Rechtsprinzips nur im Einzelfall erfolgen könne und auch nur dann zu rechtfertigen sei. Somit könne es keine schematische Auflösung für konfligierende Rechtsprinzipien geben, für jede einzelne Kollision sei konkret die optimale Verwirklichung der Prinzipien zu erreichen.[288]

b) Demokratieprinzip als so verstandenes Rechtsprinzip

Zwar wurden mit den Rechtsprinzipien ursprünglich nur die Grundrechte klassifiziert, weil sie zunächst anhand der Bürgerrechte[289] bzw. der Grundrechte[290] herausgearbeitet wurden. Nach gleichem Muster ließen sich je-

284 Das GG sieht in seinem Art. 31 eine solche Vorrangregelung für das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht vor.
285 Als ungeschriebene Vorrangregeln sind anerkannt „lex posterior derogat legi priori", „lex specialis derogat legi generali", vgl. allgemein *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. (2012), S. 30 ff.
286 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 94.
287 *Alexy,* Theorie der Grundrechte (1986), S. 76 f.
288 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 96 f.
289 *Dworkin,* Taking rights seriously (1978).
290 *Alexy,* Theorie der Grundrechte (1986).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

doch auch objektive Verfassungsbestimmungen wie das Demokratieprinzip[291] nach diesem Verständnis als Rechtsprinzip einordnen.[292] Hierfür spreche nach häufig vertretenem Verständnis vor allem die tatsächliche Handhabung des Demokratiebegriffs durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.[293] Erkennt man die Notwendigkeit eines Legitimationsniveaus an, das seinerseits wegen der teilweisen Substituierbarkeit einzelner Legitimationsfaktoren nicht absolut, sondern das Ergebnis eines Abwägungsprozesses sei, müsste man dabei voraussetzen, dass – ähnlich einer Verhältnismäßigkeitsüberlegung – kein festes Maß bestehen und es nur um eine Optimierung gehen könne.[294] Dies zeige auch die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, wenn in der Entscheidung zu den Wasser- und Bodenverbänden[295] von einer Entwicklungsoffenheit gesprochen werde.[296] Das Demokratieprinzip werde dort als „entwicklungsoffen und dynamisch" dargestellt, was nicht durch eine Rechtsregel erreicht werden könne. Auch und insbesondere die Vorgehensweise, mit der das Gericht eine Abwägung an der Schnittstelle zwischen zulässiger Selbstverwaltung und der Grenze zur unzulässigen Fremdverwaltung durchführe, lege den Schluss nahe, das Bundesverfassungsgericht habe sich bereits der „Prinzipialisierung" des Demokratieprinzips angeschlossen.[297] Vielmehr entbinde

291 Üblicherweise wird allgemein vom „Demokratieprinzip" des Grundgesetzes gesprochen, nicht aber näher definiert, wo dieses verortet wird. Insbesondere stellt sich hier die wichtige Abgrenzungsfrage, ob das hier angeführte „Demokratieprinzip" das des Art. 20 Abs. 1 GG oder des Art. 20 Abs. 2 GG sein soll. Genauso könnte es sich aber auch um eine vermeintliche dem Grundgesetz zugrundeliegende Vorstellung handeln oder um ein Demokratieprinzip im Sinne der Ewigkeitsklausel (in Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommen). Missverständlich erscheint dann auch die pauschale Feststellung, das „Demokratieprinzip" sei unantastbar und nicht abwägungsfähig, vgl. *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (343). Für die Zwecke der Darstellung einer denkbaren Prinzipieneigenschaft ist jedoch eine Festlegung hier (noch) nicht erforderlich.

292 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 100.

293 Die Problematik dabei ist der (eventuelle Zirkel-)Schluss, mit dem die Vereinbarkeit einer Rechtsprechung mit den grundgesetzlichen Vorgaben überprüft werden soll, hierfür aber diese Rechtsprechung gerade als Begründung herangezogen wird.

294 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 16.

295 *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59.

296 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 16.

297 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 114 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Demokratieprinzip nach diesen Maßstäben eine Gestaltungsaufgabe, deren Ziel sich nicht darin erschöpfe, vorgegebene Anforderungen zu erfüllen, sondern das Ziel der Demokratisierung weiter zu verstärken.[298]

Insofern scheint der bedeutendste Grund für die Einordnung des Demokratieprinzips als Rechtsprinzip die materielle Nähe eines demokratischen Gedankens (wenngleich nicht im rechtsdogmatischen Sinne) zu einer inhaltsoffenen Zielvorschrift zu sein. Dies wird besonders deutlich, wenn der Prinzipiencharakter damit begründet wird, dass eine Einordnung als Rechtsregel eine Stabilisierung der Verhältnisse bedeute, dies aber einer Entwicklungsoffenheit und Entwicklungsbedürftigkeit der Demokratie widerspräche.[299] An dieser Stelle wird deutlich, was für fundamentale Auswirkungen eine Klassifizierung als Rechtsprinzip hätte: Handelte es sich um ein (bloßes) Optimierungsgebot, entfielen konkrete inhaltliche Begrenzungen zugunsten allgemeiner Rechtfertigungsgründe. Dass die Prinzipialisierung das „dogmatische Fundament liefert, um Veränderungen der Verfassungswirklichkeit innerhalb des grundgesetzlichen Legitimationsgefüges ohne dessen textliche Änderung verarbeiten zu können“[300], trifft unzweifelhaft zu. Gleichwohl sagt diese Beschreibung bloß einer rechtlichen bzw. rechtsdogmatischen Konsequenz nichts darüber aus, ob derartiges auch vom Grundgesetz so vorgesehen ist. Allein die Forderung nach einer Möglichkeit, die „Verfassungswirklichkeit“ berücksichtigen zu können, macht den Nachweis einer solchen grundgesetzlichen Ermächtigung nicht entbehrlich.

2. Keine Vorabqualifikation erforderlich

Wenn diese Frage nach der Rechtsstruktur des Demokratieprinzips des Grundgesetzes tatsächlich die Weichen derartig stellen und Art und Reichweite des Demokratieprinzips so bestimmen könnte, müsste diese Rechtsnormstruktur in der Tat vorab geklärt werden.[301]

---

298 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 2.

299 *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 105 f.

300 *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 122.

301 Dass die kategoriale Trennung insoweit aber nicht bestehe und der Gegensatz zwischen Rechtsregel und Rechtsprinzip insoweit überzeichnet sei, vertreten *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 288 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vor allem aber bereits gegen die hierfür erforderliche Annahme der existierenden unterschiedlichen Normstrukturen werden erhebliche Argumente ins Feld geführt. So stellt vor allem die Wechselbezüglichkeit zwischen tatsächlichen Einflüssen und rechtlichen Konsequenzen bei der Abwägung nach der Prinzipientheorie ein ernsthaftes Problem dar, weil diese das Risiko der Beliebigkeit birgt und die Normativität der rechtlichen Vorgaben in den Hintergrund drängt.[302] Liest man in die so verstandenen Rechtsprinzipien bereits durch die Rechtsnaturqualifikation einen immanenten Wirklichkeitsvorbehalt hinein, droht die Gefahr der Konturlosigkeit: Faktische Zwänge könnten nämlich bereits zu einer Änderung der rechtlichen Anforderungen führen, wo möglicherweise umgekehrt geprüft werden sollte, ob die Rechtsnorm eine Änderung der Anforderung oder eine Maßstabslockerung unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht. Mag auch diese Annahme der Vorgehensweise des Rechtsanwenders in tatsächlicher Hinsicht unzweifelhaft nahekommen, so bleibt doch zu fragen, ob es mit den grundgesetzlichen Anforderungen vereinbar ist, bei den wichtigsten Grundrechtsbestimmungen[303] die stärkste Relativierung durch Wirklichkeitseinflüsse und somit Variierbarkeit zu rechtfertigen. Im Ergebnis würde dies nämlich gerade bei unbeschränkt garantierten Grundrechten eine größere inhaltliche Beliebigkeit bedeuten als bei solchen, die unter einem Gesetzesvorbehalt stehen, weil in dieser Hinsicht das betreffende Grundrecht durch die technisch vorgesehene Einschränkbarkeit einer Rechtsregel sehr viel näherkommt.

Auch wird gegen die Prinzipientheorie im Allgemeinen vorgebracht, sie erfülle ihren eigenen normativen Anspruch nicht. Soweit sie nämlich beansprucht, nicht nur deskriptiv und vergangenheitsgerichtet Entscheidungen im Falle eines Normkonfliktes zu erklären, sondern auch für zukünftige Konstellationen durch die Qualifikation einer Norm als Regel oder Prinzip eine Entscheidungsgrundlage liefern will, bedeutet dies, dass

302 Treffend zusammengefasst bei *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 125 f.: „Der Begriff des Rechts würde auf Faktizität reduziert, Normativität spielte nur eine untergeordnete Rolle"; mit Hinweis auf die Gefahr der Verwechslung von Grundrechtsauslegung und Kompetenzauslegung, *Jestaedt*, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2001, 1309 (1318).

303 Keinesfalls soll hiermit eine reihende Wertung der Bedeutung der Grundrechte des Grundgesetzes vorgenommen werden; vielmehr sieht das Grundgesetz selbst verschiedene Möglichkeiten der Einschränkbarkeit vor, wenn einige Grundrechte einen Gesetzesvorbehalt haben, andere unbeschränkt formuliert sind.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Unterscheidung ein rechtsdogmatischer Eigenwert zukomme. Dies würde bedeuten, dass zuerst untersucht werden müsste, ob es sich bei den streitentscheidenden Normen und Regeln oder Prinzipien handelt, und sich das Ergebnis des Normkonfliktes aus dieser Qualifikation ergebe. Hintergrund der Kritik an dieser Annahme ist, dass aus einer Rechtsnorm für sich nicht zu erkennen ist, ob es sich bei ihr um ein Prinzip oder eine Regel handelt. Dieses kann erst und nur am konkreten Fall beantwortet werden, wenn eine konkrete Normkollision vorliegt und beobachtet wird, wie sich die Norm in diesem Fall verhält. Indem die Beobachtung des Kollisionsverhaltens zweier Normen als Grundlage für die Klassifizierung genommen wird, fehle es weiterhin an zukunftsgerichteten Aussagen über noch nicht entschiedene Fälle.[304] Dies würde bedeuten, dass erst das Ergebnis des Normkonfliktes die Natur der relevanten Normen aufdecken könnte. Gleichzeitig wäre der normative Eigenwert der Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln ausgeschlossen, vielmehr könnte es sich bereits wegen des Erkenntnisgewinnungsprozesses ausschließlich um eine deskriptive Kategorie handeln.

Hiergegen wendet *Unger* ein, dieser Vorwurf berühre zwar eine Schwachstelle der Prinzipientheorie, führe jedoch nicht zu ihrer normativen Bedeutungslosigkeit.[305] Die Theorie lege durch die Unterscheidung nach der Normstruktur die Grundlage für ein präskriptives Modell, in dem die grundgesetzlichen Vorschriften nach herkömmlichen Kriterien unter Berücksichtigung von Inhalt, Systematik und Entstehungsgeschichte ausgelegt werden müssten. Aus der Auslegung ergebe sich für jede Verfassungsbestimmung gesondert, ob sie Prinzipiencharakter habe oder nicht.[306]Erst nach diesem Auslegungsschritt könne die Frage beantwortet werden, wie sich die konkrete Norm im konkreten Konfliktfall praktisch auswirken wird und welcher Normstrukturcharakter einer Norm zukommt.[307]

In der Tat kann diesem Vorgehen in der Tat nicht mehr der Vorwurf gemacht werden, bloß rückwirkend-analytisch zu funktionieren, weil mit der durch Auslegung erreichten Klassifizierung eine rechtsdogmatische Kategorie gewonnen ist, welche die praktische Anwendung und Handhab-

304 *Jestaedt,* Grundrechtsentfaltung im Gesetz (1999), S. 218 ff.
305 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 139.
306 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 147.
307 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 148.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

barkeit grundgesetzlicher Vorschriften erhöht.[308] Insofern ergeben sich unzweifelhaft Rationalitätsgewinne. Bei der Rechtsanwendung kann somit auf einen dogmatischen Speicher zugegriffen werden, der erlaubt, im Regelfall den Auslegungsprozess nicht durchexerzieren zu müssen. Zugleich kann aber die (Zwischen-)Feststellung, bei streitentscheidenden Normen handle es sich um Prinzipien oder Regeln, keine eigenen Rechtswirkungen entfalten. Für jeden zu entscheidenden Fall muss nachweisbar sein, dass sich das Kollisionsverhalten einer Norm allein aus deren Auslegung ergibt. Folglich bedeutet dies, dass die Regel-/Prinzipien-Qualifikation keinerlei normativen Eigenwert hat: Ergibt sich nämlich der Normcharakter nur aus der Auslegung der Norm und hängt das Ergebnis eines konkreten Normkonflikts streng akzessorisch von dieser Qualifikation ab, so ergibt sich die Abhängigkeit in gleichem Maße unmittelbar kraft Auslegung. Zugleich lässt sich so auch eine Rechtsregel als ein Rechtsprinzip verstehen, wenn sich dieses Prinzip einzig aus anderen Verfassungsvorschriften bestimmt.

Träfe es tatsächlich zu, dass der Prinzipiencharakter einer Norm vorab (durch Auslegung) ermittelt werden muss, bedeutete dies aus rechtsdogmatischer Sicht eine (überflüssige) Prüfungsverdopplung. In dem Moment, in dem der Prinzipiencharakter einer Norm nur (gewöhnliches) Auslegungsergebnis des Inhalts einer Norm ist, fehlt es (in normativer Hinsicht – und damit für die anwendungsorientierte Rechtsdogmatik) am vorausgesetzten Wesensunterschied zwischen Norminhalt und Normstruktur. Ergibt sich letztere erst aus der Auslegung einer Rechtsnorm, kann diese Struktur nicht mehr eine andere Art der Auslegung bedingen. Es verbleibt ein möglicher Rationalitäts- und Erkenntnisgewinn durch diese (zusätzliche) rechtstheoretische Kategorie. Keinesfalls jedoch kann dieses Auslegungsergebnis normativen Selbststand haben.

C. Legitimationsniveau (Maßstab Art. 20 Abs. 2 GG)

Demokratische Legitimation der Staatsgewalt (des Legitimationsobjekts) im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG wird ausgehend vom Legitimationssub-

308 Vgl. allgemein zu Vorzügen dogmatischer Rechtseinteilungen *Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht, in: *Jabloner/Kucsko-Stadlmayer/Muzak/Perthold-Stoitzner/Stöger* (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode (2011), S. 178 ff.; *Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik, in: *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 30 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jekt mittels spezieller und spezifischer Legitimationsmethoden vermittelt. Während es noch überwiegender Auffassung entspricht, dass durch Zusammenwirken der grundgesetzlich anerkannten Legitimationsmethoden „ein bestimmtes Legitimationsniveau" erreicht werden müsse, welches sehr häufig als „effektive Vermittlung demokratischer Legitimation" bezeichnet wird, verdecken diese Ähnlichkeiten der Terminologie und der Annahmen der Notwendigkeit einer „effektiven" demokratischen Legitimation die Tatsache, dass sich hinter den Begriffen und insbesondere dem Verständnis des „Legitimationsniveaus" grundlegend unterschiedliche Annahmen verbergen. Im Folgenden sollen sowohl die prägenden Gerichtsentscheidungen als auch die für den Rechtsbegriff des Legitimationsniveaus besonders prägenden Ansätze und Annahmen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur dargestellt werden. Dies soll im Wesentlichen nach der Reihenfolge der (Erst-)Veröffentlichung geordnet erfolgen, um so eine Entwicklung im Diskurs aufzeigen zu können. Bezüglich der Beiträge in der Literatur soll bei mehreren Auflagen stets die jeweils aktuellste Konzeption zugrunde gelegt werden. Für die behandelten gerichtlichen Entscheidungen soll dabei nach Möglichkeit nicht nur auf den konkreten, rechtsdogmatischen Maßstab Bezug genommen werden, sondern es sollen auch die Gesamtumstände des Falls berücksichtigt werden, um anschließend eine geeignete Kontextualisierung zu ermöglichen.[309]

Das Legitimationsniveau stellt dabei das entscheidende Element dar, das die übrigen Tatbestandsmerkmale verknüpft und aus ihnen einen Rechtsmaßstab macht. Aus der Verknüpfung ergibt sich die Abhängigkeit von den Einzelelementen, weshalb auch eine isolierte Betrachtung einzelner Maßstäbe schwerlich möglich ist. Deshalb wird es für die Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen notwendig sein, auch auf die jeweiligen Grundannahmen für die übrigen, bereits oben diskutierten dogmatischen Elemente einzugehen.

309 Damit sollen die grundsätzlichen Überlegungen von *Lepsius,* Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (2007), S. 335 ff. zur Beschäftigung mit und Kontextualisierung von Entscheidungen zu Nutze gemacht werden.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. BVerfG: Bremer Personalvertretung (1959)

Noch nicht unter der Überschrift „demokratische Legitimation" beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Bremer Personalvertretung von 1959[310] mit der Zulässigkeit der Einrichtung einer Einigungsstelle, die in personellen und sozialen Angelegenheiten der Beamten zur verbindlichen Letztentscheidung befugt war. Die dortigen Einigungsstellen waren mit drei Vertretern des Dienstherrn sowie drei weiteren Vertretern der Personalvertretungen und dem Präsidenten der Bürgerschaft (bzw. dem durch ihn entsandten Vertreter) als Vorsitzenden besetzt. Als maßgeblich sah das Bundesverfassungsgericht hier Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG an, aus dem sich auch die selbstständige politische Entscheidungsgewalt der Regierung, ihre Funktionsfähigkeit zur Erfüllung der verfassungsmäßigen Aufgaben und Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament als zwingende Gebote der demokratischen rechtsstaatlichen Verfassung ergäben.[311] Hieraus könne nicht eine grundsätzliche Unzulässigkeit eines „ministerialfreien Raums" geschlossen werden; es gebe aber Regulierungsaufgaben, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht auf von Regierung und Parlament unabhängige Stellen übertragen werden dürften. Die Regierung könne ihre Verantwortung nur tragen, wenn nicht Stellen, die unkontrolliert und niemandem verantwortlich seien, Einfluss auf die Staatsverwaltung gewinnen würden.[312] Während Entscheidungen im sozialen Bereich offen für Mitbestimmung der Personalvertretungen sein könnten, stellten Entscheidungen über Personalangelegenheiten der Beamten zentrale Elemente der Regierungsverantwortung dar.[313]

Wenn auch diese Überlegungen noch allgemein gehalten aus dem Begriff des „demokratischen Rechtsstaats" aus Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG hergeleitet werden, ist bereits der Sache eine Ähnlichkeit hinsichtlich der Terminologie und dem Argumentationsmuster zu den Entscheidungen über die demokratische Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG aus späteren Entscheidungen erkennbar: Zwar wird hier noch kein Rückgriff auf das Modell der Legitimationsketten genommen, der Argumentation nach sind jedoch die letztverbindlichen Entscheidungen der Einigungsstelle des-

310 *BVerfG*, Urt. v. 27.04.1959, BVerfGE 9, 268.
311 *BVerfG*, Urt. v. 27.04.1959, BVerfGE 9, 268 (281).
312 *BVerfG*, Urt. v. 27.04.1959, BVerfGE 9, 268 (282).
313 *BVerfG*, Urt. v. 27.04.1959, BVerfGE 9, 268 (283); insoweit werden schon hier Maßstäbe ähnlich den materiell vom Gericht im Urteil zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein verwendeten angelegt, *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37, vgl. dazu unten III.C.15.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

halb nicht zulässig, weil diese weder der Regierung noch dem Parlament verantwortlich seien und damit keine hinreichende personell-organisatorische Legitimation vorhanden, bzw. eine genügende Kompensation durch andere Legitimationskomponenten als Rechtfertigung nicht gegeben sei.

2. BVerfG: Facharztbeschluss (1972)

In seinem Facharztbeschluss von 1972[314] setzte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage der Zulässigkeit der Verleihung von Satzungsgewalt an Berufsverbände des öffentlichen Rechts auseinander. Dabei hielt das Gericht die Delegationsmöglichkeiten des Art. 80 Abs. 1 GG für dann nicht anwendbar, wenn die Normsetzungsbefugnis an einen bestimmten Kreis von Bürgern abgegeben wird, damit innerhalb eines von vornherein durch Wesen und Aufgabenstellung begrenzten Bereichs eigene Angelegenheiten selbst geregelt werden könnten.[315] Aus den Prinzipien des Rechtsstaats und der Demokratie folge, dass sich der Gesetzgeber seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluss auf den Inhalt der zu erlassenen Normen nicht gänzlich preisgeben dürfe; insoweit treffe den staatlichen Gesetzgeber eine gesteigerte Verantwortung.[316] Schon wegen des Regelungsvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG dürfe sich der Gesetzgeber nicht der Entscheidungspflicht für Angelegenheiten derartiger Tragweite entziehen (hier: Einschränkungen der Berufsfreiheit bei Ärzten).[317] Die Zulässigkeit der Regelungen durch die Satzung müsse sich demnach nach einer in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichte-

314 *BVerfG*, B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125.

315 *BVerfG*, B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125 (157 f.).

316 *BVerfG*, B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125 (158); *Kluth* erkennt in dieser Passage eine wesentliche Aussage zur demokratischen Legitimation von Trägern funktionaler Selbstverwaltung und zählt damit diese Entscheidung zu denjenigen, die in der Praxis kaum gesehen bzw. ihre grundlegenden Wertungen kaum beachtet würden, *Kluth*, Der gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation (2015), S. 20 Fn. 22.

317 *BVerfG*, B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125 (159); das Gericht spricht hier von einer gesteigerten Verantwortung des staatlichen Gesetzgebers, den Bereich staatlicher Gewaltausübung, insbesondere den grundrechtsnahen Bereich, selbst zu regeln: Allein dem Gesetzgeber sei aufgegeben zu entscheiden, wann Gemeinschaftsinteressen so wichtig sind, dass Freiheitsrechte einzelner zurücktreten müssen.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten Stufentheorie richten, innerhalb dieses gesetzten Rahmens könne die Satzungsautonomie weiter bestehen.[318] Nach diesen Maßstäben müssten zumindest die „statusbildenden" Normen durch den Gesetzgeber selbst durch ein formelles Gesetz getroffen werden.[319]

Für das Verfassungsgericht waren hier die Fragen nach der Reichweite der Satzungsautonomie für Regelungen in eigenen Angelegenheiten der Mitglieder nicht entscheidungserheblich, weil bereits die Einzelmaßnahmen als unverhältnismäßig angesehen wurden und bereits deshalb die Urteilsverfassungsbeschwerden Erfolg hatten. Nichtsdestotrotz klingt auch in diesem Beschluss an, dass eine genügende Legitimation – zumindest bei für Einzelne derartig bedeutsamen Regelungen – nur von einer gesetzlichen Regelung ausgehen könnte, nicht aber durch eine delegierte Rechtsetzung durch eine Körperschaft, die nicht über eine eigene personell-organisatorische Legitimation verfügt.

3. BVerfG: Nordrhein-westfälische Gemeindeparlamente (1978)

Explizit mit den Maßstäben der Abs. 1 und 2 von Art. 20 GG beschäftigt sich das Bundesverfassungsgericht im Februar 1978 zu den in der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung eingefügten Stadtbezirken.[320] In den verfahrensgegenständlichen §§ 13 ff. GO-NRW war vorgesehen, dass kreisfreie Städte in jeweils drei bis zehn Stadtbezirke aufgeteilt werden sollen, für die jeweils eine eigene Bezirksvertretung gewählt werden sollte. In einer solchen Bezirksvertretung konnte allerdings nur eine Partei oder Wählerliste vertreten sein, wenn gleichzeitig diese Liste auch bei der Wahl des Rates (der gesamten Stadt) mindestens einen Sitz und 5 % der gültigen Stimmen erhalten hat. Die Vertretungen waren dabei mit Entscheidungsbefugnissen, Anhörungsrechten, sowie Vorschlags- und Anregungsrechten ausgestattet.

Den Prüfungsmaßstab leitet das Bundesverfassungsgericht hier aus Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, sowie aus Art. 28 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 GG ab; das demokratische Prinzip gebiete, dass auch die Gemeinden demokratisch organisiert sein müssten. Die Befugnisse der Gemeindeparlamente beträfen vor allem Fragen der Daseinsvorsorge, auf deren Erfüllung die Bürger des Bezirks in ihrer Gesamtheit angewiesen sind. Dadurch, dass

318 *BVerfG*, B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125 (160).
319 *BVerfG*, B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125 (163).
320 *BVerfG*, B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Bezirksparlamente sich der Formen des öffentlichen Rechts bedienten, nähmen sie Hoheitsbefugnisse war, die zuvor im Zuständigkeitsbereich des Rates gelegen hatten.[321] Für diese Ausübung von Staatsgewalt bedürfe es auch in personeller Hinsicht einer genügenden Legitimation. Diese könne entweder durch mittelbare Rückführung auf die Wahl durch das Volk geschaffen werden oder alternativ auch durch unmittelbare Volkswahl. Der neu geschaffene „mittlere Weg durch ein besonderes Wahlverfahren" stelle hingegen eine unzulässige Vermischung derartiger Legitimationskomponenten dar.[322] Auch die Grundmandats- und Sperrklausel führten dazu, dass die Wahl der Bezirksvertretungen nicht mehr unmittelbar sei.[323]

Auch wenn begrifflich noch nicht vom Legitimationsniveau die Rede ist, so ergibt sich doch aus der Argumentation bezüglich der Defizite bei der personell-organisatorischen Legitimationskomponente, dass es ein bestimmtes oder bestimmbares Niveau an Legitimation gibt, das auf verschiedene Arten erreicht werden kann (hier jedoch nur durch die Modi der Wahl) und somit auch als Rechtsmaßstab im engeren Sinne geeignet ist.

4. BVerfG: Kalkar I (1978)

In seinem Beschluss Kalkar I[324] beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht auf Vorlage des OVG Münster mit der Vereinbarkeit des § 7 AtomG mit dem GG, insbesondere der Frage der Möglichkeit einer Delegation der Entscheidung über einen Atomreaktor der Bauart „schneller Brüter" an die Exekutive. Der Schwerpunkt der Prüfung lag hier in Fragen des Vorbehalts des Gesetzes und grundrechtlicher Fragestellungen. Hinsichtlich des Demokratieprinzips des Grundgesetzes stellte das Gericht fest, dass die grundlegende staatliche Aufgabenverteilung durch Art. 20 Abs. 2 GG durch den Verfassungsgeber vorgegeben sei. Insbesondere sei der Exekutive ein bedeutender Anteil der Entscheidungen zugewiesen; vor allem dürfe aus dem Demokratieprinzip nicht ein allumfassender Parlamentsvorbehalt geschlossen werden, weil dies einer fälschlichen Ableitung eines Gewaltenmonismus entspräche.[325] Zwar ergeben sich aus dieser Ar-

321 *BVerfG*, B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (273).
322 *BVerfG*, B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (275).
323 *BVerfG*, B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (280).
324 *BVerfG*, B. v. 08.08.1978, BVerfGE 49, 89.
325 *BVerfG*, B. v. 08.08.1978, BVerfGE 49, 89 (125).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gumentation keine Schlussfolgerungen hinsichtlich eines erforderlichen Maßes an demokratischer Legitimation. Jedoch bezieht sich der Beschluss unmissverständlich auf eine konkrete Funktionsweise der demokratischen Legitimation und legt dieser die Ebene der funktionell-institutionellen Legitimation zu Grunde.

5. BVerfG: Schleswig-Holsteinische Ämter (1979)

Zum Verhältnis zwischen unmittelbarer demokratischer Legitimation durch direkte Volkswahl und mittelbarer demokratischer Legitimation durch Ernennung von Entscheidungsträgern in der Exekutive äußert sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil von 1979 zu den schleswig-holsteinischen Ämtern.[326] Zwar war hier der Prüfungsmaßstab nicht Art. 20 Abs. 2 GG, sondern Art. 2 Abs. 1 und 2 der Landessatzung für Schleswig-Holstein, strukturell entspricht diese Bestimmung aber den Gedanken des Art. 20 Abs. 2 GG. Dabei sieht das Bundesverfassungsgericht die Legitimation bei Vorliegen einer ununterbrochenen Legitimationskette vom direkt gewählten Landtag derjenigen einer Direktwahl der kommunalen Vertretung als gleichwertig an.[327]

Bemerkenswert sind hier die abschließenden Äußerungen des Verfassungsgerichts hinsichtlich der Vereinbarkeit der schleswig-holsteinischen Amtsordnung mit „allgemeinen demokratischen Grundsätzen".[328] Bezugnehmend auf sein Urteil zu den nordrhein-westfälischen Gemeindeparlamenten[329] spricht das Gericht von allgemeinen Prinzipien, die beinhalten, dass sich die Legitimation aus der Rückführbarkeit auf das Volk als Träger der Staatsgewalt ergebe.[330] Offen bleibt hierbei, ob das Gericht demokratische Standards, die in jedem Fall Inhalt eines demokratischen Prinzips sind, anspricht oder ob lediglich das im Wortlaut sehr ähnliche und deshalb möglicherweise strukturgleiche Demokratieprinzip angesprochen wird, dass in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG enthalten ist.

326 *BVerfG*, Urt. v. 24.07.1979, BVerfGE 52, 95.
327 *BVerfG*, Urt. v. 24.07.1979, BVerfGE 52, 95 (121).
328 *BVerfG*, Urt. v. 24.07.1979, BVerfGE 52, 95 (130).
329 *BVerfG*, B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (275).
330 *BVerfG*, Urt. v. 24.07.1979, BVerfGE 52, 95 (130).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

6. Ernst-Wolfgang Böckenförde (1974, 1987)

Erstmals in seiner Untersuchung über „Verfassungsfragen der Richterwahl“[331] entwickelte *Ernst-Wolfgang Böckenförde* 1974 sein rechtsdogmatisches Modell demokratischer Legitimation, welches später noch ausgebaut wurde[332] und für das Bundesverfassungsgericht die dogmatische Grundlage für die späteren Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht[333] und zu den Bezirksvertretungen[334] darstellte.

Bei der Bestimmung der Staatsform proklamiere hiernach das Grundgesetz durch Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ausdrücklich das Prinzip der Volkssouveränität zum verbindlichen Leitgedanken für die Konstituierung der Staatsgewalt in der Bundesrepublik.[335] Zusammen mit Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG würden ein Organisationssystem, das Art und Grenzen von Innehabung und Ausübung von Staatsgewalt bestimmt und damit die Strukturmerkmale der (positiven) Demokratie geschaffen.[336] Dabei erfolge zunächst mit der grundgesetzlichen Festlegung auf das Volk als Inhaber der Herrschaftsgewalt eine abgrenzende Festlegung,[337] die durch die Notwen-

---

331 *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl (1974), S. 71.

332 Vgl. insbesondere *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl. (1987), § 22 (nachfolgend gewürdigt und zitiert nach der aktuellen Auflage von 2004) und *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz (2000).

333 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37.

334 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60.

335 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 2; damit werde zwar auch an die historischen Überlegungen zum Prinzip der Volkssouveränität angeknüpft, die Reichweite hinsichtlich der durch das Grundgesetz aufgenommenen Postulate lasse sich allerdings allein aus der Untersuchung der näheren Ausgestaltung und Begrenzung durch das Grundgesetz entnehmen, *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 4.

336 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 9.

337 Diese Abgrenzung erfolge zunächst historisch zu früheren Verständnissen der Herrschaft bestimmter Personen oder Personengruppen, umfasse aber auch die Herrschaft bestimmter Ideologien oder Ideen, soweit sie sich das Volk als Inhaber der Staatsgewalt nicht zu eigen mache, *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

digkeit effektiver demokratischer Legitimation der Ausübung der Staatsgewalt ergänzt werde. Gegenstand der Legitimation müsse dabei alles amtliche Handeln der staatlichen Organe bzw. der Funktionsträger sein, dem Entscheidungscharakter zukomme.[338] Hierbei stellten die Legitimationsmittel der personell-organisatorischen und sachlich-inhaltlichen Legitimation[339] „verzahnte" Komponenten dar, die in ihrer Kombination die von Art. 20 Abs. 2 GG geforderte Effektivität demokratischer Legitimation erreichen müssten; beide Faktoren könnten sich untereinander in einem gewissen Umfang substituieren, nicht aber vollständig ersetzen.[340] Dabei bestehe die Notwendigkeit eines strukturellen Rahmens für staatlich-amtliches Handeln, der eine Rückbeziehung nicht nur virtuell, sondern real und effektiv ermöglichen müsse.

Für die Exekutive ergebe sich aus dem Modell der Ministerialverwaltung, wie es sich aus der parlamentarischen Wahl des Bundeskanzlers (Art. 63 GG), der Berufung der Bundesminister (Art. 64 GG) und der Ernennung der Beamten durch den zuständigen Minister zeige, was durch die sachlich-inhaltliche Komponenten des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG), die parlamentarische Verantwortlichkeit von Regierung und Ministern (Art. 65 GG) und das ministerielle Leitungs- und Weisungsrecht ergänzt werde. Der so geprägte Typ der Ministerialverwaltung stelle den „normativ unterfangenen" Normalfall der Exekutive und damit den entscheidenden Prüfungsmaßstab nach dem Grundgesetz dar. Dies führe dazu, dass bei von diesem Regeltypus abweichenden Fällen entweder ein

---

338 Anders als bei dem rechtsstaatlichen Aspekt der Wahrung der Freiheit der Bürger werde hier die dauerhafte Rückbindung der staatlichen Gewalt auf das Volk sichergestellt, das sich nicht durch eine einmalige Einrichtung erschöpfen dürfe, *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 11 f.

339 Daneben sei die eigenständige Bedeutung der funktionellen und Institutionellen Legitimation zu würdigen, die durch das Verfassungssystem und die Verteilung der Staatsgewalt auf unterschiedliche Gewalten mit eigenen Funktionsbereichen vorgegeben sei, *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 15; innerhalb der Betrachtung einer Gewalt spielt diese Komponente demokratischer Legitimation daher keine eigenständige Rolle mehr.

340 Mit Verweis auf eine dabei bestehende gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 23, jedoch ohne die aus Art. 20 Abs. 2 GG resultierenden Grenzen der Gestaltung genau zu umgrenzen.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verfassungsrechtlicher Rückhalt in Form einer Sonderregelung erforderlich sei oder andere besondere gesetzlich umschriebenen Aufgaben eine Abweichung von diesem Legitimationsniveau rechtfertigen müssten.[341]

Der Begriff des Volkes sei dabei durch das Demokratiekonzept des Art. 20 Abs. 2 GG als Personengesamtheit von Staatsangehörigen zu verstehen und dürfe nicht als offener und damit ausfüllbarer Begriff angesehen werden.[342] Zudem könne hieraus abgeleitet werden, dass der Volksbegriff nicht nur eine Gruppe von Individuen umfasse, sondern sich allein aus der spezifischen grundgesetzlichen Konkretisierung als Personengesamtheit ergeben könne.[343] Damit sei auch eine situativ bedingte Zusammenstellung einer Betroffenengemeinschaft als Ausgangspunkt für das Legitimationssubjekt ausgeschlossen, weshalb gesellschaftlichen Gruppen und Verbänden als solchen keine spezifisch demokratische Legitimation zukommen könne.[344] Aus diesem Grund sei aber die kommunale Form der Selbstver-

---

341 *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 24.

342 Dies ergebe sich aus einer Auslegung des Volksbegriffs nach Entstehungsgeschichte, systematischem Zusammenhang und (sonstiger) Verwendung des Begriffs im Grundgesetz, *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 27.

343 Aus diesem Grund ergebe sich auch der abschließende Charakter des Volksbegriffs, der eine Erweiterung, beispielsweise hin zur Schaffung eines Wahlrechts für Ausländer strikt ausschließe, *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 28; die Beschränkung des Legitimationssubjekts auf das Staatsvolk sei auch nicht deshalb inkonsequent, weil Wesensmerkmal der auch durch Art. 20 GG konkretisierten Demokratie auch die politische Gleichbehandlung sei, weil das Grundgesetz den Konnex zwischen Staatsangehörigkeit und Demokratie hergestellt habe und sich gerade nicht für eine Mitwirkung aller Betroffenen entschieden habe, *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 46 f.

344 Gleichwohl könne nach der Systematik des Grundgesetzes hier trotz fehlender *demokratischer* Rückbindung die Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit eine Kompensation bewirken, *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 29; entsprechendes gelte dann auch im Anschluss für die funktionale Form der Selbstverwaltung, *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

waltung unproblematisch als verfassungskonform und modellkompatibel anzusehen, weil mit der nur räumlichen Aufteilung des Staatsvolks in Länder und Kommunen jeweils eigene unbestimmte Allgemeinheiten geschaffen würden, die eine derartige Personengesamtheit als taugliches Legitimationssubjekt ergebe.[345] Diese Unterscheidung zwischen kommunaler und funktionaler Selbstverwaltung bedeute nicht die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip, sondern erfordere eine abweichende (grund-)gesetzgeberische Vorgabe, wie sie beispielsweise mit Art. 87 Abs. 2 GG geschaffen worden sei. Aus dieser Systematik ergebe sich allerdings, dass keine Aufgabenübertragung erfolgen dürfe, die in relevanter Weise die Allgemeinheit betreffe oder sonst von politischer Tragweite sei.[346] Die demokratische Mitwirkungsfreiheit innerhalb der unbestimmten Allgemeinheit bewirke eine kollektiv-autonome Freiheit des Volkes insgesamt. Aus der demokratischen Freiheit resultiere dann die Verfügbarkeit der gesamten politischen und rechtlichen Ordnung. Beschränkungen hiervon seien zwar durch das Grundgesetz vorgegeben, indem die grundgesetzlichen Vorgaben nur erschwert geändert werden könnten und die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG völlig unverfügbar seien. Jedoch stelle dies der Konzeption des Art. 20 Abs. 2 GG nach (vergleichbar der kombinierten demokratischen und rechtsstaatlichen Komponente des Art. 21 Abs. 2 GG) keine Beschränkung des Demokratieprinzips von vornherein dar, sondern bedeute ein gleichwertiges sonstiges verfassungs-

345 Vor allem in Abgrenzung zur funktionalen Selbstverwaltung zeige sich hier, dass nicht nach sachlichen Kriterien unterschieden würde (persönlichen, funktions- oder interessenbestimmten Merkmalen), sondern einzig nach regionaler Zuordnung zu verschiedenen Gebietskörperschaften; es werde zwar keine Legitimation vom Staatsvolk selbst bewirkt, sondern von einem Legitimationssubjekt, das nach gleichen Kriterien gebildet worden sei; gleichwohl werde damit kein Staatsvolk im Kleinen geschaffen, sondern allein eine analoge Bildung vorgeschrieben, die unterschiedliche Bedeutung ergebe sich nämlich im Anschluss aus der Verortung der kommunalen Selbstverwaltung in der zweiten Gewalt, *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 31.

346 Damit verblieben vor allem die Bereiche der Ermöglichung gemeinsamer organisierter Grundrechtswahrnehmung und der verfassungsrechtlich anerkannten Sozialverwaltung, *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtliches Formprinzip.[347] Daneben enthalte Art. 20 Abs. 2 GG eine vom rechtsstaatlichen Gleichheitsprinzip abweichende allgemeine Gewährleistung politischer Gleichheit und garantiere durch einzelne explizit vorgegebene Grundgesetzvorschriften die gleiche Teilnahme an politischen Prozessen.[348] Zu dieser spezifisch demokratischen Gleichheit komme noch eine substantielle Gleichheit in Form einer „vor-rechtlichen" Gemeinsamkeit, die eine relative Homogenität des Volkes bewirke und damit überhaupt erst die Grundlage für Kompromisse und loyale Hinnahme von Mehrheitsentscheidungen ermögliche. Als Bewusstseinsphänomen sei dies von naturalen Annahmen abzugrenzen und könne sich in gemeinsamer Religion, Sprache oder Kultur zeigen.[349] Weiterhin sei eine „staatsrechtliche Betrachtung" für die Behandlung der rechtlichen Prinzipien und Merkmale grundlegend und zentral, durch die Staats- und Regierungsform gekennzeichnet seien, zu denen auch die Funktionsbedingungen und damit allgemein die notwendigen vorverfassungsrechtlichen Voraussetzungen zu zählen seien.[350] Als wesentlich stellten sich hier die soziokulturellen Voraussetzungen dar, die für eine gelingende Demokratie erforderlich seien.[351] Betrachte man hiervon ausgehend das Zusammenwirken von

---

347 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 38.

348 Hierzu gehörten aktives und passives Wahlrecht (Art. 38 Abs. 1 GG), der gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 33 Abs. 2 GG), demokratische Freiheitsrechte (Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 GG, Art. 9 GG), sowie die Gleichheit der politischen Parteien zur Wahrung ihres Rechts auf Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 GG und Art. 21 GG), *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 41.

349 Mit dem Hinweis auf eine politisch wichtige Identität als verbindendem Kern für den Volksbegriff *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 47 f.

350 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 58.

351 Zu diesen gehörten zunächst die gesellschaftlichen Voraussetzungen, die eine Emanzipationsstruktur der Gesellschaft erfordere, die Abwesenheit theokratischer Religionsformen und eine relative Homogenität innerhalb der Gesellschaft; daneben müssten geistig-bildungsmäßige Voraussetzungen wie ein entwickeltes Schulsystem und eine hinreichende Information und Kommunikation innerhalb der Gesellschaft sichergestellt sein, *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Demokratie und Rechtsstaat, zeigten sich zunächst völlig unterschiedliche Zielrichtungen beider Strukturprinzipien. Während Demokratie nach Träger und Inhaber frage und damit ein organisatorisch-formales Formprinzip darstelle, bedeute das Rechtsstaatsprinzip durch die Inhalts- und Verfahrenszentrierung ein material-verfahrensmäßiges Formprinzip, das sogar unabhängig vom Demokratieprinzip verwirklicht werden könnte.[352] Verschränkt seien jedoch beide Prinzipien an verschiedenen Stellen, wie an der Bindung der Gewaltengliederung an das demokratische Prinzip und an der Begrenzung der Demokratie durch rechtsstaatliche Gewährleistungen gezeigt werden könne.

Unter der Überschrift „Demokratische Willensbildung und Repräsentation" befasst sich *Böckenförde* anschließend mit den Elementen realisierbarer demokratischer Organisation und Legitimation. Zur Anerkennung notwendigerweise selbsthandelnder Organe in der Demokratie gehöre eine Legitimationskette, um die Handlung des Organs dem Volk auch zurechnen zu können.[353] Daneben sei die Unabhängigkeit der Leitungsorgane von Partikularbindungen imperativer Mandate notwendig, um ihren repräsentativen Charakter zu wahren.[354] Schließlich müsse die dauerhafte Aktualisierung des Legitimationszusammenhangs sichergestellt sein und die Bindung an Grundregeln und Strukturen bewirkt werden, die jedoch

---

Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 60 ff.; als weitere Notwendigkeit ergebe sich das Vorhandensein politisch-struktureller Voraussetzungen, zu denen die Beurteilbarkeit politischer Entscheidungsfragen, die nur begrenzte Interdependenz politischer Entscheidungen und die Steuerbarkeit gesellschaftlicher Teilsysteme gehörten, *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 69 ff.; schließlich müssten auch noch ethische Voraussetzungen vorliegen, damit die Akzeptanz von demokratischen Mehrheitsentscheidungen auch hergestellt werden könnte, *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 74 ff.

352 *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 83 f.

353 *Böckenförde,* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 34, Rdnr. 16 f.

354 Insbesondere in Hinblick auf Parteibindungen *Böckenförde,* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 34, Rdnr. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jederzeit geändert werden könnten, um die Begrenzung durch den und Bindung der Leitungsorgane an den Willen des Volkes dauerhaft zu gewährleisten.[355] Gefährdungen für die Wirksamkeit demokratischer Rückbindung ergäben sich stets dann, wenn durch steigende Informationsbereitstellung die Handelnden überfordert würden und von Informationen sachverständiger Dritter abhängig würden, die regelmäßig auch eigenen Interessen folgten.[356] Zugleich käme mit der Vorauswahl von Informationen den Medien eine große und damit die Unabhängigkeit strukturell gefährdende Machtposition zu.[357] Nur, wenn diese Gefährdungen umschifft werden könnten, sei auch faktisch eine Akzeptanz des Legitimationssystems durch die Bürger gewährleistet. Deshalb liege die Verantwortung für eine wirksame demokratische Repräsentation bei den verantwortlichen Repräsentanten.[358] Alternativlos sei die Repräsentation und die Notwendigkeit ständig aktualisierter Legitimation jedoch insoweit, als der Rückgriff auf identitär-unmittelbare Demokratieformen nicht zu einer stärkeren Rückbindung führen könne.[359]

In seinen Darstellungen zur grundgesetzlichen Demokratie und zur allgemeinen demokratischen Willensvermittlung zeigt sich *Böckenfördes* doppelter Anknüpfungspunkt: Aus staats- und verfassungstheoretischen Erwägungen, in die er explizit historische, politische und soziologische Überlegungen mit einbezieht, entwickelt er sein Modell, dessen positive Verankerung im Grundgesetz er (erst) im zweiten Schritt darlegt und damit auch wesentlich vom normativ-dogmatischen Demokratieprinzip

355 Diese Konsequenz sei jedoch bei der Schaffung des Grundgesetzes nicht vollständig konsequent gezogen worden, weil das letzte Element der Volksabstimmung über eine Verfassungsänderung anders als in einigen Landesverfassungen nicht vorgesehen sei, vgl. *Böckenförde,* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 34, Rdnr. 19 ff.

356 Insbesondere bei Unterstützung von Entscheidungen durch Lobbyisten, vgl. *Böckenförde,* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 34, Rdnr. 37 f.

357 *Böckenförde,* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 34, Rdnr. 39 ff.

358 *Böckenförde,* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 34, Rdnr. 45 ff.

359 *Böckenförde,* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 34, Rdnr. 53; 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausgeht. Diese Verschränkung beider Ansätze zwingt dazu, für eine rein (positiv-)rechtliche Betrachtung die Elemente herauszustellen, die seinem rechtlichen Maßstab zugehörig sind: Hieraus ergibt sich ein aus Art. 20 Abs. 2 GG und den Organisationsvorschriften des Grundgesetzes bestimmbares Legitimationssystem, das von der Notwendigkeit der Verknüpfung des Legitimationssubjekts mit dem Volk als unbestimmte Allgemeinheit ausgeht und einem Legitimationsniveau, das durch das hierarchisch geprägte Modell der Verwaltungsorganisation geprägt ist und Ausnahmen im Falle eines genügenden Rechtfertigungstitels zulässt. An dieser Stelle stellt sich jedoch die Frage, inwieweit sich die rechtstheoretische und rechtsinhaltliche Betrachtung bei *Böckenförde* trennen lassen: Gerade für den zentralen Ansatzpunkt einer notwendigen „unbestimmten Allgemeinheit" für ein demokratietaugliches Legitimationssubjekt scheint die Begründung eher vollständig durch verfassungstheoretische Überlegungen zu erfolgen, als dass die Argumentation als Positivierungsnachweis für die Aufnahme durch Art. 20 Abs. 2 GG angesehen werden könnte.

7. BVerfG: Neue Heimat (1987)

Erneut nur von untergeordneter Bedeutung wurde das Demokratieprinzip durch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss von 1987 zum Untersuchungsausschuss „Neue Heimat"[360] angesprochen. Entscheidungserheblich waren hier lediglich die Erforderlichkeit demokratischer Legitimation und das Vorhandensein der Legitimation selbst für den Untersuchungsausschuss. Erstere wurde ohne nähere Erläuterung daraus gefolgert, dass parlamentarische Untersuchungsausschüsse öffentliche Gewalt ausübten;[361] Hintergrund waren spezifisch hoheitliche Befugnisse des Untersuchungsausschusses, insbesondere die der StPO angelehnten Ermittlungsbefugnisse. Nach Ansicht des Gerichts leite sich die demokratische Legitimation zur „Wahrung des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 GG)"[362] daraus her, dass die Ausschussmitglieder als gewählte Parlamentarier unmittelbar demokratisch legitimiert seien. Insofern wäre auch die Ausschussbesetzung nicht als Frage der Legitimation, sondern nur als eine solche der personellen Zuständigkeit anzusehen.[363] Im Rahmen eines *obiter dictum* weist

360 *BVerfG*, B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1.
361 *BVerfG*, B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (40).
362 *BVerfG*, B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (41).
363 *BVerfG*, B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (41).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Gericht allerdings auch darauf hin, dass diese Legitimation nicht automatisch auch bei separaten juristischen Personen des öffentlichen Rechts entsprechend hergestellt sei, hier müsse explizit für die demokratische Legitimation eines mit eigenen Befugnissen ausgestatteten Organs eine Bestimmung durch die Volksvertretung im Ganzen erfolgen.[364]

8. BVerfG: Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht (1990)

a) Kommunales Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein

In seinem Urteil vom 31.10.1990 zog das Bundesverfassungsgericht erstmals Art. 20 Abs. 2 GG als entscheidungsrelevanten Verfassungsmaßstab heran und erklärte das Schleswig-Holsteinische Wahlgesetz für Gemeinden und Kreise insoweit für unvereinbar mit dem GG und nichtig, als Ausländern unter bestimmten Voraussetzungen ein Wahlrecht auf kommunaler Ebene eingeräumt wurde.[365] Das Bundesverfassungsgericht stellte dabei den strengen Bezug von Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG und damit auch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 auf das deutsche Staatsvolk fest und erteilte der Legitimation durch eine Gruppe von jeweils Betroffenen eine Absage. Dieser Konnex zwischen dem deutschen Volk und Legitimationsbegründung wird vom Gericht auch als prägend angesehen, somit als zwingend erforderliches Element des Homogenitätsgebots. Denn Kommunen könnten nicht als beliebige körperschaftliche Verfasstheit angesehen werden, sondern seien elementarer Bestandteil des bundesstaatlichen und demokratischen Staatsaufbaus.[366]

Möglichkeiten zur gesetzgeberischen Beeinflussung sieht der Senat (einzig) in denkbaren Änderungen im Staatsangehörigkeitsrecht, um über diesen Weg eine erweiterte dauerhafte Zugehörigkeit zum Staatsangehörigenverband zu schaffen, und in der (damals bereits absehbaren) Erweiterung durch das Gemeinschaftsrecht, sofern es durch eine entsprechende Verfassungsänderung flankiert werde.

Ohne explizit die neue besondere Erkenntnis zu betonen geht das Gericht in der Entscheidung erstmals wegen der Verfassungssatzes „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) davon aus, dass sich gerade nicht „die Entscheidungen zur Staatsgewalt von den je-

364 *BVerfG*, B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (41).
365 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37.
366 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (51).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weils Betroffenen her zu legitimieren haben", sondern das Subjekt der Staatsgewalt das Volk als zur Einheit verbundene Gruppe von Menschen haben müsse.[367] In der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts wird damit deutlich, für wie detailliert die grundgesetzlichen Vorgaben der Demokratie auch für den Aufbau und die Funktionsweise der Länder erachtet werden. Der Sache nach wird dabei der zu Grunde liegende Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG wie jeder andere Verfassungssatz auch ausgelegt und als Maßstab für eine (schlichte) Feststellung herangezogen, ob nämlich eine bestimmte staatliche Konstruktion für legitimiert und damit rechtmäßig oder für nicht legitimiert und rechtswidrig erachtet wird. Zumindest die Tatbestandsvoraussetzung „Volk" wird hier klar als subsumtionsfähig angesehen.

Der Argumentationsschwerpunkt in der Entscheidung des Gerichts (zumindest gemessen am Umfang der hierzu ausgeführten Entscheidungsgründe) liegt eindeutig bei der Auslegung des Volksbegriffes des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG und bei der Reichweite des Homogenitätsgebots aus Art. 28 Abs. 1 Satz. 2 GG. Insofern erscheint schon bemerkenswert, wie kurz und einfach das dogmatische, dahinterstehende Verständnis von Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG eingeführt wird.

b) Ausländerwahlrecht Hansestadt Hamburg

Im Unterschied zum am gleichen Tage entschiedenen Parallelverfahren (Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein) handelte es sich im Urteil zum Ausländerwahlrecht für Bezirksversammlungen der Hansestadt Hamburg[368] im Stadtstaat nicht um Kommunen im Sinne des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG. Im fraglichen Gesetz war vorgesehen, dass die Bezirksversammlungen den Bezirksämtern zur Seite stehen und weitreichende Weisungsmöglichkeiten im Rahmen der Vorgaben des Senats haben sollten. Somit lag in diesem Verfahren der Schwerpunkt auf der Frage, ob diese Bezirksversammlungen Staatsgewalt ausübten, auch wenn das Vorhandensein der Letztentscheidungsbefugnis offen blieb. Relevant ist hier damit die Verschränkung von Entscheidungsbefugnissen. Auch bei weisungsgebundenem Handeln entfalle die legitimationserfolgende Ausübung von Staatsgewalt gerade nicht. Allenfalls dürfe hier der Entscheidungsgehalt als eingeschränkt angesehen werden, was im Rahmen der Erforderlichkeit

367 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (50 f.).
368 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eines bestimmten Legitimationsniveaus wiederum berücksichtigt werden könne. Somit erkennt das Bundesverfassungsgericht bei der Tätigkeit der Bezirksversammlungen eine Ausübung legitimationsbedürftiger Staatsgewalt, die über Art. 28 Abs. 1 Satz 1 hierfür als zwingend erforderlich angesehen wird.

Ausführlicher als in der Parallelentscheidung zum kommunalen Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein geht der Zweite Senat auf den nach Art. 20 Abs. 2 GG erforderlichen Zurechnungszusammenhang ein und dabei erstmalig deutlich von der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit aus, dass jede Ausübung von Staatsgewalt hinreichend demokratisch legitimiert sein müsse und hierfür eine kanalisierte Vermittlung von Legitimation erfolge.[369] Damit findet sich erstmals eine genaue Ausformulierung des dogmatischen Modells demokratischer Legitimation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Auch das Merkmal „Staatsgewalt" (bzw. in der Formulierung „Legitimationsobjekt") stellt hierbei für das Gericht offensichtlich einen subsumtionsfähigen Tatbestand dar. Die Entscheidung des Gerichts ist für den aus Art. 20 Abs. 2 GG abgeleiteten Rechtsmaßstab der „demokratischen Legitimation" von herausgehobener Bedeutung, weil sie die Einhaltung eines bestimmten Legitimationsniveaus als Referenz fordert.[370] Die konkrete Formulierung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabs liefert zwar verschiedene Möglichkeiten der Interpretation;[371] die Herleitung und die Ausbuchstabierung hingegen sprechen für das zugrundeliegende Verständnis von substituierbaren Legitimationsfaktoren, deren Zusammenwirken jedenfalls im „herkömmlichen Hierarchiemodell" hinreichend sind.

Die beiden Entscheidungen des Zweiten Senats zum Ausländerwahlrecht müssen dabei als zusammenhängend angesehen werden, weil erst in der Zusammenschau beider Urteile vom gleichen Tage das gesamte

---

369 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (71 f.) unter expliziter Bezugnahme auf *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl. (1987), § 22, Rdnr. 14.

370 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72): „aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau".

371 So wird von einigen Autoren gerade die Heranziehung des Begriffs der „Effektivität" als Einbruchsmöglichkeit für empirische Elemente angesehen, vgl. *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Modell demokratischer Legitimation der Staatsgewalt deutlich wird. Während die grundlegende Funktionsweise des Art. 20 Abs. 2 GG in der Entscheidung zum Ausländerwahlrecht Hamburg dargestellt wird, beschränkt sich das in der Entscheidungssammlung zuerst abgedruckte Urteil zur Schleswig-Holsteinischen Regelung auf die Ergänzungen des Modells hinsichtlich des Volksbegriffs.

9. Ernst Thomas Emde (1991)

In seiner 1991 veröffentlichten Dissertation untersucht *Ernst Thomas Ende* richtungsweisend „die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung".[372] Am Beispiel der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der (damaligen) Bundesanstalt für Arbeit entwickelt er ausgehend vom Regelmodell demokratischer Legitimation die Besonderheiten, die bei der funktionalen Selbstverwaltung auftreten.

Da im Ausgangspunkt die nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG herzustellende demokratische Legitimation nicht vergleichbar wie im Fall der hierarchischen Ministerialverwaltung erreicht werde, müssten sich Abweichungen von diesem Modell ergeben. Hier diskutiert *Emde*, ob ein reduzierter Legitimationsbegriff zugrunde gelegt werden oder ob Ansätze der Verzichtstheorie zielführend sein könnten, was er aus methodischen Gründen für unmöglich hält.[373] Am ehesten entspreche die Funktionsweise der funktionalen Selbstverwaltung jedoch den Argumentationsmustern autonomer demokratischer Legitimation, weil dies der tatsächlichen Motivationslage am ehesten entspreche und im Ergebnis diese Verwaltungsform ohnehin allgemein als zulässig angesehen werde.[374] Möglich werde die Rechtfertigung für die Einrichtung nicht voll personell legitimierter funktiona-

372 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991).

373 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 306 ff.

374 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 315 f.; insbesondere erkennt er in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verschiedentliche Hinweise auf eine gebotene Kongruenz zwischen Herrschaftsunterworfenheit und Herrschaftsrechtfertigung, den er auch auf andere Sachverhalte wie die Legitimation übertragen will, *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 320; im Ergebnis sieht er diese Argumentation durch *BVerfG,* B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125 (159) und *BVerfG,* B. v. 14.07.1987, BVerfGE 76, 171 (184 f.) bestätigt.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ler Selbstverwaltungsträger jedoch durch Kompensation durch materielle Komponenten und den „vorläufigen" bzw. prinzipgeprägten Gehalt des Art. 20 Abs. 2 GG.[375] Der Normalfall erschließe sich aus dem Regeltypus der Ministerialverwaltung, deren Verwirklichung sich durch das Zusammenspiel verschiedener grundgesetzlicher Regelungen ergebe.[376] Für die Ausnahmen von diesem Modell, das für die Formen der nicht-kommunalen Selbstverwaltung nicht zur Einhaltung eines erforderlichen Legitimationsniveaus führt, diskutiert *Emde* Kompensationsmöglichkeiten durch die Partizipation Betroffener.[377] Ebenso wie die Legitimation hierdurch sieht er eine geeignete Rechtfertigung durch einen Verzicht oder ein generell herabgesenktes Legitimationsniveau, weshalb eine Rechtfertigung im Einzelfall erfolgen müsse; das Art. 20 Abs. 2 GG zugrunde liegende Konzept stelle sich jedoch unzweifelhaft als das Modell staatlicher Verwaltung unter ministerieller Leistung in Kombination mit Leitungs- und Organisationshoheit des Ministers und umfassender Sachentscheidungsbefugnis und der parlamentarischen Kontrolle dar, dessen Abweichungen rechtfertigungsbedürftig seien.[378]

In einer detaillierten Überprüfung der gesetzgeberischen Motive kommt *Emde* zu dem Schluss, dass von einer gesamtheitlichen Vorstellung eines Wesens „der Selbstverwaltung" nicht ausgegangen werden könne. Insbe-

375 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 335 f.

376 Dieses Zusammenwirken sieht er durch Art. 20 Abs. 2 und 3, Art. 33 Abs. 4 und 5, Art. 63-67 und Art. 86 GG begründet, die zusammen genommen die Tradition einer seit dem Absolutismus bestehenden hierarchisch aufgebaute Staatsverwaltung unter ministerieller Leitung in den Dienst der Demokratie gestellt habe, vgl. *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 351 f.

377 Diese Beteiligung Betroffener sieht er insbesondere als rechtlich greifbar an, wenn eine hinreichend geeignete Abgrenzung vorgenommen wird; als „Scharnier und Bindeglied" zwischen Staat und Bürger stellten diese Ansätze insbesondere eine immanente Fortentwicklung der grundgesetzlichen Verwaltungsordnung dar, *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 356 f.

378 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 362 ff.; dabei diskutiert er mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, Art. 28 und Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 WRV verschiedene Sonderfälle, sieht diese allerdings als so punktuell an, dass nur für diesen konkreten Einzelfall eine geeignete Rechtfertigung vorliegen könne: deren positivrechtliche Ausnahmestellung spreche dafür, Ausnahmen von Standardmodell demokratischer Legitimation als der hierarchischen Ministerialverwaltung nur zuzulassen, wenn besondere grundgesetzliche Rechtfertigungen bestünden.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sondere habe im Parlamentarischen Rat sehr viel eher die Überlegung im Mittelpunkt gestanden, ob die Organisationsfragen gleich vollständig zu klären seien oder ob dies dem (einfachen) Bundesgesetzgeber überlassen werden könne; lediglich die Verfassungsmäßigkeit des bisherigen Sozialversicherungssystems sei mit Art. 87 Abs. 2 GG spezifisch festgestellt worden.[379] Insgesamt ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte der Art. 86, 87 und 130 Abs. 3 GG, dass – ohne weitere Fokussierung auf Fragen der Legitimation – nur im Mittelpunkt gestanden habe, ob diese bewährten Konstruktionen weiterhin als zulässig angesehen werden dürften.[380]

Durch das Zusammentreffen des grundgesetzlichen Regelmodells der hierarchischen Ministerialverwaltung und der punktuellen Gestattung abweichender Selbstverwaltungskonstruktionen ergebe sich, dass letztere auch im Hinblick auf ihre demokratische Legitimation zulässig sein müssten, gleichwohl die hier vorgesehene Palette der Verwaltungstypen nicht ins freie Belieben des Gesetzgebers gestellt werden könne. Prägend seien allerdings auch aus verfassungsrechtlicher Sicht für die Selbstverwaltung die gesetzliche Errichtung sowie die Unterwerfung unter die Staatsaufsicht.[381] In dieser Staatsaufsicht erkennt *Emde* ein Mindestmaß an Zurechnungszusammenhang zwischen Staatsvolk und Selbstverwaltungsorganen. Der Fachaufsicht hingegen könne eine derartige Leistung nicht zugeschrieben werden; zusammen mit dem Wesentlichkeitsvorbehalt werde durch die Staatsaufsicht ein weiterer Damm gegen die Gefahr der Auflösung der Legitimationsordnung geschaffen.[382] Dies stellt er allerdings unter den

379 Hier weist *Emde* darauf hin, dass mit dem Bestand der Sozialversicherungsorganisation von 1949 auch eine „ausbreitende Verbandsherrschaft sowie die mit ihr einhergehende Mediatisierung und Marginalisierung der Mitglieder" einherging, *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 371; hieraus ergebe sich, dass die Selbstverwaltung an sich für den Parlamentarischen Rat kein wesentliches Problem habe darstellen können.

380 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 372 f.

381 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 376 ff.

382 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 378; hier wird allerdings weder erläutert, wie sich der Wesentlichkeitsvorbehalt in legitimatorischer Hinsicht auswirken kann, noch die Frage, weshalb die Rechtsaufsicht allein für den Aspekt der Legitimation entscheidend sein soll: geht es der Rechtsaufsicht nur um die Einhaltung eines zwingenden rechtlichen Rahmens, werden die mit der Fachaufsicht angesprochenen und für die Rückführbarkeit von Entscheidungen auf einen Volkswillen entscheidenden Fragen ausgelassen, wie ein Entscheidungsspielraum ausgefüllt werden soll bzw. wer hierüber zu entscheiden hat.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorbehalt, dass nicht alle Aufgaben des Staates an Selbstverwaltungsträger abgegeben werden dürften. Die Selbstverwaltung könne nur die Stelle des Juniorpartners in der staatlichen Verwaltung im Verhältnis zur Ministerialverwaltung einnehmen.[383] Als Kategorien für die Zulässigkeit der Selbstverwaltung vor dem Hintergrund demokratischer Legitimation erkennt *Emde* dabei die Bedeutung der Aufgabe in Hinblick auf den politischen Führungsanspruch der Regierung und die Abgrenzbarkeit der Betroffenen von einer unbestimmten Allgemeinheit. Aus diesem Grunde der „strukturnotwendigen Begrenzung der Selbstverwaltung" eigneten sich hierfür besonders Träger, die an Berufsrollen oder Berufspflichten bzw. -rechte anknüpften, also Universitäten, Sozialversicherungsträger und die Kammerverwaltung.[384]

Dadurch, dass die Selbstverwaltung nicht den verfassungsrechtlichen Normalfall bedeute und als Ausnahme vom Grundmodell demokratischer Verwaltung angesehen werde, ergebe sich die notwendige Schlussfolgerung, dass bei Auslegungsfragen die Interpretation in Richtung des Regelmodells erfolgen müsste. Der Grund hierfür ergebe sich eben aus der Ausnahmestellung, deren Reichweite der Freistellung stets restriktiv und gesondert für jeden Einzelfall verstanden werden müsste.[385] Dabei müsse berücksichtigt werden, dass der demokratischen Legitimation immanent sei, dass die Formen ihrer Verwirklichung dispositiv und ausgestaltbar seien.[386] Die autonome Legitimation, die als Grundlage für die Selbstver-

383 Dabei verweist *Emde* darauf, dass das Gericht in *BVerfG*, Urt. v. 27.04.1959, BVerfGE 9, 268 (282) eine Unterscheidung nach politischer Tragweite vorgenommen hätte, diese allerdings nicht näher definiert habe; im Ergebnis würden allerdings die gleichen Annahmen und Faktoren zugrunde gelegt, die auch für die Entwicklung des Wesentlichkeitstheorems bemüht würden, vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 379 f.

384 Gleichwohl wird die besondere Schwierigkeit der Abgrenzung der Betroffenheit hervorgehoben, weil diese nicht naturwissenschaftlich ausgeschlossen werden könne; vielmehr müsse *Emde* zufolge die Überlegung hierfür herangezogen werden, ob bei Entscheidungen finanzielle und sonstige Einwirkungen auf die Allgemeinheit in den Prozess der Entscheidungsfindung eingestellt würden oder ob diese lediglich als diffuse Ausstrahlungen auf die Allgemeinheit angesehen werden müssten, *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 380 f.

385 *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 382 f.

386 *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 385; dies ergibt sich *Emde* zufolge daraus, dass die Demokratie auch nur einer Selbstverwaltung aller Bürger darstelle und diese zum Grund habe, dass der Staat um des Menschen willen und nicht um der Staates Willen existie-

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

waltungsträger vorhanden sei, stelle auch eine demokratische dar, weil sie eine vom Staatvolk bestimmte Substitution darstelle, die sich im von ihm gesetzten und in seiner Disposition stehenden Rahmen halte.[387] Mit der Anerkennung der legitimationsstiftenden Leistung von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung als Form einer autonomen Legitimation wendet sich *Emde* gegen die Theorien, die in dieser Komponente keine demokratische Funktion und somit außerhalb der staatlichen (Bundes- oder Landes-)Ebene und der Selbstverwaltung in ihrer kommunalen Form keine weitere geeignete Legitimationsbasis sehen.[388] Dies begründet er zum einen mit verfassungstheoretisch-historischen Gründen: Die Abgrenzung habe gerade zum zentralistischen Ansatz *Carl Schmitts* gedient, der einen „sinnentstellten und inhaltsleeren" Demokratiebegriff zugrunde gelegt habe, von dem es sich abzugrenzen gelte, weil hiernach selbst eine totalitäre Herrschaftsform erfasst sei, wenn sie nur politische Einheit stiften könnte.[389] Der Begriff der Demokratie habe sich weiterentwickelt und könne auch Herrschaftsformen durch Selbstverwaltungen zulassen, soweit die Herrschaft des Volkes nicht hierdurch generell in Frage gestellt würde. Vielmehr könne eine Ausgestaltung demokratischer Vorstellungen vorgenommen werden, wenn die Distanzierung von der Idee besonders Berechtigter hinreichend vorgenommen werde.[390] Historisch spreche gegen

---

re; aus diesem anthropologischen Weltbild ergebe sich ein Zielzustand, der auf verschiedene Weisen erreicht werden könne.

387 *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 388 f.

388 Damit wendet sich *Emde* insbesondere gegen den Ansatz seines Lehrers *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl. (1987), § 22, der von der Notwendigkeit einer „unbestimmten Allgemeinheit" für den Ausgangspunkt spezifisch demokratischer Legitimation ausgeht, vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 390 ff.

389 *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 393 ff.; ähnlich sieht *Emde* im Folgenden auch die Grundverständnisse der liberal-demokratischen Staatstheoretiker, allen voran *Hans Kelsen*: ihnen sei es vor allem um den Schutz der Demokratie vor einer „Aushöhlung von der Peripherie her" gegangen, nur deshalb seien der Demokratiebegriff so zentralistisch verstanden worden und die hierarchische Ministerialverwaltung als ausschließliches Modell befürwortet worden.

390 Hierfür nennt *Emde* die Idee der Distanzierung vom ständischen Privilegienstaat: Die Demokratie habe die Gleichheit als Grund und verhindere damit die privilegienförmige Aufteilung von Herrschaftsbefugnissen, *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 397 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Ablehnung autonomer Legitimation vor allem, dass demokratische Elemente sich im monarchischen Staat in Abgrenzung von der monarchischen Exekutive entwickelt hätten und es deshalb eine Verkehrung dieses Gedankens darstellen würde, die historischen Wurzeln der Demokratie gerade gegen ihre moderneren Ausprägungen zu stellen.[391]

Auch dogmatisch sieht *Emde* die autonome Legitimation als geeignet an, spezifisch demokratische Legitimation zu begründen. Die radikal zentralistischen Ansätze seien dabei bereits wegen der in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG aufgenommenen Sonderfälle ausgeschlossen. Die weiterhin bei *Böckenförde* postulierte unbestimmte Allgemeinheit ergebe sich zudem nicht aus den grundgesetzlichen Vorgaben, könne lediglich verfassungstheoretisch – nicht aber verfassungsdogmatisch – plausibel gemacht werden und sei damit verfassungspolitischer Natur.[392] Dies ergebe sich daraus, dass Art. 20 Abs. 2 GG überhaupt keinen uneingeschränkten Grundsatz als „Monopol" enthalte, sondern durch verfassungsrechtlich vorgegebene Formen der Selbstverwaltung eingeschränkt werde. Zudem ergäben sich diverse Folgeprobleme bei der Beschränkung auf die legitimationsstiftende Fähigkeit einer unbestimmten Allgemeinheit. Würde man funktionale Selbstverwaltungsformen (wegen ihrer im Grundgesetz vorgesehenen Zulässigkeit) nur wegen einer verfassungsrechtlich vorgegebenen Lockerung der Legitimation als zulässig ansehen, käme dies einem „systematischen Offenbarungseid" gleich, weil dann der Grundgedanke der allgemein erforderlichen demokratischen Legitimation aufgegeben würde.[393] Deshalb müssten die Vorgaben des Grundgesetzes dahingehend ausgelegt werden, dass der Mitwirkung Betroffener in Selbstverwaltungsträgern ein eigener demokratischer Wert zugesprochen werde.

Von der grundsätzlichen Zulässigkeit autonomer Legitimationsformen ausgehend entwickelt *Emde* Anforderungen für die Geeignetheit im Einzelfall. Aus dem auf Staatsebene wegen Art. 20 Abs. 2 Satz. 1, Art. 38 Abs. 1

---

391 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 399 ff.

392 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 402 f.

393 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 404 f.; notwendige Grundlage für diese These ist aber die Vermutung bzw. Postulation einer notwendigerweise konsistenten Systematik; gerade das positive Recht kann jedoch dadurch, dass allgemeingültige Grundsätze und Ausnahmen im Einzelfall vorgesehen sind, – auch und vor allem im Wege des Kompromisses – Kombinationen schaffen, die sich gerade nicht systematisieren lassen.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Satz 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG strikt vorgesehenen demokratischen Gleichheitsgebot bzw. Differenzierungsverbot, das durch die Konkretisierungen der politischen Grundrechte in Art. 4, 5, 8 und 9 GG bestätigt werde, ergebe sich die generelle Anforderung an eine Legitimationseignung: Nur wenn auch auf Ebene der Selbstverwaltung diese grundlegende Gleichheit beachtet würde, könne auch autonom(e) Legitimation erzeugt werden – es sei denn, das positive Verfassungsrecht sehe eine besondere Ausnahme hierfür vor.[394] Ausnahmen hierfür würden für den Bereich der „objektbezogenen" Selbstverwaltungseinrichtungen anerkannt, welche nicht an einer Eigenschaft einer Person anknüpfen, sondern an einem Gegenstand bzw. regelmäßig am Eigentum. So lägen verschiedentlichen Realkörperschaften Differenzierungen nach Eigentumsbeteiligungen zugrunde, was zulässig sei, solange – beispielsweise durch das Abstellen auf Beteiligungsverhältnisse – ein sachlicher Grund vorliege und damit keine Abstufungen einer personalen Herrschaft vorgenommen würden.[395]

Im Rahmen einer historischen Betrachtung nimmt *Emde* daran anschließend eine Beurteilung vor, welche Bedeutung gleichheitswidrige Binnenstrukturen für die Tradition und darauf aufbauend für die noch aktuelle Dogmatik haben. Hier zeigt er zunächst die verhältnismäßig undemokratischen Entwicklungslinien (vor allem der kommunalen Selbstverwaltung) aus der Zeit der Konstitutionalisierung auf, denen es mehr um Privilegierung als um strikte Gleichbehandlung gegangen sei, um dann die maßstabsetzende Gewalt des Verfassunggebers herauszustellen, der sich in Ausübung seiner souveränen Dispositionsfreiheit für das Konzept eines egalitären Legitimationsmodells habe entscheiden können und dies auch getan

394 Dabei sei es unschädlich, dass anders als bei der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG im Falle der funktionalen Selbstverwaltung nicht eine spezielle Verfassungsvorschrift die Geltung strikter Gleichheit vorsieht: Neben systematischen Gründen spräche hiergegen die nicht vergleichbare Entstehungsgeschichte der Art. 28 GG für Legitimationsfragen und Art. 86 f. GG für Organisationsfragen, *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 407 f.

395 Insoweit läge eine Differenzierung nach Rechten und Pflichten nach einem staatlich festgelegten Schlüssel vor, *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 409 f.; dies bedeute jedoch keine notwendige, sondern eine lediglich zulässige Differenzierung, die auch nur dann tragfähig sei, wenn ihr Ziel die Abbildung dieser unterschiedlichen Ausgangsverhältnisse sei; gleichwohl müsse auch personalen Pflichten (bei Industrie- und Handelskammern) die verhaltensreglementierende Komponente im Vordergrund stehen und hier Differenzierungen nach Beteiligung ausschließen.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

habe.[396] Im Ergebnis kommt er damit zur Notwendigkeit egalitärer demokratischer Legitimationsteilhabe, von der Abweichungen allein aufgrund einer besonderen grundgesetzlichen Rechtfertigung zulässig sein könnten. Dabei sei allerdings stets erforderlich, dass innerhalb des Kreises der Selbstverwaltungsmitglieder alle gleichermaßen beteiligt würden und auch im Verhältnis zu externen, nicht an der Selbstverwaltung beteiligten Personen keine unzulässige Unterscheidung vorgenommen würde. Hierfür sei erforderlich, dass mit der strengen Abgrenzung nach der Betroffenheit als Entscheidungsadressat eine geeignete Rechtfertigung vorhanden sei.[397] Innerhalb der Verwaltung in Form der Selbstverwaltung müsse beachtet werden, dass sich alle Entscheidungen auf die eine autonome Legitimation stiftenden Mitglieder zurückführen ließen und diese auch alle grundsätzlichen Fragen als „Grundsatzkompetenz" selbst klären können müssten – nicht festgelegt seien die Einrichtungen der Selbstverwaltung hingegen bei der grundsätzlichen Frage, ob eine Vertretung in staatsanaloger Weise indirekt erfolgen solle oder ob auch direktdemokratische Elemente auf der Ebene des Verwaltungsträgers umgesetzt werden sollten.[398]

Mit seinem Beitrag zu den Strukturen demokratischer Legitimation und der Zulässigkeit von Formen der funktionalen Selbstverwaltung liefert *Emde* wohl einen der am tiefsten gehenden Beiträge zur Einordnung funktionaler Legitimation in das Legitimationsgefüge des Grundgesetzes. Insbesondere die Überlegungen zur Zulässigkeit und Reichweite autonomer Legitimation im Falle der Selbstverwaltungseinrichtungen gehen schon wegen ihres Umfangs und der historischen Einordnung[399] in ihrer Argumentationstiefe weit darüber hinaus, was mit späteren Beiträgen gelegentlich in unspezifischer Weise als aus der Begründung des Demokratieprin-

396 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 412.

397 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 421.

398 Insofern müsste den Mitgliedern notwendigerweise offenstehen, alle wesentlichen Personal- und Sachfragen selbst klären zu können und auch die entsprechenden Organwalter abwählen können – nur so könnte eine erneute Verselbständigung innerhalb des Selbstverwaltungsträgers verhindert werden, *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 423 ff.

399 Vgl. hier die historische Einordnung bei *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 363 ff. und die weit gehenden Überlegungen zum egalitären Demokratiekonzept und seinen Auswirkungen auf das Prinzip demokratischer Legitimation, *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 382 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zips mit der Menschenwürde als notwendig postuliert wurde.[400] Dabei werden auch deutlich die (grund-)gesetzlichen Vorgaben herausgestellt, die überhaupt erst den Unterschied zwischen der Zulässigkeit der Selbstverwaltung zu Zeiten der Weimarer Republik und unter dem Grundgesetz ausmachen. Trotz dieses grundgesetzbezogenen Ansatzes ist diese Vorgehensweise jedoch nicht als allein rechtstechnisch bzw. rechtsdogmatisch anzusehen. Bei der Herausarbeitung von Notwendigkeiten für die Selbstverwaltung arbeitet *Emde* oftmals stärker mit Begriffen wie „Demokratie" und damit verbundenen allgemeinen Prinzipien als mit dem in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG positivierten Begriff der Demokratie. Besonders deutlich tritt dies in seinem Ansatz zur Herleitung der Zulässigkeit autonomer Legitimationsformen unter dem Grundgesetz zu Tage: Wenn das Grundgesetz aus demokratischen Gründen wegen Art. 20 Abs. 2 GG eine umfassende Rückführbarkeit von Entscheidungen auf das Staatsvolk verlange und in Art. 86 f. GG von diesem Erfordernis absehe, müsse eine Kompensation dieser personellen Legitimationskomponente erfolgen.[401] Hier erkennt man die erkenntnisleitende Überlegung, dass hinter diesem grundgesetzlichen Erfordernis ein allgemeiner, auch hier gültiger Grundsatz stehen müsse, der für die umfassende Geltung des demokratischen Prinzips sorge. Diese Erkenntnis stellt zugleich den Ausgangspunkt für *Emde* bei der Herleitung der rechtlichen Voraussetzungen für die Binnenstuktur der Selbstverwaltungsträger dar. Derartige Überlegungen legen jedoch eher eine verfassungstheoretische Vorgehensweise nahe, die von einem systematisch konsequent durchgezogenen Ansatz ausgeht. Bei rein dogmatisch-technischer Betrachtung könnte man nämlich auch zu dem Schluss kommen, dass in Einzelfällen (Art. 86 f. GG) schlicht eine Abweichung von der grundsätzlich umfassenden Rückführbarkeit anzunehmen sein könnte. Bedeutende Auswirkungen dieser unterschiedlichen Annahmen ergeben sich nämlich dann, wenn die hier entwickelten Ansätze nicht nur auf die verfassungsrechtlich vorgesehenen Ausnahmefälle angewandt werden, sondern auf weitere, nicht durch das Grundgesetz vorgesehenen Fälle der Ausübung von Staatsgewalt durch Träger funktionaler Selbstverwaltung ausgedehnt werden – wie es ein Jahrzehnt später für die Wasserverbände durch das Bundesverfassungsgericht entschieden wurde.

---

400 So beispielsweise später bei *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 19.

401 Vgl. dazu oben und bei *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 384 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zugleich handelt es sich bei dem von *Emde* entwickelten Maßstab eindeutig um einen aus positivrechtlichen Vorgaben abgeleiteten rechtsdogmatischen Maßstab, der als Maßstabsnorm für die Prüfung insbesondere mit Unabhängigkeit ausgestatteter Staatseinrichtungen auf die (rechtstechnische) Vereinbarkeit mit dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip geeignet ist. Durch den Modellcharakter der Überlegungen der Möglichkeit einer Substitution (allgemeiner) demokratischer Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG durch eine autonome Legitimation durch die Selbstverwaltungsmitglieder in grundgesetzlich vorgesehen Bereichen zeigt er zugleich einen Maßstab auf, an welchem Änderungen des Grundgesetzes zur Schaffung neuer Selbstverwaltungsbereiche gemessen werden können.

10. Horst Dreier (1991)

Eher am Rande beschäftigt sich *Horst Dreier* in seiner 1991 veröffentlichten Habilitationsschrift[402] mit Aspekten legitimatorischer Zusammenhänge bei hierarchisch eingegliederten und bei verselbständigten Verwaltungseinheiten. Zunächst steht für ihn die Herrschaft der Gesetze im demokratischen Staat im Mittelpunkt, erst danach sei die Frage zu diskutieren, inwieweit Unbestimmtheit und Regelungsschwächen des Gesetzes durch erhöhte parlamentarische Kontrolle kompensiert werden könnten.[403] Ausgehend von einem durch das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG differenzierten Gewaltenteilungssystem verfolge seine Konzeption eine „Verhinderung totaler Machtkonzentration durch Zuordnung und Ausbalancierung“ von Kompetenzen.[404] In diesem System stelle jedoch die Verwaltung einen zentralen Machtfaktor dar, der sie auf eine Bedeutungsstufe

402 *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991).

403 Grundsätzlich müsse auch beim Gesetzesvollzug immer die selbst-programmierende Komponente beachtet werden, weil ein formal-technischer Subsumtionsvorgang ohne derartige Elemente ausgeschlossen sei; dieser Akt der Konkretisierung schließe immer eine Eigenständigkeit mit ein, *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 166 f.; problematisch werde diese Aufgabenverteilung allerdings, wenn die parlamentarische Verantwortlichkeit auf die Verwaltung übergewälzt werde, *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 171 f.

404 *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 176 f.; daraus folge, dass sich die Eigenständigkeit der Verwaltung keinesfalls als allgemeines, abstraktes Dogma darstelle und somit der Volkssouveränität vorgelagert sei, sondern Teil einer gewaltenkonstituierenden Ordnung sei.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit den Gesetzen hebe.[405] Erst das Zusammenwirken zwischen der gesetzgeberischen Programmierung mit der punktgenau dirigierten Verwaltung könne die konkrete Rechtsverwirklichung bewirken.[406] Die starke Position der Verwaltung und insbesondere verselbständigten Verwaltungseinheiten müsse sich hiervon ausgehend in den demokratischen Kontroll- und Legitimationszusammenhang des Grundgesetzes einordnen lassen, weil speziell unter demokratischen Gesichtspunkten mit der Gewichtsverlagerung Steuerungsprobleme aufträten.[407] Neben den spezifischen verwaltungsorganisatorischen Fragen sei für die verfassungsmäßige Zulässigkeit vor allem die Frage hinreichender demokratischer Kontrolle und Legitimation entscheidend.[408]

Diese könne sich in Abhängigkeit vom jeweiligen Verselbständigungstyp ergeben und durch grundgesetzliche grundrechtliche (etwa durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 [Rundfunkanstalten] und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG [Hochschulen]) oder organisatorische Freistellungen ergeben (wie durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG oder Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG). Für viele übrige Verwaltungsträger wie Sozialversicherungsträger oder selbständige Bundesoberbehörden ergebe sich folglich keine verfassungskräftige Sicherung, weshalb der Gesetzgeber an ihrer Beseitigung nicht gehindert wäre.[409] Damit stelle sich die Frage, ob das Demokratieprinzip als Legitimationsgrund für körperschaftliche Selbstverwaltungsformen herangezogen werden könne. Auch wenn hiermit Partikularinteressen der demokratischen Gesamtheit entgegengesetzt würden, könne der demokratische Gehalt solcher Formen nicht ausgeschlossen werden, es müsse lediglich eine geeignete Verteilung zwischen zentralem Demokratiesystem und den Einzelsystemen gewährleistet sein.[410] Demgegenüber sei zu hinterfragen, was für

405 So kämen der Verwaltung umfangreiche Einwirkungsmöglichkeiten zu, die von der Vorsteuerung der Gesetze durch Mitgestaltung im Gesetzgebungsprozess bis hin zur Verhinderung gesetzlicher Ziele durch Konterkarieren gesetzgeberischer Absichten reichten, *Dreier,* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 195 ff.

406 *Dreier,* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 202.

407 Vgl. *Dreier,* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 218.

408 *Dreier,* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 221 f.

409 *Dreier,* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 274.

410 Unter Bezugnahme auf *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl. (1987), § 22, Rdnr. 31 ff. lehnt *Dreier,* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 275 ff. die strenge Fixierung auf die unbestimmte Allgemeinheit als demokratische Gesamtheit mit der Begründung ab, dass die Ableitung der Staatsgewalt aus dem Volkswillen nicht optimiert

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gefahrenmomente sich durch die Verselbständigung von Verwaltungseinheiten für die Verwaltungsorganisation ergäben. Insbesondere müssten vor dem Hintergrund des hierarchischen Bauprinzips der Exekutive alle Ausnahmen vom Regelfall strikter Weisungsgebundenheit als begründungsbedürftige Schwächungen des demokratischen zentralstaatlichen Willens erscheinen. Allerdings fehle es an allgemeinen Grenzen für die Verselbständigung, weil es an trennscharfen Kriterien für eine derartige Beurteilung mangele.[411] Insoweit ergebe sich aus dem institutionellen Gesetzesvorbehalt eine Vorgabe, die den Gesetzgeber zu einer genauen Präzisierung von Status, Aufgabenkreis, Pflichtenkanon und Handlungsspielraum zwinge.[412] Auch könne eine gewisse Kompensation durch rechtsaufsichtliche Kontrolle erreicht werden, die allerdings nur eine Rahmenkontrolle darstellen könne. Bei Vorliegen stichhaltiger oder gar verfassungsfundierter Gründe sei aber sogar eine weitere Kontrollausdünnung denkbar, um die effiziente Nutzbarmachung der Verselbständigung auch zu gewährleisten.[413] In der Verfassungswirklichkeit zeigten sich daneben auch verschiedentliche demokratische Schwachstellen, wenn durch Abbau staatlicher Heteronomie für verselbständigte Verwaltungseinheiten eine Verringerung demokratischer Rückbindung erreicht würde, wo die Aufgabenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch den Staat verfassungsrechtlich geboten sei.[414] Auch sei aus dieser Sicht die Tendenz zur Aufgabenauslagerung an halbstaatliche oder gänzlich private Rechtsträger bedenklich, weil dort oftmals die Verantwortungs- und Legitimationszusammenhänge im Dunkeln blieben.[415]

In der Betrachtung von *Dreier* zeigt sich in besonderem Maße die methodische Problematik der Diskussion über ein erforderliches Maß demokratischer Legitimation. In seiner Argumentation greift er die wesentlichen diskutierten Probleme auf und thematisiert sie als bedeutsame

werden müsse und damit ergänzungsfähig und offen für alternative zusätzliche Einflüsse sei.

411 *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 283 f.

412 *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 286 f.

413 *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 289 f.

414 Insbesondere könne dies bei mitgliedschaftlich verfassten Verwaltungseinheiten der Fall sein, *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 293.

415 Mit Hinweis insbesondere auf die damit verbundene oftmals fehlende staatliche Aufsicht als konzeptionellem Mangel, der auch nicht ansatzweise durch Wahrnehmung eventueller Ingerenzrechte ausgeglichen werden könne, *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991), S. 293 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Probleme demokratischer Legitimation. Allerdings bewältigt er dies ohne Bemühung eines normativen Maßstabs, an dem er ein rechtlich erforderliches Maß festmachen könnte. Dies verwundert insofern nicht, als die Veröffentlichung erst kurze Zeit nach den prägenden Urteilen des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Oktober 1990[416] erfolgte und offensichtlich erst mit diesen der Siegeszug des Modells von *Böckenförde*, die so entwickelten Maßstäbe an Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG anzuknüpfen, begann.[417] Ohne eine solche wird es allerdings nicht deutlich, inwieweit es sich beim Ansatz *Dreiers* wirklich um eine Analyse des positiven Rechts handeln kann. In der Argumentation unterscheidet sich seine Vorgehensweise allerdings nicht wesentlich von späteren Arbeiten, die diese Anknüpfung vornehmen. Von großer Bedeutung für die spätere normativ angeknüpfte Argumentation sind allerdings die Betrachtungen zur Funktions- und Wirkungsweise der hierarchischen Staatsverwaltung, die wesentliche Aspekte der oftmals als Regelungstypen angesehenen demokratischen Verwaltungsstrukturen unter dem GG angesehen werden.

11. Eberhard Schmidt-Aßmann (1991)

Nach den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Oktober 1990 diskutiert *Eberhard Schmidt-Aßmann* im Jahr 1991 explizit den *Rechts*begriff der Verwaltungslegitimation[418]. Diesem komme dabei eine vergleichbare Bedeutung wie der Rechtsgebundenheit öffentlicher Verwaltung zu, weil die Verfassungsstrukturentscheidung für Rechtsbindung und Legitimation die wesentlichen Richtpunkte darstellten.[419] Für beide Grundpfeiler lasse sich dabei eine dreifache Wirkstufe herleiten: Der höchste Konkretisie-

416 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (vgl. dazu Kapitel III.C.8.a)) und *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (vgl. dazu Kapitel III.C.8.b)).

417 Zwar wurde auch der Beitrag von *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl. (1987), § 22 mehrfach zitiert, nicht allerdings dessen normativer Anknüpfungspunkt in Bezug genommen.

418 Dabei sei Art. 20 Abs. 2 GG der Anknüpfungspunkt, der „aus der Tiefe der historischen Erfahrungen und Breite der multidisziplinären Ansätze" die in dem Schlüsselthema staatstheoretische Argumentationen vereine, *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (330).

419 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (331 f.), mit besonderer Betonung des normativen Charakters der grundlegenden Verfassungsentscheidungen *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (334).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rungsgrad werde in konkreten Dogmen erreicht, zu denen die verfassungsrechtlichen Einzelausprägungen zu zählen seien.[420] Daneben stünden die allgemeineren grundgesetzlichen Prinzipien und die noch vorgelagerten Ideen. Letztere entfalteten keine rechtsnormative Wirkung mehr, sondern würden durch ihren Prinzipiencharakter mediatisiert.[421] Konkret verlange Art. 20 Abs. 2 GG einen effektiven Einfluss auf die Ausübung von Staatsgewalt. Hier gelte es, sensible und vielgestaltige Einflussfaktoren nicht notwendig nur nach juristischen Bewegungsgesetzen zu verstehen. Deshalb könne es ein festes Legitimationsniveau weder für alle drei Gewalten noch innerhalb der Verwaltung geben. Die Legitimationsanforderungen seien abhängig vom Entsprechungsverhältnis zwischen Entscheidungsgehalt und -intensität auf der einen und Legitimationsanforderungen auf der anderen Seite.[422] Ein genaues Verhältnis, inwieweit Aspekte der personell-organisatorischen und sachlich-inhaltlichen Legitimation wechselseitig substituierbar sind, könne sich einheitlich nicht feststellen lassen.[423] Von besonderer Bedeutung sei das „Störungsverbot" des Art. 20 Abs. 2 GG, das keine Unterbrechungen der Hauptlinien der Ableitungszusammenhänge vom Volk zulasse.[424]

Methodisch unterscheidet *Schmidt-Aßmann* bei der Betrachtung dabei genau zwischen der rechtsnormativen Frage nach der Rechtfertigung administrativer Herrschaft und der soziologischen Frage nach deren Akzeptanz.[425] Auf der dogmatischen Ebene stellt er einen einerseits strengen Maßstab (hinsichtlich des Legitimationsobjekts und der engen Begrenzung des Staatsvolksbegriffs, der sich auf das Volk als verfasste Gesamtheit und

420 Für das Demokratieprinzip würden diesbezüglich Art. 38 Abs. 1 GG, für die rechtsstaatlichen Gewährleistungen Art. 19 Abs. 4, 92, 97, 101 und 103 GG als Einzelausprägungen („Dogmen") herangezogen, *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (334 f.).

421 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (335).

422 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (366).

423 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (368).

424 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (369).

425 Insoweit ließe die normative Herangehensweise einen unmittelbaren Rückgriff auf den ideellen Gehalt staatstheoretischer Grundlagen nicht zu, sondern erfordere eine Betrachtung ausschließlich der konkreten grundgesetzlichen Verfassungsordnung, *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (331).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unbestimmte Allgemeinheit bezieht[426]) dar, auf der anderen Seite fehlt es dem dargestellten Maßstab an einer genauen Bestimmbarkeit des Legitimationsniveaus.[427] Dieser Ansatz der kaum möglichen Konkretisierung des Art. 20 Abs. 2 GG lässt vermuten, dass es sich nach seiner Vorstellung bei der demokratischen Legitimation nach Art. 20 Abs. 2 GG gerade nicht um ein praktisch anwendbares, rechtsdogmatisches Modell handelt, das als Prüfungsmaßstab für eine rechtlich erforderliche Legitimation herangezogen werden könnte – von Einzelfällen abgesehen, nach denen ausnahmsweise eine alternative Konstruktion wegen Störung der „Hauptlinien des Art. 20 Abs. 2 GG" vorliegen könnte. Insoweit mag es sogar verwundern, dass trotz der geringen Konturierung in Bezug auf den Maßstab in diesem Modell verhältnismäßig detaillierte Vorgaben zu Legitimationssubjekt und Legitimationsvermittlungsmethoden enthalten sind.[428] Ausgehend von der methodischen Erkenntnis, dass sich Gesetzesanwendung nicht in Subsumtion erschöpfe und sich daher mit einer bloßen Vollzugsdoktrin nicht angemessen erfassen lassen könne, sei vor allem die spezifische administrative Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen.[429] Hier zeigt sich bereits die sehr starke Orientierung an empirischen (steuerungswissenschaftlichen) Erkenntnissen, anhand derer das Vorliegen einer hinreichenden Legitimation gemessen werden soll. Im Ergebnis kommt dieser Maßstab hinsichtlich der Fragen nach Legitimationssubjekt und -objekt zum gleichen Ergebnis wie die vorangegangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, bezüglich des Legitimationsniveaus ergeben sich damit sehr deut-

426 *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (348 ff.).

427 *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (367 f.).

428 So erfolgt eine verhältnismäßig strenge Festlegung auf das Volk als notwendig verfasste Gesamtheit und unbestimmte Allgemeinheit, das sich auch – anders als in vielen übrigen Modellen – ausschließlich aus Staatsangehörigen zusammensetzen könne, weil der Volksbegriff des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Art. 116 GG ausgelegt werden müsse, *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (348 ff.); auch für die Legitimationsmodi sei wegen des Rückgriffs auf Wahlen und Abstimmungen von einer Beschränkung auf sachlich-inhaltliche und personelle neben der institutionell-funktionellen Legitimation abzustellen, *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (357 ff.).

429 Als stillschweigend mitgeschriebene Voraussetzung der Verfassung: *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (364).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

liche Unterschiede zu den insoweit noch ähnlichen monistischen Legitimationsansätzen.

12. Matthias Jestaedt (1993)

In seiner Untersuchung „Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung" entwickelt *Matthias Jestaedt* aus grundgesetzlichen Vorgaben der Staatsorganisation ein grundgesetzlich vorgefundenes Regelmodell demokratischer Legitimation. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Wechselbezüglichkeit von Staatsorganisation und Demokratieprinzip; erstere konkretisiere die Struktur, werde allerdings auch ihrerseits durch die Demokratie geprägt.[430] In diesem Zusammenhang komme dem Parlament die Rolle des zentralen, weil einzig notwendigen Legitimationsvermittlungsorgans zu, obwohl zwar demokratische Legitimation nicht von ihm ausgehe, aber die Legitimation vollständig durch das Parlament vermittelt werde: Demokratische Legitimation könne nach dem Grundgesetz nur in parlamentarischer Vermittlung erfolgen, wobei der Primat des Parlaments nicht mit einem mit dem Grundgesetz unvereinbaren Gewaltenmonismus verwechselt werden dürfe.[431] Das Parlament stelle das einzige und somit unverzichtbare Bindeglied zwischen Volk als Legitimationssubjekt und der Ausübung von Staatsgewalt dar.[432] Die direkten Einflussmöglichkeiten des Parlaments auf die Administrativgewalt beschränkten sich auf die gesetzesförmigen und budgetrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten, im Übrigen

---

430 Dies gelte vor allem für die „Wirkungsstruktur" des Art. 20 Abs. 2 GG: in Abgrenzung zur „Tatbestandsstruktur", die mit Legitimationssubjekt, -objekt und den Legitimationsmethoden die tatbestandlichen Vorgaben betreffen, gehe es hier um das Legitimationsniveau, das zwar in Art. 20 Abs. 2 GG vorgesehen sei, sich aber nicht unmittelbar aus dieser Norm ergebe, sondern erst aus der Zusammenschau mit übrigen Bestimmungen des Grundgesetzes, in denen bereits die Wirkung des Art. 20 Abs. 2 GG vorgezeichnet sei, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 306.

431 Dabei sei zunächst die Begriffsvariabilität zu berücksichtigen, die dem Demokratiebegriff inne wohne; zugrunde gelegt werde hier ausschließlich die Demokratie als Rechtsbegriff, der ausschließlich mit Mitteln juristischer Hermeneutik herzuleiten sei, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 139.

432 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 311; insoweit stelle die grundgesetzliche Ordnung eine legitimationszentralistische und legitimationshierarchische dar, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 307.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sei das Verhältnis von Parlament und Verwaltung ein mittelbares, welches durch die Regierung als Bindeglied vermittelt werde.[433] Auch das Verhältnis von Parlament zu Regierung sei nur aus Einzelregelungen im Grundgesetz zu erschließen, aus der Abhängigkeit der Regierung vom Willen und Vertrauen des Parlaments und der „Staatsleitungsteilhabe" des Parlaments ergäben sich einseitige und begrenzte Kontrollmöglichkeiten.[434]

Die „Klammerfunktion" des Ministerialprinzips ergebe sich aus der flächendeckenden Regierungszuständigkeit im Bereich der Exekutive und der umfassenden Leitungsbefugnis des Ressortministers: das Grundgesetz gehe davon aus, dass jede Tätigkeit der Exekutive zum Gegenstand parlamentarischer Kontrolle und Diskussion gemacht werden könne.[435] Aus dem Ressortprinzip folge dann die Ministerzuständigkeit, weil wiederum eine Verantwortlichkeit des Ministers nur im Rahmen einer existierenden Einwirkungsmöglichkeit bestehen könne.[436] Diese Leitungskompetenz werde normativ von Art. 65 Satz 2 GG unterfangen, umfassende Kompetenzen und Befugnisse bei Organisation, Personal und sachlich-inhaltlicher Aufgabenerledigung würden dadurch impliziert. Das Ministerialprinzip und die Ministerialorganisation seien damit verfassungsrechtlich institutionell gewährleistet.[437] Aus dem umfassenden Leitungsbegriff des Art. 65 Satz 2 GG ergebe sich, dass neben bloß organisierenden Befugnis-

433 Eine unmittelbare Steuerungsmöglichkeit für das Parlament ergebe sich nur aus wenigen direkten gesetzesförmigen und budgetrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten; soweit es hingegen um die Ausführung der Gesetze gehe, sei das Parlament auf die Regierung und vor allem deren Umsetzungsspielräume angewiesen, die sich notwendigerweise bei der Gesetzesanwendung ergäben, *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 312.

434 Diese Verzahnung ergebe sich aus der parlamentsabhängigkeit der Regierung bei Bildung und Abberufung der Regierung, durch die Koppelung von Legislaturperioden und Regierungsämtern und durch laufende parlamentarische Kontrolle durch Anfragen, Untersuchungsausschüsse, Zitationsrechte und weitere, *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 313 f.

435 Dies könne daraus erschlossen werden, dass die gesamte Exekutivtätigkeit, soweit sie nicht besonderen Verwaltungsträgern zugewiesen würde, in irgendeiner Form bei der Regierung oder regierungsnachgeordneten Stellen ressortierte und daraus die umfassende Verantwortung der Regierung für das Verwaltungshandeln konstruiert würde, *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 315 ff.

436 *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 320.

437 Die verfassungsrechtliche Gewährleistung beziehe sich zwar nicht auf die weitere Behördenhierarchie, jedoch sei der Typus der Minister-abhängigen Verwaltung festgelegt, *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 322.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen des Ministers die Möglichkeit der Erteilung von Einzelweisungen vorausgesetzt werde.[438] Daraus folge organisationsstrukturell die Notwendigkeit eines hierarchischen Verwaltungsaufbaus, der so durch das Grundgesetz vorgegeben sei.[439] Der Einwand, hier würde ein vordemokratisches bürokratisches Modell vorausgesetzt, schade insoweit nicht, als Elemente wie eine verantwortliche Regierung, die Ministerialverwaltung und der Beamtenstatus zwar vordemokratischen Ursprungs seien, diese Elemente aber die Wirksamkeitsvoraussetzung für das vom Grundgesetz ausgestaltete parlamentarische Regierungssystem bedeuteten.[440]

Aus diesen inhaltlichen Vorgaben für administrative Strukturen unter dem Grundgesetz entwickelt *Jestaedt* das Legitimationsmodell der Verwaltung in der grundgesetzlichen Ordnung.[441] Dabei ergibt sich die personelle Legitimation aus allen status- und funktionsbestimmenden Entscheidungen des selbst personell legitimierten Ressortministers, sowie dessen organisationsbezogenen Entscheidungen, die für den Zuweisungsbereich von Kompetenzen gleichermaßen bedeutsam seien.[442] In Hinblick auf die materielle Legitimation wird dagegen unterschieden, welche parlamentarischen Möglichkeiten der Einwirkung auf die Regierung bestehen und welche parlamentarischen Durchgriffsrechte direkt auf die Verwaltung

438 Die (Einzel-)Weisung sei hier das einzige Werkzeug, mittels dessen auch bei komplexen und unüberschaubaren Aufgabenfeldern durch arbeitsteilige Organisationsformen die ministerielle Verantwortlichkeit sichergestellt sei, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 323.

439 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 324.

440 Die Ausprägungen und Schlüsse, die aus der Existenz des Systems gezogen würden, seien dabei unterschiedlich im System der konstitutionellen Monarchie und im parlamentarischen System, weshalb auch das Ministerialprinzip anders ausgeprägt (selbst notwendiger) Teil der parlamentarischen Demokratie sein könne, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 326 ff.

441 Im Ansatz wird dabei von der grundsätzlichen grundgesetzlichen Kompatibilität des Regelmodells der Ministerialverwaltung das hiervon zu differenzierende Legitimationsprinzip näher bestimmt und dessen Einzelheiten näher herausgearbeitet; *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 330 spricht insoweit von der „Übersetzung" des Organisationsmodells in das demokratische Legitimationsmodell.

442 Soweit insbesondere die Ernennung von Beamten nicht durch den Bundesminister erfolgt, sondern durch den Bundespräsidenten, berühre dies nicht die materiell verstandene Personalhoheit des Ressortministers; vielmehr zeige gerade dessen notwendige Mitzeichnung, dass die Vornahme nach Art. 60 Abs. 1 GG sich auf ein auf Rechtmäßigkeitskontrolle reduziertes, formelles Ernennungsrecht beschränke, das den legitimatorischen Aspekt der Entscheidung nicht berühre, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 331.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorgesehen sind. Zur Gruppe der letzteren zählten das Gesetz und das Budgetrecht. Das Gesetz stelle damit das allgemeine Einwirkungsrecht des Parlaments auf die Verwaltung dar und sei damit das zentrale parlamentarische Instrument, mit dem es im modernen Finanz-, Steuer-, Sozial- und Leistungsstaat Steuerung übernehmen könne. Deshalb resultiere im Einzelfall materielle Legitimation, soweit die Gesetzesbindung im Umfang und in der Dichte reiche.[443] Diese Reichweite bestimme sich wiederum aus anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben, die sich aus Art. 20 Abs. 3 GG und sonstigen Gesetzesvorbehalten ergäben – deshalb sei auch der (einfache) Gesetzgeber selbst gebunden und könne keinen Totalvorbehalt bewirken.[444] Vom Gesetz (im materiellen Sinne) zu unterscheiden sei das Haushaltsgesetz als Ausprägung des parlamentarischen Budgetrechts, welchem auch gegenüber der Administrative Kontroll- und Steuerungscharakter zukomme. Diesem komme jedoch nur allenfalls stark eingeschränkte Legitimationsleistung zu: Bereits von seiner Natur her könne es nur einen äußeren Rahmen setzen, aber inhaltlich keine Entscheidungen treffen. Zudem ließen sich diese Steuerungsmittel vom Parlament überhaupt nicht frei einsetzen, weil diverse Bindungen (allen voran die erforderliche Finanzierung notwendiger Staatsaufgaben) des Parlaments dazu führten, dass das Haushaltsgesetz nicht zu einer frei verfügbar gewünschten Entscheidungsprogrammierung genutzt werden könnte.[445]

Neben der materiellen Steuerungswirkung durch das Gesetz erachtet *Jestaedt* die Lenkungs- und Kontrollbefugnisse als typprägend für das Zusammenwirken der Legitimationsformen für die Bestimmung des Regel-

443 In genau dieser Reichweite sei dann auch die gesetzesvollziehende Verwaltung von der Pflicht zur Erbringung einer eigenen Legitimationsleistung enthoben, weil sie genau diese Bestandteile einer Entscheidung nicht mehr beeinflussen könne; vgl. *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 335 f.

444 Die hiermit verbundenen Begrenzungen des Gesetzgebers durch die Verfassung stellten eine Verwirklichung funktioneller und institutioneller Legitimation dar: Die Pflichten aus Art. 20 Abs. 3 GG, Gesetze zu beachten und anzuwenden, sowie parlamentsgesetzesfreie Räume und Gesetzgebungspflichten, die beispielsweise aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz resultierenden, seien von Verfassung wegen bestimmten grundgesetzlichen Akteuren zugewiesen, weshalb auch die Quelle des Legitimationsbeitrags notwendig von diesen stammen müsse; *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 336 f.

445 Insofern könne nur von einer finanz- und wirtschaftspolitischen Globalsteuerung gesprochen werden, die in Bezug auf die Legitimationsleistung für einzelne Entscheidungen und Einzelhandlungen der Verwaltung nur als marginal anzusehen seien, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 338 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

modells notwendiger Legitimation: Auf abstrakter Ebene gehörten hierzu die Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, mit denen eine Verlagerung von Entscheidungsverantwortlichkeit für einzelne Entscheidungskompetenzen von der im Einzelfall zuständigen Stelle auf die Spitze der Verwaltungseinheit (regelmäßig den Minister) bewirkt werde.[446] Konkrete – materielle Legitimation schaffende – Einwirkungsmittel seien in der umfassenden Sachentscheidungsbefugnis und dem Einzelweisungsrecht zu sehen. Dadurch, dass sie eine umfassende Reservekompetenz beinhalteten, vermittelten diese Befugnisse eine materiell-demokratische Verantwortlichkeit auch dort, wo von ihrer Möglichkeit kein Gebrauch gemacht werde.[447] Aus dieser Reichweite ergebe sich auch eine Gewichtung der Legitimationskomponenten: Die relativ starke sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation resultiere aus parlamentarisch und regierungsvermittelten Vorgaben und müsse nur in den hiervon ausgesparten übrigen Entscheidungsbereichen von der relativ schwachen personellen demokratischen Legitimation ergänzt werden.[448]

Von diesem Regelmodell könne darauf geschlossen werden, dass vom Grundgesetz dieses Legitimationsniveau auch verlangt werde. Insbesondere könne es nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stehen, von diesem Niveau abzuweichen.[449] Das Grundgesetz habe sich mit dem in

---

446 In dieser Hinsicht seien auch die ansonsten wegen ihrer unterschiedlichen Ermächtigung voneinander zu entscheidenden Rechtsnormformen in legitimatorischer Hinsicht als gleichartig anzusehen, weil unabhängig von der Begründung dieser Rechtsetzung eine stärkere Fremdprogrammierung auf höherer hierarchischer Ebene einhergehe, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 340 f.

447 Vergleichbares gelte auch für die besonderen Steuerungsmittel, wie dem Selbsteintritt, der Kassation, der Beanstandung, der Genehmigung und den sogenannten Insichprozess; diese stärkten in der konkreten Ausgestaltung die materielle Legitimation, seien jedoch von Verfassung wegen nicht zwingend erforderlich – anders als das Weisungsrecht, dem im Legitimationsgefüge des Art. 65 GG zentrale Bedeutung zukomme, weil im Gegensatz zur nur abstrakten Steuerung durch Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften hierdurch ermöglicht werde, konkrete Einzelfallentscheidungen unmittelbar zu legitimieren, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 343 ff.

448 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 347.

449 Frühere Ansätze der sogenannten Verzichtstheorie werden in diesem Zusammenhang abgelehnt, weil schon deren Grundannahmen – die fiktive Identität von Parlament und Volk, Übertragbarkeit der Struktur des Verzichts auf das Grundgesetz und Vereinbarkeit mit grundgesetzlich zwingenden Organisationsvorgaben – nicht vorlägen, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 350 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 20 Abs. 2 GG aufgenommenen Grundsatz für einen Totalvorbehalt entschieden, der ausschließe, dass nicht wesentliche oder nicht politische Bereiche keiner spezifisch demokratischen Legitimation bedürften und deshalb (vom Gesetzgeber) pauschal und ohne spezifizierten Auftrag an andere zur Entscheidung befugte Entscheidungsträger verwiesen werden dürften.[450] Eine entsprechende parlamentarische Entäußerung könne auch nicht mit der Begründung als zulässig angesehen werden, dass Art. 20 Abs. 2 GG nur ein prinzipieller Charakter und keine Vollgültigkeit zugeschrieben würde, weil es sich bei Volkssouveränität und Demokratie um „Vollprinzipien" handle, die nicht durch niederrangige Vorschriften eingeschränkt werden könnten: Würde nämlich eine Modifikation durch ein derartiges Prinzipienverständnis ermöglicht, wäre der Rahmen einer zulässigen Ausgestaltung überschritten und eine unzulässige Einschränkung erreicht.[451]

Dass die Annahme eines legitimationsbegründenden Regelmodells aufgrund der grundgesetzlichen Vorgaben über die hierarchische Ministerialverwaltung nicht zu einer verfassungsrechtlich vorgegebenen Notwendigkeit führt, hänge mit der legitimatorischen Rezipierung zusammen. Die Herleitung des erforderlichen Legitimationsniveaus ergebe sich abgeleitet aus diesen Organisationsvorschriften, Art. 20 Abs. 2 GG gewährleiste jedoch nur dieses Niveau, nicht die Funktion oder Stellung einzelner Staatsorgane.[452] Dies bedeute, dass aus legitimatorischer Sicht selbst eine

---

450 Gleichwohl sei dieser demokratische Totalvorbehalt nicht mit einem Parlamentsvorbehalt gleichzusetzen, es sei deshalb von einem *legitimatorischen*, nicht aber von einem *kompetenziellen* Vorbehalt auszugehen; die Disposition des Parlaments über die Delegation von Entscheidungsbefugnissen auf Dritte sei daher an eine grundgesetzliche Ermächtigung im Einzelfall gebunden und stehe nicht selbst zur Disposition, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 357 f.

451 Eine unzulässige Einschränkung des Demokratieprinzips wäre jedenfalls dann erreicht, wenn der absolute Grundsatz der Volkssouveränität des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG deshalb verletzt wäre, weil eine nicht mehr geschlossene Lücke zwischen dem Volk als Legitimationssubjekt und der Staatsgewalt bewirkt wäre, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 363 f.; gleichwohl wird hier auch eingeräumt, dass der Unterschied zwischen Ausgestaltung und Einschränkung nicht als kategorischer, sondern gradueller angesehen werden müsse, deshalb allerdings eine Änderung der Argumentationslast bewirke, dass eine unzulässige Einschränkung gerade nicht vorliege.

452 Die einzige organisatorische Vorgabe an die konkrete Ausgestaltung durch das grundgesetzliche Legitimationsprinzip ergebe sich aus der notwendigen Mittlerrolle des Parlaments, das insofern nicht verzichtbar sei, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 365 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Freiheit von ministeriellen Weisungen so lange unschädlich sei, wie die parlamentarische Verantwortlichkeit sichergestellt bliebe. Ob jedoch diese Verantwortlichkeit unmittelbar durch das Parlament oder mittelbar durch ein Ministerium hergestellt werde, sei nach Art. 20 Abs. 2 GG unerheblich. Für Selbstverwaltungseinrichtungen – hier: die untersuchten Formen der *Kondominialverwaltung*[453] – ergebe sich hieraus, dass zunächst im Einzelfall die Frage gestellt werden müsse, ob es sich um legitimationsbedürftige Ausübung von Staatsgewalt handle, was einen Außenbezug voraussetze. Sollte dies der Fall sein, verbiete zwar der Grundsatz demokratischer Legitimation nicht, dass auch persönlich nicht legitimierte Mitglieder an Abstimmungen mitwirkten, es sei jedoch erforderlich, dass die Entscheidungen sich stets auf die legitimierten Mitglieder zurückführen ließen.[454]

Hinsichtlich der erforderlichen Herstellung von Legitimation in personell-organisatorischer Hinsicht seien verschiedene Ebenen zu unterscheiden: Zum einen weise das Verfahren der Auswahl und Ernennung bei Formen der Weisungsfreiheit regelmäßig Besonderheiten dahin auf, dass eine Beteiligung in unterschiedlichster Form an der Entscheidung ermöglicht wäre. Daneben sei die Frage zu stellen, wie die Einbindung in die Organisation erfolge, wenn nicht in die Verwaltung integrierte, nicht verbeamtete Personen berufen würden (vor allem ehrenamtlich tätige

453 Die Untersuchung durch *Jestaedt* fokussiert sich hierbei auf den Spezialfall der Kondominialverwaltung als Träger von Verwaltungseinrichtungen, deren Mitglieder in den Leitungsgremien (teilweise) (einzel-)weisungsfrei gestellt würden, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 115; soweit nicht schon spezifisch auf die grundgesetzlichen Vorgaben für „die Selbstverwaltung" eingegangen wird (*Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 490 ff.) bleiben die Erkenntnisse jedoch insoweit vergleichbar, als die Ausprägungen des grundgesetzlichen Demokratieprinzips beschrieben werden und nicht die konkrete Anwendung auf die Kondominialverwaltung in den Mittelpunkt gerückt wird.

454 Anders als in den dort herausgearbeiteten Positionen müsse beachtet werden, dass im Falle einer Abstimmung jede einzelne Stimme geeignet sei, (mit-)kausal für eine Entscheidung zu sein; deshalb müsse sichergestellt sein, dass eine Entscheidung auch in jedem Einzelfall durch eine Mehrheit getroffen werde, die personell legitimiert sei; deshalb ergebe sich wohl die Notwendigkeit der von *Böckenförde* angedachten doppelten Mehrheit im legitimatorischen Sinne: Diese Mehrheit müsse sowohl in abstrakt-virtuellem Sinne, als auch im konkreten Einzelfall vorliegen – ein bloßes Veto-Recht für eine legitimierte Mehrheit reiche nicht aus; gleichwohl gebe es verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten, für die sich der Gesetzgeber vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 2 GG entscheiden dürfte, vgl. *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 377 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Personen).[455] Bedeutsam sei allerdings bei der Auswahl derjenigen Personen, die zur Mitwirkung in kondominialen Entscheidungsgremien berufen würden, dass die strikt formale demokratische Gleichheit beachtet würde, weil ansonsten eine Privilegierung Einzelner erfolgte, die zu einer nicht gerechtfertigten Vorteilsstellung führen würde. Deshalb müsse diese mitwirkungsbezogene Bevorteilung Einzelner gerechtfertigt werden, was nur durch gleichwertige Verfassungsgüter erfolgen könne. Für den Verfassungsgrundsatz der Demokratie kämen hier lediglich Verfassungsprinzipien wie beispielsweise die Funktionsfähigkeit der Regierung oder des Parlaments in Betracht, weil diese geeignet seien, eine Abweichung von formaler demokratischer Gleichheit zu rechtfertigen. Nicht hingegen kämen hier sachliche Differenzierungsprinzipien in Frage, die ihrerseits nicht im Grundgesetz vorgesehen seien. Hierzu gehörten auch Sachnähe, gesellschaftliche Wirkmächtigkeit, Betroffenheit oder ähnliche Kriterien, die oft für eine Rechtfertigung herangezogen würden.[456]

In sachlich-inhaltlicher Hinsicht stelle sich bei von der Ministerialverwaltung freigestellten Verwaltungseinheiten vor allem die Frage der Kompensation des fehlenden ministerialen Weisungsrechts. Dieses bedeute in legitimatorischer Hinsicht den zentralen Unterschied, weil im Ansatzpunkt eine zeitnahe Steuerung auch nicht mehr theoretisch möglich sei.[457] Auch sei eine Rechtfertigung durch eine justizanaloge Steuerung – durch Unabhängigkeit der Entscheidenden – nicht geeignet, legitimatorisch einen Ausgleich herzustellen. Dabei verbiete es bereits die funktionale

455 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 390 ff.; von den ehrenamtlich tätigen Personen könnte im Gegensatz zu Beamten keine entsprechende Amtsloyalität erwartet werden, auch fehlten die dienst- und disziplinarrechtlichen Möglichkeiten der Einbindung; anders als bei verbeamteten Personen sei jedoch regelmäßig die jederzeitige Abberufbarkeit gegeben und die Ämter würden ohnehin nur auf einen begrenzten Zeitraum vergeben; hierdurch ergebe sich eine in legitimatorischer Sicht schwächere, aber keine fehlende Einbindung: Die berufenen Personen blieben persönlich legitimiert, es müsse jedoch durch andere Komponenten eine gewisse Kompensation erfolgen.

456 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 401 ff.

457 Dieses Problem stelle sich sogar dann, wenn ein Gremium nur aus seinerseits persönlich legitimierten Mitgliedern besteht, denn eine Weisung eines einzelnen Stimmberechtigten in einem kollegialen Gremium sei nicht geeignet, ein entsprechendes Ergebnis im Gesamtgremium zu bewirken, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 406; anders könne sich der Fall nur dann darstellen, wenn ein umfassendes ministerielles (auch reformatorisches) Selbsteintrittsrecht gegeben sei, das jederzeit eine vergleichbar umfassende Zugriffs- und Steuerungsbefugnis ermögliche, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 413 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anlage der Gewalten im Grundgesetz, die Administrative hier gleichermaßen wie die nur gesetzesnachvollziehende Judikative zu behandeln und die mangelnde Weisung hierdurch zu kompensieren.[458] In der Zusammenschau stelle sich die Kondominialverwaltung auf tatbestandlicher Ebene als demokratisch defizitär dar, weil die personell-organisatorische Legitimationskomponente wegen der nicht vorhandenen Eingliederung in die Dienststrukturen hinter dem Regelmodell zurückbleibe und in sachlich-inhaltlicher Hinsicht mit dem Weisungsrecht eine zentrale Steuerungskomponente fehle, die im als Vergleich heranzuziehenden Regelmodell eine wesentliche Stütze darstelle.[459]

Deshalb müssten die verfassungsrechtlichen Bestimmungen zu Formen der Kondominialverwaltung überprüft werden, ob und inwieweit sie in der Verfassung Modifikationen enthalten, die jeweils ein geändertes Funktionsmodell demokratischer Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG vorsähen. Ausgangspunkt ist hierbei die Annahme, dass im Falle einer verfassungsgesetzlichen Ausnahme vom Regelmodell keine defizitäre demokratische Legitimation vorläge, sondern deren Voraussetzungen als vollständig erfüllt angesehen werden müssten.[460] Dabei komme als Ansatzpunkt für eine verallgemeinerbare Sonderbestimmung vor allem Art. 87 Abs. 1 GG in Betracht, wogegen jedoch erhebliche dogmatische und methodische Gründe sprächen: Vor allem, wenn man Art. 87 GG kompetenzüberschießenden Gehalt zumäße, seien zum einen der singuläre Charakter zu berücksichtigen und zum anderen der nicht erkennbare Ausgestaltungsgehalt hinsichtlich Fragen demokratischer Legitimation, was eine generell überschießende Auslegung (hin zu einer allgemeinen Zulässigkeit) verbiete.[461] Auch Art. 87 Abs. 3 GG sei nicht geeignet, eine generelle Verfas-

458 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 420 f.

459 Zusammenfassend – abstufend nach der jeweiligen Ausprägung im positiven Recht – *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 422 f.: Gleichwohl sei zu beachten, dass eine Einhaltung dieses Regelmodells den Grundgedanken der Kondominialverwaltung widerspräche, die ihrerseits regelmäßig zum Ziel habe, eine Aktivierung (anderweiten) gesellschaftlichen Potentials zu bewirken.

460 Dabei werden die mit unterschiedlichen Graden an Unabhängigkeit ausgestatteten Institutionen Bundesrechnungshof (Art. 114 Abs. 2 GG), Bundesbank (Art. 88 GG), Bundespersonalausschuss (Art. 33 Abs. 5 GG), sowie die Unabhängigkeitsvorgaben des Art. 87 GG betrachtet und auf ihre jeweilige Modifikationsreichweite untersucht, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 425 ff.

461 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 450 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sungszulässigkeit von selbständigen Einrichtungen zu bewirken.[462] Insbesondere führe die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit keinesfalls notwendig zur Weisungsfreiheit, weil beide Kategorien wesensverschieden seien.[463] Einzig Art. 87 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GG enthalte einen legitimationsrelevanten Ausgestaltungsgehalt, weil mit dem Verzicht auf die in früheren Entscheidungen enthaltenen Terminologie „Selbstverwaltungsträger" keinesfalls die Vorstellung von gesetzlich errichteten Selbstverwaltungsträgern aufgegeben, sondern mit den „Körperschaften des Öffentlichen Rechts" nur eine terminologische Vereinheitlichung gefunden werden sollte.[464] Gleichwohl ergebe sich der Ausgestaltungsgehalt nur partiell aus dieser Vorschrift mit der Folge, dass der Typus des Selbstverwaltungsträgers als zulässig angesehen werde; aus der bloßen Zulässigkeit ließen sich jedoch keine gewandelten Begriffsinhalte zu jenen der organschaftlichen Selbstverwaltung ableiten.[465]

Für die in ähnliche Richtung gehenden Überlegungen zur Zulässigkeit der Selbstverwaltung nach dem Grundgesetz unterzieht *Jestaedt* die Konstruktion einer autonomen Legitimation der Selbstverwaltungsträger einer kritischen Würdigung. Ein allgemeines grundgesetzlich vorgegebenes Verfassungsprinzip des Inhalts einer notwendigen – und genügenden – „Willensbildung von unten nach oben" existiere gerade nicht, weil so der notwendige Zusammenhang mit der Volkssouveränität gelöst würde.[466] Auch

---

462 Dabei ergebe schon die historische Genese, dass mit dem Attribut „selbständig" nur eine teilweise, keineswegs jedoch vollständige Freistellung von ministeriellen Weisungen verbunden sei, so habe die Diskussion im Parlamentarischen Rat deutlich gemacht, dass nicht von einer generellen Weisungsfreiheit auszugehen sei; auch werde durch das Ausbleiben einer klaren Stellungnahme zur Frage, ob die Verwaltungseinheiten vollständig weisungsfrei bleiben dürften, klar, dass es beim legitimatorischen Regelmodell bleiben müsse, welches Weisungsrechte zwingend erfordere, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 474 ff.

463 Die Rechtsfähigkeit bedeute nur eine Kategorie äußerer externer Zurechnung, wohingegen die Weisungsfreiheit die interne Willensbildung betreffe; beide Kategorien bedingten sich nicht wechselseitig und seien ohne die jeweils andere auch alleine denkbar, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 482 f.

464 Der allgemein gefasste Begriff der Körperschaft habe nur verdeutlichen sollen, dass nicht nur (damit für zulässig erachtete) Selbstverwaltungsträger, sondern auch weitergehende Formen erfasst seien sollen, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 485 f.

465 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 488.

466 Auch die verschiedentlich postulierte Notwendigkeit einer demokratischen Infrastruktur eines Verwaltungsträgers ergebe sich nicht notwendigerweise aus

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einer Begründung autonomer Legitimation damit, dass das Grundgesetz offen für weitere Formen der Demokratie (bzw. weitere demokratische Subjekte) sei, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG auf Träger funktionaler Selbstverwaltung entsprechend angewendet werden könnte oder dass sich die Zulassung weiterer Subjekte aus einem dem Grundgesetz zugrunde liegenden traditionellen Verfassungsverständnis ergebe, tritt er entgegen. Aus den grundgesetzlichen Demokratievorschriften ergebe sich, dass der Verfassunggeber explizit von der Notwendigkeit einer Ausnahmebestimmung ausgegangen sei und gerade nicht von einer generellen Zustimmung zu derartigen Konstruktionen ausgegangen werden könne.[467] Auch dürfe die „Betroffenheit" nicht als Begründung für eine Legitimationskompensation herangezogen werden, weil diese den grundgesetzlichen Annahmen und Ansätzen der Demokratie nicht vereinbar sei. Weder ergäben sich derartige Anhaltspunkte aus dem Grundgesetz, noch sei die Betroffenheit mit dem demokratisch-formalen Gleichheitsgrundsatz vereinbar.[468] Auch der Ansatz *Emdes*,[469] den Gehalt von Art. 20 Abs. 2 GG lediglich als verfassungsrechtlichen Mindeststandard anzusehen, entspreche nicht den grundgesetzlichen Vorgaben: Art. 20 GG sei gerade nicht nur auf den durch Art. 79 Abs. 3 GG grundlegend geschützten Gehalt zu reduzieren, sondern aus sich heraus zu verstehen. Hieraus ergebe sich auch der grundgesetzliche Exklusivitätsanspruch des in Art. 20 Abs. 2 GG konkre-

---

Art. 20 Abs. 2 GG, weil eine vollständige Übertragung der Grundsätze dieses Prinzips auf nichtstaatliche Träger so nicht möglich und Anhaltspunkte für eine notwendige Übertragung bloß einzelner Ideen nicht erkennbar sei, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 498 f.

467 Dies zeigten auch die verfassungsrechtlichen Ausnahmebestimmungen wie Art. 87 Abs. 2 und 3 oder Art. 88 GG: Diese träfen eben gerade keine Aussage über ihren demokratischen Legitimationsgehalt; vielmehr ergebe sich aus diesen Bestimmungen, dass für die hier genannten Fälle von einer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit ausgegangen werden müsse, was einzig eine partielle Modifikation bzw. Zurücknahme der Anforderungen des Prinzips aus Art. 20 GG erreicht werde, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 502 f.

468 Dies zeige sich zum einen durch mangelnde positivrechtliche Belege (bzw. Belegbarkeit) und durch die Begründung allein durch Überlegungen staatstheoretischer und staatsphilosophischer Art, was allein schon einem Methodensynkretismus gleichkomme; überdies seien diese Schlüsse selbst innerhalb der theoretisch-philosophischen Argumentation keineswegs zwingend oder wenigstens unumstritten, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 505 f.

469 *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 328 u. passim, vgl. dazu oben III.C.7.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tisierten Verfassungsprinzips.[470] Um eine induktive Entfaltung der Selbstverwaltung als Verfassungsprinzip nachweisen zu können, müsste eine tiefergehende Untersuchung der im Grundgesetz vorgefundenen Formen der Selbstverwaltung erfolgen, die nicht nur auf den Begriff, sondern den dahinterstehenden Gehalt des (jeweiligen) Selbstverwaltungsbegriffs rekurrierte. Insbesondere kämen nur die im Grundgesetz vorgesehen Formen der kommunalen (Art. 28 Abs. 2 GG), akademischen (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG), sozialen (Art. 87 Abs. 2 GG) und der (sonstigen) funktionalen Selbstverwaltung (Art. 87 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GG) in Betracht.[471] Man müsse deshalb von einer Kontextualität des Selbstverwaltungsbegriffes (selbst nach dem Grundgesetz) ausgehen, allenfalls ein normativ-unselbständiges, summatives[472] verfassungsrechtliches Verständnis der Selbstverwaltung des Grundgesetzes könne angenommen werden.

Die im Grundgesetz vorgesehene Form der kommunalen Selbstverwaltung unterscheide sich deshalb von den übrigen Entscheidungsformen, weil durch Art. 28 Abs. 2 GG in das grundgesetzliche Demokratiemodell integriert und damit „staatsinkorporiert" sei.[473] Völlig wesensverschieden

470 Vor allem sei der in Art. 20 Abs. 2 GG zugrunde gelegte Ansatz zu berücksichtigen, die Staatsgewalt müsse auf das „Volk" zurückgeführt werden; dies verhindere eine Ersetzung durch andere, wesensverschiedene Elements, die auch der vorgegebenen teilweise zulässigen Austauschbarkeit von Legitimationskomponenten widerspräche, vgl. *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 509 ff.

471 Hieraus könne sich aber schon deshalb kein einheitliches Gesamtbild ergeben, weil die hier genannten Formen heterogen in Hinblick auf Regelungsmaterie, Regelungsthema, Regelungsintention, Regelungskontext und Regelungsgenese seien und sich hinsichtlich ihres Garantiegehalts wesentlich voneinander unterschieden, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 518 ff.; zudem sei selbst bei nicht-dogmatischer Betrachtung festzustellen, dass schon bei historischer Betrachtungsweise nicht von „der" Selbstverwaltung ausgegangen werden könne, sondern es immer schon verschiedenste Formen der und Motivationen für die Selbstverwaltung gegeben hätte, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 521.

472 Hierfür sei entscheidend, dass dem allgemeinen Begriff der Selbstverwaltung keinerlei Verfassungswert zugeschrieben werden könne und dogmatisch stets nur die Untersuchung jeweils einer konkreten Form der Selbstverwaltung weiterführen könne, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 522 f.

473 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 524 ff.; hieraus ergeben sich maßgebliche Erkenntnisse über das grundgesetzliche Demokratieprinzip, das nämlich von einem einheitlichen Volksbegriff in Art. 20 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 2 GG ausgehe, der nur regional unterteilt sei, nicht allerdings dessen Wesen verändere.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zeige sich dabei die eher der funktionalen Variante zuzuordnende grundrechtsverwirklichende (akademische) Selbstverwaltung, die eine Herausnahme des jeweiligen Bereichs von der Notwendigkeit demokratischer Legitimation bedeute.[474] Hier liege gerade der Unterschied zu sonstigen Formen funktionaler Selbstverwaltung, weil abweichend vom Normalfall keine legitimatorische Rechtfertigung erforderlich sei. Hinsichtlich der weiteren Formen der funktionalen Selbstverwaltung könne sich schon wegen der tatsächlichen Vielfältigkeit schwerlich eine allgemeine Aussage treffen lassen. Am ehesten sei eine Auslegung von Art. 87 Abs. 3 GG insoweit ertragreich, weil sich nahezu alle Träger von Selbstverwaltungseinrichtungen unter den Begriff der Körperschaft des Öffentlichen Rechts subsumieren ließen. Gleichwohl seien rechtliche Freistellungen von Aufsicht und Kontrolle nicht zwingend erforderlich, weshalb nicht auch die legitimatorische Unbedenklichkeit vorgegeben sei.[475]

Die Grenzen der zulässigen Selbstverwaltung nach dem Grundgesetz müssten sich demnach aus zwei unabhängigen Kategorien ergeben, aus legitimatorischen und sonstigen verfassungsrechtlichen Grenzen, zu denen kompetenzielle, grundrechtliche, funktionell-rechtliche (durch funktionale Gewaltenteilung bedingte) und systematische (bezüglich des Ausnahmecharakters der Selbstverwaltung) Gründe gehörten. Wesentlich für die Zulässigkeit seien zum einen die Abgrenzbarkeit von Verantwortungsbereichen für die Ermöglichung einer Verwaltung eigener Angelegenheiten in eigener Verantwortung, zum anderen die notwendige Korrespondenz zwischen Herrschaftsfunktion und Herrschaftssubjekt, darüber hinaus sei die gesetzgeberische Pflicht zur Garantie und Einrichtung einer Rechtsaufsicht erforderlich. Würden diese Anforderungen gewahrt, komme die Einrichtung von Selbstverwaltungseinheiten im Ergebnis auch keinem Absehen vom Legitimationserfordernis gleich – vielmehr sei durch Be-

474 Die akademische Selbstverwaltung ergebe sich zwar nicht verfassungsunmittelbar aus Art. 5 Abs. 3 GG, sondern sei notwendige Folge und somit ein bloßes „Annex-Grundrecht" und demnach streng akzessorisch zur Wissenschaftsfreiheit, *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 532 f.; diese führe im Ergebnis dazu, dass durch die grundrechtliche Gewährleistung ein staats- und demokratiefreier Raum statuiert und garantiert würde, *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 536 f.

475 Weil hier eine entsprechende Auslegung des Wortlauts nicht weiterführe, müsste der historischen Auslegung ein starkes Gewicht zukommen: hieraus ergebe sich zumindest ein inhaltlich-gegenständlich begrenzter Titel für den Gesetzgeber zur ebenso beschränkten Disposition über die administrativen Regelanforderungen demokratischer Legitimation, *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 541 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

achtung die Integration in das staatliche Gefüge sichergestellt.[476] Zusammengenommen ergebe sich damit eine grundgesetzliche Zulässigkeit der einfachgesetzlichen Schaffung von Selbstverwaltungsträgern, nicht jedoch eine grundgesetzliche Gewährleistung der funktionellen Selbstverwaltung. Anders als die kommunale und akademische Form sei diese nicht durch das Grundgesetz garantiert, sondern nur ermöglicht.[477] Eine verfassungsrechtliche Absenkung eines notwendigen Legitimationsniveaus sei damit jedoch gerade nicht verbunden, erst recht keine überschießende bzw. typprägende Modifikation des Legitimationserfordernisses.[478] Auch eine generelle Zulässigkeit zur Schaffung weisungsfreier Räume könne im Grundgesetz nicht vorgefunden werden, insbesondere seien grundrechtliche Abwehrgarantien, aber auch Sachzwänge oder die Notwendigkeit der Einbeziehung von Sachverstand und Effektivität nicht geeignet, von den Anforderungen des Demokratieprinzips im Einzelnen abzusehen.[479] Gerade letztere seien nicht von eigenem verfassungsrechtlichen (Primär-)Wert, sondern könnten sich allenfalls aus einem jeweiligen Sachziel ableiten lassen. Im Ergebnis kommt *Jestaedt* deshalb zu dem Schluss, dass mit

---

476 Dazu komme noch als wichtiger legitimatorischer Aspekt, dass mit der gesetzgeberischen Einrichtung eine gesetzgeberische Revokationsmöglichkeit bestehe, die zu einer institutionellen Legitimationskomponente gehöre, vgl. *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 547 f.; gleichwohl bedeute die Entscheidung des Verfassunggebers damit nicht eine Anerkennung einer autonomen Form der Legitimation als demokratisch, sondern die Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GG ermächtigten den Gesetzgeber zu Abweichungen; möge auch die Ersetzung einer legitimatorischen Komponente durch eine solche andere nachvollziehbar motivleitend gewesen, bedeute die Rechtfertigung einer vom Regelmodell der Legitimation abweichenden Regelung keinesfalls deren grundsätzliche Anerkennung für das grundgesetzliche System, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 548 ff.

477 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 552 f.

478 Deshalb könnten die hier betrachteten Besonderheiten der Legitimation von Einrichtungen funktionaler Selbstverwaltung auch nicht auf andere Bereiche wie die Kondominialverwaltung übertragen werden, es bleibe bei der Regelanforderung des Art. 20 Abs. 2 GG und der damit verbundenen Notwendigkeit, Abweichungen durch einen konkreten (verfassungsrangigen) Titel zu rechtfertigen, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 557 f.

479 Im Rahmen der „Übertragbarkeit" von in gewissem Grade vorgefundenen Modifikationen des Demokratieprinzips – beispielsweise durch Selbstverwaltungseinrichtungen im Umfang ihrer Zulässigkeit – auf andere Formen, hier: die Kondominialverwaltung, könnten keine verfassungs*rechtlichen* Gründe für eine derartige Unabhängigkeit sprechen, die über bloße Postulierungen hinausgingen, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), 563-579, 587-594.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ausnahme der besonders im Grundgesetz vorgesehenen Formen der Kondominialverwaltung (nämlich: Bundesbahn und Bundespost gem. Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG) keine genügende verfassungsrechtliche Rechtfertigung allgemeiner Natur für sonstige Formen vorliege.

Der bei *Jestaedt* gewählte Ansatz zeigt sich als konsequent normativ-positivrechtlich, weil sämtliche Erkenntnisse über das grundgesetzliche Demokratieprinzip aus den jeweils einschlägigen konkreten Grundgesetzbestimmungen und nicht aus allgemeinen und insbesondere überpositiven Verfassungsgrundsätzen abgeleitet werden. Dies hat zur Folge, dass – an diesem Maßstab gemessen – kein Grad der Demokratie festgestellt werden kann, sondern nur eine binäre Feststellung erreicht werden kann: „verfassungswidrig" oder „verfassungskonform".[480] Sein methodischer Ansatz unterscheidet sich dabei weniger im Anspruch als in der Durchführung von anderen Autoren (und im Ergebnis auch von dem später vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zu den Wasserverbänden zugrundgelegten Ansatz): Eine Verallgemeinerung von vorgefundenen Rechtsgedanken – Selbstverwaltung als wesensprägender Teil des Demokratieprinzips – könne nur dann angenommen werden, wenn sich diese im Einzelfall im Wege der Auslegung für die jeweilige Verwaltungsform ergebe. Nicht jedoch könne aus einer Zusammenschau grundrechtlicher Bestimmungen, allgemeiner staatstheoretischer Vorstellungen und punktuellen Lockerungen des Grundgesetzes eine allgemeine Absenkung des erforderlichen Legitimationsniveaus abgeleitet werden oder dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG eine Substituierbarkeit von demokratischer durch autonome Legitimation unterstellt werden, weil sich diese weder generell noch im Einzelfall aus dem Grundgesetz ergebe. Somit wird der bloßen Kategorisierung als Kondominial- und auch Selbstverwaltung kein eigenständiger verfassungsrechtlicher Wert zugeschrieben, vielmehr können sich die Grenzen der zulässigen Gestaltung hiernach immer nur aus der Auslegung der jeweils einschlägigen rechtlichen Grundlagen ergeben. Die Strenge der Unterscheidung unterstreicht dabei den methodischen Anspruch. Damit kommt dieser Ansatz zu einem rigiden dogmatischen Verfassungsprinzip demokratischer Legitimation, das einen rechtsdogmatischen Maßstab zum Gegenstand hat, der – anders als viele andere – auch eine „ernstzuneh-

480 Bedeutsam ist insoweit auch, dass die Feststellung „verfassungskonform" nur bedeutet, dass die gewählte Konstruktion im Einklang mit den notwendigen Verfassungsvoraussetzungen steht – nicht jedoch ist damit verbunden, dass eine bestimmte Regelung auch „verfassungsgeboten" sei, *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 148.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mende Hürde für Pluralisierungs- und Verselbständigungstendenzen der Verwaltung“[481] darstellt und somit nicht nur einen bloßen (idealistischen) Programmsatz.

Anders als bei anderen methodischen Ansätzen kann diese Vorgehensweise keine über die Verfassungsmäßigkeit hinausgehenden Erkenntnisse bereitstellen, also insbesondere auch keine Ziel- oder Optimierungsvorgaben machen. Hingegen zeigt sich innerhalb des Bereichs der Rechtsdogmatik, dass weitaus konsequenter als sonst eine genaue Bestimmung des Legitimationsniveaus unternommen wird. Dabei wird auch deutlich, dass mit dem Rückgriff auf ein „Regelmodell“ als Argumentationshilfe gerade keine Vorrangstellung des Hierarchiemodells beabsichtigt wird, sondern hierdurch das nach Art. 20 Abs. 2 GG erforderliche Legitimationsniveau exakt vermessen wird.

13. BVerfG: Maastricht (1993)

Im Urteil vom 12. Oktober 1993[482] zur Vereinbarkeit des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Maastricht[483] und des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 21. Dezember 1992[484] wies das Bundesverfassungsgericht die (Verfassungs-)Beschwerde wegen Verletzung des „demokratischen Prinzips“ durch den EU-Vertrag und die entsprechenden Zustimmungsgesetze zurück. In der Urteilsbegründung beschäftigt sich der Zweite Senat intensiv mit der Frage der „demokratischen Legitimation“, lässt aber die genaue Reichweite des Maßstabs und dessen Herkunft offen. Da es sich bei dem Verfahren um Verfassungsbeschwerden handelte, kam das Gericht überhaupt nur bis zur Frage der Legitimation, indem es die Möglichkeit der Verletzung des Rechts aus Art. 38 Abs. 1 GG ansah. Diese liege darin, dass sich die Verbürgung auch auf den „grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts“ erstrecke,[485] welcher das subjektive Recht schaffe, „dadurch an der Legitimation der Staatsgewalt durch das

481 Begriff bei *Jestaedt,* Democratic Legitimization of the Administrative Power, in: *Pünder/Waldhoff* (Hrsg.), Debates in German Public Law (2014), S. 187.

482 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155.

483 Gesetz vom 28. Dezember 1992 zum Vertrag vom 7. Februar 1992 über die Europäische Union (BGBl. II S. 1251).

484 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21. Dezember 1992 (BGBl. I S. 2086).

485 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (171).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Volk auf Bundesebene mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluss zu nehmen".[486]

Im Rahmen der Begründetheitsprüfung geht das Gericht zunächst davon aus, dass die Rückführbarkeit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse Teil des Demokratieprinzips sei, dessen Gehalt nach Art. 79 Abs. 3 GG nicht antastbar sei.[487] In diesem Zusammenhang geht das Gericht auch von einer Herstellbarkeit dieses Zurechnungszusammenhangs auf verschiedene Weisen aus, bei der stets ein bestimmtes Legitimationsniveau erreicht werden müsse, hinsichtlich dessen das Gericht explizit auf sein Urteil zum Ausländerwahlrecht Hamburg verweist – also auf das dort herausgearbeitete dogmatische Modell. Nachfolgend bezieht sich das Gericht darauf, dass diese Legitimation in einer Staatengemeinschaft nicht gleichermaßen hergestellt werden könne. Dass dies jedoch keine Verletzung des Demokratieprinzips darstelle, ergebe sich aber bereits aus der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes.[488] Die Existenz der Staatengemeinschaft und die Befugnisse zu einer Mehrheitsentscheidung bedeuten nach Ansicht des Gerichts die Grundlage für die demokratische Legitimation, deren Voraussetzung jedoch sei, dass eine vom Volk ausgehende Legitimation und Einflussnahme auch innerhalb eines Staatenverbundes gesichert ist.[489] Mit der Vertiefung der Union, wie sie sich auch in der Schaffung der Unionsbürgerschaft zeige, werde zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band geschaffen, das einen verbindlichen rechtlichen Zusammenhang begründe, jedoch noch dicht die einem Staat vergleichbare Dichte bedeute.[490] Zur Wirksamkeit von Demokratie bedürfte diese einiger tatsächlicher und vorrechtlicher Voraussetzungen, die beispielsweise in der freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen liegen können oder in einer sich hieraus ergebenden öffentlichen Meinung zur Beeinflussung des politischen Willens.[491] Hier bezieht sich das Gericht auf materielle demokratische Voraussetzungen für das Funktionieren einer Demokratie, wie es sie zuvor im KPD-Urteil[492] und im Brokdorf-Beschluss[493] entwickelt hat. Auch wenn diese Voraus-

486 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (182).
487 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (182).
488 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (183).
489 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (184).
490 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (184).
491 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (185).
492 *BVerfG*, Urt. v. 17.08.1956, BVerfGE 5, 85 (135).
493 *BVerfG*, B. v. 14.05.1985, BVerfGE 69, 315 (344 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzungen auf politischer Ebene noch nicht erfüllt seien, so stärke das Europäische Parlament als Vertretung der Unionsbürger bereits die Europäische Demokratie, insofern komme ihm schon eine stützende Funktion zu.[494] Eine Begrenzung der Kompetenzen der Union wird jedoch dadurch erschlossen, dass Legitimation zuvörderst auf nationaler Ebene vermittelt werden muss, dieses aber nur der Fall sein kann, wenn die nationalen Parlamente auch noch hinreichend weitreichende Entscheidungsbefugnisse haben. Hier bezieht sich das Gericht auf die Notwendigkeit der Entfaltung politischer Willensbildung in einer geistigen, sozialen und politischen Grundhomogenität und bezieht sich dabei auf Ideen *Hermann Hellers*.[495]

Spätestens an dieser Stelle wird deutlich, dass das Gericht nicht mit dem Demokratiebegriff des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG arbeitet. Stellenweise befasst sich das Gericht zwar mit einem solchen positivrechtlichen Demokratiegebot, wenn es bei der Prüfung der Zulässigkeit der Unabhängigkeit einer Zentralbank explizit die Frage der Vereinbarkeit mit konkreten verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Demokratie aufwirft.[496] Insbesondere im abschließenden Teil des Urteils bezieht sich der Senat jedoch auf einen Demokratiebegriff, der nicht als (positivrechtlicher) Maßstab demokratischer Legitimation und Anforderung des Verfassungsrechts verstanden wird. Vielmehr deuten die hier verwendeten Begrifflichkeiten „Stärkung des demokratischen Prinzips“ bzw. die notwendige Verbindung von „Demokratie“ und „Effizienz“[497] darauf hin, dass er sich auf verfassungstheoretische bzw. allgemeine politikwissenschaftliche Maßstäbe oder ein Optimierungsgebot bezieht. Dass die hier diskutierten Aspekte auch für eine (Verfassungs-)Auslegung in teleologischer Hinsicht von Bedeutung sein können, bedeutet nicht, dass der Maßstab des Gerichts damit als rechtsdogmatischer Ansatz angesehen werden müsste. Bereits dadurch, dass nicht die Anforderungen eines konkreten demokratischen Maßstabs des Verfassungsrechts zugrunde gelegt werden, sondern Anforderungen „an eine Demokratie“, ergibt sich, dass hier zumindest nicht vom positivrechtlichen Demokratiegebot des Grundgesetzes ausgegangen wird. Das Nebeneinander von verschiedenen Maßstäben für „Demokratie“ und „demokratische Legitimation“ bewirkt damit die Unklarheit, welcher konkre-

494 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (185 f.).
495 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (186) mit Verweis auf *Heller*, Politische Demokratie und soziale Homogenität, Politische Wissenschaft 1928, 35 (427).
496 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (208).
497 Sämtlich bei *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (213).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te Maßstab an welcher Stelle angesprochen wird. Wird nämlich angenommen, das Demokratieprinzip hindere die Bundesrepublik Deutschland nicht an der Mitgliedschaft in einer – supranational organisierten – zwischenstaatlichen Gemeinschaft,[498] bleibt offen, auf welches theoretische oder dogmatische Demokratiekonzept sich das Gericht an dieser Stelle bezieht.

14. Brun-Otto Bryde (1994)

In seiner Fundamentalkritik an dem von ihm als „Volksdemokratie" abgetanen Modell demokratischer Legitimation des Bundesverfassungsgerichts kritisierte *Brun-Otto Bryde* 1994 den Bezug von Art. 20 Abs. 2 GG exklusiv auf das deutsche Volk. Seines Erachtens sei der Demokratiebegriff des Grundgesetzes als geprägt durch die Grundpfeiler Föderalismus und Selbstverwaltung zu verstehen, weshalb sich bei der Frage nach einem notwendigen Legitimationsniveau nicht die Notwendigkeit einer Rechtfertigung ergäbe, weil die Selbstverwaltung gleichermaßen wie die Ministerialverwaltung als vom Grundgesetz zulässig angesehen würden.[499] Das Grundgesetz sei demnach offen für sehr unterschiedliche Legitimationszusammenhänge zwischen dem pluralistisch verstandenen Volk und der Ausübung von Staatsgewalt.[500]

15. BVerfG: Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein (1995)

Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle zum Schleswig-Holsteinischen Mitbestimmungsgesetz ging es im Beschluss vom 24. Mai 1995[501] um die Vereinbarkeit neu eingefügter Bestimmungen im Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holsteins mit verfassungsrechtlichen Vorgaben.[502]

---

498 *BVerfG,* Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (184).

499 *Bryde,* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305 (317).

500 *Bryde,* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305 (320); ähnlich *Bryde,* Das Demokratieprinzip des GG als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz (2000), S. 60 f.

501 *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37.

502 Gesetz über die Mitbestimmung der Personalräte vom 11. Dezember 1990 (GVOBl Schl.-H. S. 577).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Wesentlichen wurde durch das Gesetz die Möglichkeit der Mitbestimmung durch Personalräte erweitert: So sahen §§ 52, 53 MitbestimmungsG die Möglichkeit der Einberufung einer Einigungsstelle vor, die im Falle der Nichteinigung im Rahmen des Stufenverfahrens angerufen werden sollte, deren Entscheidungen nur in bestimmten Grenzen aufhebbar waren. Hinzu kam ein in § 2 Abs. 4 MitbestimmungsG besonders deutlich werdendes allgemeinpolitisches Mandat, das Dienststellen und Personalräte auf die Berücksichtigung des gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und ökologischen Umfelds verpflichtete. Ebenso wurde den Personalräten in § 56 Abs. 1 MitbestimmungsG ein Initiativrecht in allen personellen, sozialen, organisatorischen und sonstigen innerdienstlichen Angelegenheiten für bestimmte Maßnahmen zugestanden.

Das Bundesverfassungsgericht erklärte wesentliche Teile dieser Neugestaltung für unvereinbar mit Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG, im Übrigen gab es eine notwendige Auslegung der weiteren Bestimmungen dahingehend vor, dass Personalangelegenheiten nur im engeren Sinne mitbestimmungsfähig seien und die Befugnisse des Personalrats durch das allgemeinpolitische Mandat nicht erweitert werden dürften. Bei der Herleitung des Prüfungsmaßstabs knüpft das Gericht an seine vorherigen Entscheidungen zur Bremer Personalvertretung[503] und zum Hamburger Ausländerwahlrecht[504] an.[505] Dabei versteht es aber das Merkmal der Ausübung von Staatsgewalt weiter als zuvor, weil nicht nur alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter als legitimationsbedürftige Staatsgewalt angesehen,[506] sondern auch das eingeschlossen wird, was nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schafft.[507] Dabei ergeben sich für das Gericht dann Abwägungsfragen, wenn die Legitimation von Entscheidungen dadurch eingeschränkt wird, dass (im Grundsatz legitime) Personalbeteiligungsrechte im Spiel sind. Die Mitwirkung auf Personalvertretungsebene komme nämlich keiner demokratischen Legitimation gleich, weil diese voraussetze, dass alle der Staatsgewalt unterworfenen Personen den gleichen Einfluss haben müssten. Das verhindere hingegen die Aufnahme besonderer und gleichheitswidriger Mitentscheidungsbefugnisse.[508]

---

503 *BVerfG*, Urt. v. 27.04.1959, BVerfGE 9, 268.
504 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60.
505 *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66 f.).
506 So noch *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (73).
507 *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (68).
508 *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (69).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gelöst wird diese Problematik durch eine Abwägung von besonderen Mitwirkungsinteressen und der Erforderlichkeit demokratischer Legitimation. Das Gericht geht davon aus, dass die Mitbestimmung sich im Grundsatz nur auf innerdienstliche Maßnahmen erstrecken und nur so weit gehen dürfe, wie dies durch die spezifischen im Beschäftigungsverhältnis angelegten Interessen gerechtfertigt werden könnte.[509] Gleichzeitig verlange das Demokratieprinzip bei Entscheidungen von Bedeutung für den Amtsauftrag zumindest ein Letztentscheidungsrecht des parlamentarisch verantwortlichen Verwaltungsträgers.[510] Innerhalb des Bereichs, der das spezifische Beschäftigteninteresse, aber gleichzeitig auch das Allgemeininteresse betreffe, müsse eine Abwägung vorgenommen werden. Diese vollzieht das Gericht über eine Fallgruppenunterscheidung in drei zu unterscheidenden Konstellationen: Angelegenheiten, die nur unerheblich die Amtsaufgaben gegenüber dem Bürger berühren, Maßnahmen, die den Beschäftigungsbereich betreffen, den Amtsauftrag aber nicht nur unerheblich berühren, und Maßnahmen, die zwar Beschäftigteninteressen betreffen, schwerpunktmäßig aber die Erledigung von Amtsaufgaben.[511] Trotz dieser Unterscheidung geht das Gericht aber durch seine „je desto"-Argumentation[512] von einem eher graduellen Austauschverhältnis aus, das die Stärke der Sonderinteressen als Rechtfertigungsgrund für das Abweichen vom gewöhnlichen Legitimationsniveau berücksichtigt. Bedeutsam an dieser Stelle ist, dass das Gericht eine gesetzgeberische Einschätzungsprärogative anerkennt, soweit es um die Feststellung geht, wie erheblich die Beschäftigten- und Allgemeininteressen in concreto verletzt sind.[513]

Der vom Gericht zugrunde gelegte Maßstab muss hier eindeutig als rechtsdogmatischer Maßstab abgesehen werden, anhand dessen das Gericht nicht nur die Vorschriften des MitbestimmungsG gemessen, sondern teilweise auch für verfassungswidrig erachtet hat. Anders als in den vorangegangenen Urteilen hat das Gericht dabei erstmals eine abgestufte Legitimationsnotwendigkeit erkannt,[514] die in der Vorgehensweise zu einer Abwägung führte. Die dem Fall zugrundeliegende Sachverhaltskonstellation unterschied sich jedoch dadurch von den vorherigen Fällen, dass hier mit

509 Hier als „Schutzzweckgrenze" bezeichnet, *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (70).
510 So bezeichnete „Verantwortungsgrenze", *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (70).
511 *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (71).
512 *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (70).
513 *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (73 f.).
514 *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (72 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Grundsatz der Erforderlichkeit demokratischer Legitimation[515] und den geschützten Rechtspositionen der Beschäftigten[516] zwei gegenläufige, nicht gleichermaßen zu verwirklichende Zielsetzungen in Konflikt standen. Eine Rechtfertigung des insoweit abgesenkten Maßes demokratischer Legitimation sah das Gericht wegen des Schutzes der Mitbestimmungsinteressen der Beschäftigten in solchen Fällen an, in denen eine Außenwirkung nicht oder nur unerheblich auftritt.[517] Ein stärkerer Bezug zur „Wahrnehmung von Amtsaufgaben gegenüber dem Bürger" könnte eine Mitbestimmung nur noch dann rechtfertigen, wenn die Entscheidungen genügend durch das Gesetz vorstrukturiert seien und ein Letztentscheidungsrecht bei einer demokratisch legitimierten Stelle verbleibe.[518] Wenn dagegen die Mitbestimmungsinteressen nur am Rande berührt seien und der Amtsauftrag schwerpunktmäßig betroffen werde, dürfe die Mitbestimmung allenfalls noch empfehlenden Charakter haben.[519]

Ob das Gericht mit dieser Vorgehensweise die Rechtsauffassung zugrunde gelegt hat, das erforderliche Maß demokratischer Legitimation hänge von der Grundrechtsbetroffenheit ab,[520] erscheint hiernach zweifelhaft. Zum einen stellte das Gericht die Grundrechte überhaupt nicht in den Vordergrund der Argumentation, zum anderen geht die hier angewandte Vorgehensweise gerade nicht von gleichlaufenden Zielen (Grundrechtsbetroffenheit und Legitimationserfordernis) aus, sondern setzt die hier gegenläufigen Ziele zueinander ins Verhältnis und versucht sie – ähnlich der Vorgehensweise zur „Herstellung praktischer Konkordanz" – jeweils maximal zur Geltung zu bringen.

---

515 Vom Gericht als „Verantwortungsgrenze" bezeichnet, *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (70).

516 Hier als „Schutzzweckgrenze" bezeichnet, *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (70). Zwar geht das Gericht hier nicht so weit, von grundrechtlich geschützten Positionen auszugehen, weil es sich nicht festlegt, ob die Grundrechte oder das Sozialstaatsprinzip dazu verpflichten, „in gewissem Umfang Beteiligungsrechte eines gewählten Repräsentationsorgans der Beschäftigten zu schaffen", *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (69); im Ergebnis erfolgt die Prüfung jedoch vergleichbar einer Abwägung mit kollidierenden Grundrechten.

517 *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (71 f.).

518 *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (72).

519 *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (72 f.).

520 So aber *BVerfG,* Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124) (siehe unten bei III.C.34): „Das Legitimationsniveau muss umso höher sein, je intensiver die in Betracht kommenden Entscheidungen die Grundrechte berühren (vgl. BVerfGE, 93, 37 [73])."

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

16. Winfried Kluth (1997)

In seiner Untersuchung der Funktionalen Selbstverwaltung befasst sich *Winfried Kluth* 1997 mit unterschiedlichen Ausprägungen dieser Verwaltungsform und beleuchtet in diesem Zusammenhang auch die einzelnen Steuerungsfaktoren. Im Rahmen der Betrachtung der grundgesetzlichen Anforderungen an die Ausgestaltung funktionaler Selbstverwaltungsformen spricht er mit den Aufsichtsanforderungen die besonders hervorgehobene Komponente sachlich-inhaltlicher Legitimation an.[521] Hinsichtlich der erforderlichen demokratischen Legitimation des Trägers funktionaler Selbstverwaltung sei dabei das erforderliche Legitimationsmaß zunächst von der Stellung im Verfassungsgefüge abhängig[522] und danach von der materialen Bedeutung der ausgeführten Aufgabe, wie sich exemplarisch aus der Lehre vom Parlamentsvorbehalt ergebe. Die Intensität der Beeinträchtigung durch staatliches Handeln – also auch die Intensität von Grundrechtseingriffen – determiniere damit den Maßstab der Legitimation.[523] Im Übrigen sei der Verwaltungsaufbau des Grundgesetzes nicht allein durch die Vorstellung des Ministerialmodells geprägt, sondern gleichermaßen auch durch das Prinzip der Selbstverwaltung;[524] Beide

521 Dabei differenziert er zwischen verschiedenen Formen der Aufsicht und geht bei der funktionalen Selbstverwaltung von einer organisationsrechtlichen Aufsicht im engeren Sinne aus, die im Außenverhältnis zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern wirksam wird; sodann unterscheidet er zwischen bloßen rechtsstaatlich bedeutsamen Kontrollrechten und einer geteilten Sachverantwortung durch die beaufsichtigende Behörde, zu der er alle Formen der Weisungsbefugnisse und Fachaufsicht zählt. Erst diese Leitungsmacht schaffe in Abgrenzung zur bloßen Rechtskontrolle einen spezifisch demokratischen Legitimationsbeitrag, *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 270 ff.

522 Insoweit weist *Kluth* darauf hin, dass es sich bei der funktionell-institutionellen Legitimation nicht um eine den sonstigen Legitimationsfaktoren vergleichbare Form handelt, sondern dass diese nur die Anforderungen an demokratische Legitimation konkretisieren könne, *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 357.

523 *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 360.

524 Dies ergebe sich bereits aus der durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG hervorgehobenen Stellung der kommunalen Selbstverwaltung: Wenn diese Selbstverwaltungsform derartig bedeutsam im grundlegenden Verfassungsaufbau sei („legitimatorisches Gegenstromprinzip"), könnten die hierarchischen Verwaltungsstrukturen nicht als einzig maßgeblicher Legitimationstypus angesehen werden, *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 361 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

seien also als Regelerscheinungsformen anzusehen.[525] Aus der Zulässigkeit bestimmter Formen der Selbstverwaltung wie selbständiger Bundesanstalten könne eine grundsätzliche Zulässigkeit von nach Art. 20 Abs. 2 GG konkretisierungsbedürftigen Erscheinungsformen funktionaler Selbstverwaltung abgeleitet werden.[526] Aus der begrenzten organisatorischen Wahlfreiheit des Bundes aus Art. 86 GG sei dann zu folgern, dass aus dem Grundgesetz kein spezifisches Mindestmaß als Legitimationsniveau hergeleitet werden könne. Weil für den verfassungsrechtlich vorgegebenen und damit notwendig zulässigen Bereich der dort genannten Selbstverwaltungsformen gerade kein bestimmtes Zusammentreffen von personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation vorgegeben sei, müsse diese Entscheidung des Verfassungsgebers dazu führen, dass dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum der Kompensation von Legitimationsmitteln zustehe.[527] Die Legitimationskomponenten seien in Grenzen auch ersetzbar, so könne auch eine inhaltlich voll determinierte Entscheidung ohne personelle Legitimation auskommen. Auf der anderen Seite sei die personelle Legitimation dort unverzichtbar, wo Entscheidungsfreiräume begründet würden. Zudem stünden diese Anforderungen notwendig unter dem allgemeinen Vorbehalt, dass wegen besonderer Grundrechtserheblichkeit höhere Anforderungen an die Legitimation bestünden.[528]

Für Träger funktioneller Selbstverwaltung geht *Kluth* damit stets von einer hinreichenden demokratischen Legitimation aus, weil die personelle Legitimation kollektiv und direkt parlamentarisch begründet sei und damit sogar eine formal höherwertige Legitimation bewirke.[529] Hierdurch legt er einen normativen Maßstab zugrunde, aus dem sich die demokratische Legitimation ergebe, welche eine notwendig einzuhaltende Verfassungsvorgabe bedeute. Dass von einem hohen Legitimationsniveau ausgegangen werden könne und deshalb für die funktionale Selbstverwaltung auch nicht von einem Legitimationsdefizit zu sprechen sei,[530] ist damit

525 Die Normalität der Verfassung leite sich insoweit nicht durch ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, sondern aus dem Sowohl-als-auch ab, *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 363.

526 *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 365.

527 Gleichwohl bestehe auch bei Austauschbarkeit ein Bedeutungsvorrang der personellen Legitimation, vgl. *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 366.

528 *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 367.

529 Aus diesen Erwägungen folge auch kein bedenkliches Legitimationsdefizit, sondern gar ein besonders hohes Legitimationsniveau, *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 382.

530 *Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung (1997), S. 542 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eher nicht im Sinne eines graduellen Maßstabs, sondern wohl als Beschreibung der Eindeutigkeit des Ergebnisses zu verstehen.

17. Eberhard Schmidt-Aßmann (1998, 2006)

In seiner Darstellung „Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee" verfolgt *Eberhard Schmidt-Aßmann* den Ansatz, über eine rein dogmatische Betrachtung hinaus „eine Analyse der Verwaltung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht" vorzunehmen. Dabei liege der Fokus auf der Analyse und Reflexion, mit denen auch eine Aufdeckung der Abhängigkeiten, Verknüpfungen und gegenseitigen Abhängigkeiten erfolgen solle.[531] Ausgangspunkt sei hier der Charakter des allgemeinen Verwaltungsrechts als *Ordnungsidee*, die zur Vergewisserung über die Entwicklungslinien und Adäquanz der Zuordnungen durch die einzelnen Rechtsinstitute dienen solle.[532] Aus dieser gebotenen Berücksichtigung äußerer Einflüsse und Wirkweisen stelle sich der Begriff des Legitimationsniveaus als nicht subsumtionsfähig dar, weshalb nicht von den Kategorien „rechtmäßig" und „rechtswidrig" gesprochen werden könne. Allenfalls könne man ein „hinreichendes" Legitimationsniveau vorfinden.[533] Bei der Überprüfung der Wirksamkeit von Legitimationsvermittlung aus juristischer Perspektive müssten zunächst die einschlägigen Kriterien herausgearbeitet werden, die sich aus dem rechtsnormativen Zusammenhang ergäben. Erst im Anschluss müssten dann die Wirksamkeitsindikatoren entwickelt werden und die Erkenntnisse der Organisationswissenschaften und der Institutionenökonomik herangezogen werden.[534]

Hiervon ausgehend müssten getrennt voneinander die reale und die ideelle Rückführbarkeit von Entscheidungen auf das Legitimationssubjekt

---

531 Zusammenfassend *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), S. VII f.

532 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 1, Rdnr. 1.

533 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 1, Rdnr. 49.

534 Hier sei der entscheidende Unterschied zur Vorgehensweise insbesondere des Bundesverfassungsgerichts zu sehen, weil es nicht auf vermeintlich wenig begründete Feststellungen über die Einhaltung der notwendigen Voraussetzungen ankomme, sondern auf wissenschaftlich fundierte und gesicherte Erkenntnisse, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 1, Rdnr. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unterschieden werden.[535] Die durch Art. 20 Abs. 2 GG erforderliche Legitimation müsse sicherstellen, dass eine Rückführbarkeit auf das Volk als verfasste Personengesamtheit ermöglicht werde.[536] Eine „realitätsbewusste Legitimationslehre" dürfe deshalb nicht alleine auf die vom BVerfG als zentral angesehene Hierarchievorstellung abstellen, sondern müsse die „unübersehbaren Schwächen" von Hierarchien (vor allem bei Erlangung und Verarbeitung von steuerungsnotwendigen Informationen) wahrnehmen und Formen kooperativer Entscheidungsfindung mit einbeziehen.[537]

Als grundlegende Legitimationsstrukturen nach dem Grundgesetz müssten zum einen die hierarchische Ministerialverwaltung, zum anderen aber auch die in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG vorgesehene kommunale Selbstverwaltung anerkannt werden.[538] Schon aus diesen verschiedenartigen Ansätzen ergebe sich, dass das Grundgesetz nicht von einem „Schematismus der Legitimationsvorstellungen" ausgehe.[539] Zugleich reichten diese Formen der Legitimation nicht aus, um das gesamte notwendige Spektrum der Verwaltung darzustellen. Deshalb müsse das mitgliedschaftlich-partizipatorische Element als notwendige Form neben die Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG treten.[540] Wie auch in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG die Rückführung von Legitimationszügen auf zwei verschiedene Legitimationssubjekte

535 Dabei müssten sich strukturelle Rückführbarkeit und die Rückführung im Einzelfall ergänzen und unabhängig voneinander beurteilt werden, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 79 f.

536 Insoweit nimmt *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 81 den Begriff der „unbestimmten Allgemeinheit" auf, der bereits vom *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (55) verwendet und verschiedentlich aufgegriffen wurde; hier sei vor allem auf einen Ausschluss von gruppenspezifischen Kriterien und Interessen zu achten.

537 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 82 unter Verweis auf *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 47 f.

538 Gerade letztere Form begründe einen eigenen, von der staatlichen Verwaltung abgesetzten Stil kommunalen Verwaltens *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 89.

539 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 90.

540 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 90; diese Schlussfolgerung lässt vermuten, dass allein faktische Notwendigkeiten für die Erforderlichkeit einer danebentretenden Legitimation sprechen; zugleich impliziert ein „danebentreten", dass diese Form nicht mit dem herkömmlichen Verständnis und auch nicht mit der aus Art. 20 Abs. 2 GG entwickelten oder entwickelbaren Legitimation vereinbar ist.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

möglich sei (Staatsvolk und Kommunalvolk), so müsse auch im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung anerkannt werden, dass die Rückführung auf zwei verschiedene Legitimationssubjekte, nämlich Staatsvolk und autonome Legitimationsbasis, möglich sei.[541] Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit seien daher die institutionelle Legitimation, das erreichbare Legitimationsniveau und die überwirkende Legitimationsverantwortung des Staates zu berücksichtigen. Bei allen drei Elementen handle es sich dabei um Rezeptionsbegriffe, die es erforderten, organisationstypisches Verhalten und organisationswissenschaftliche Erkenntnisse in die Beurteilung mit einzubeziehen. Dies führe zu methodischen Schwierigkeiten, weil das Ergebnis nicht einfach durch Subsumtion erreicht werden könne, sondern eine Analyse und Bewertung stattfinden müsse.[542] Dabei treffe es nicht zu, dass es ein durch Art. 20 Abs. 2 GG vorgegebenes Legitimationsmaximum gebe und jede Abweichung davon rechtfertigungsbedürftig wäre; auch das gestufte Legitimationsmodell des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung für das Personalvertretungsrecht[543] zeige, dass es darum gehe, nicht-demokratische Sondereinflüsse zu benennen und genau zu würdigen; erst damit könnten legitimierende Entscheidungsstrukturen geschaffen werden.[544] Ausgehend hiervon müssten auch alternative Legitimationsansätze bei der Überprüfung des Legitimationsniveaus mitberücksichtigt werden. So handele es sich bei der Kategorie der „Akzeptanz" nicht um einen dogmatischen Begriff der Legitimationslehre,[545] allerdings sei nicht ausgeschlossen, dass durch gesetzgeberische Entscheidung Akzep-

541 Diese Ergänzung werde insoweit gestützt durch *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (92); nachfolgend daran müsse für die rechtliche Würdigung unterschieden werden, ob der Schwerpunkt auf grundrechtlich gebotener Differenzierung bei der Mitwirkung liege oder ob hier ein breiter gefasstes institutionelles Interesse erfasst werden solle, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 92 f.

542 Dies wird zugleich als „notwendiger normativer Ansatz" bezeichnet: *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 94.

543 *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37.

544 Deshalb müsse zwischen zulässigen Maßnahmen zur Verbesserung der Akzeptanz und zulässigen Legitimationskomponenten unterschieden werden: Nicht jede akzeptanzförderliche Maßnahme sei auch geboten, weshalb der normative Gehalt des Legitimationskonzepts berücksichtigt werden müsse, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 99.

545 Diesbezüglich unterscheide sich die Dogmatik vom häufig synonymen Verständnis von Akzeptanz und Legitimation, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tanz zu einem Abwägungsfaktor bei weiten Gemeinwohlklauseln gemacht werde und damit rechtlich verarbeitet werden könne.[546] Daneben könne die Berücksichtigung der Kategorie der Betroffenheit nicht unmittelbar zur Legitimationsleistung beitragen, weil jede Betroffenengemeinschaft wesensverschieden zum Volksbegriff des Art. 20 Abs. 2 GG sein müsse. Gleichwohl ergäben sich aus der Berücksichtigung Entwicklungsanstöße und insbesondere im Unionsrecht sei eine deutliche Stärkung des Partizipationsgedankens zu erkennen.[547]

Besondere Beachtung müsse innerhalb der grundgesetzlichen Funktionenordnung und deshalb insbesondere auch für das Legitimationsverständnis die Eigenständigkeit der Verwaltung berücksichtigt werden, weil jeder Rechtsanwendung immer ein rechtsschöpferischer Vorgang innewohne.[548] Gleichwohl ergäben sich erhebliche Bindungen durch unterschiedliche Dichtegrade in den gesetzlichen Vorgaben und rahmen-, verfahrens-, und organisationssteuernden Normen, weshalb maßgeblich bei der Beurteilung der Vorgaben zwischen Vollzugsverwaltung, planender Verwaltung, Gewährleistungsverwaltung, der Wirtschaftstätigkeit und verfahrensrechtlichen Gestaltungsfreiheiten unterschieden werden müsse. Der Grund dafür liege in der Vielschichtigkeit administrativer Tätigkeit, die nicht mit einem einheitlichen Verständnis einer ministerial geprägten Verwaltung zu erfassen sei.[549] Als problematisch erweise sich auch bei der bloß wissenschaftlichen Betrachtung die Justizzentriertheit des derzeitigen Konzepts. Diese führe dazu, dass die dogmatische Perspektive sich auf die

---

546 Unter Bezugnahme auf die Berücksichtigung bei kommunalen Gebietsreformen, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 105.

547 Mit Hinweis auf die danebenstehende und mit der Berücksichtigung der Betroffenheit verbundene Förderung eines demokratisch gewünschten Verwaltungsstils *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnr. 106 ff.

548 Diese eigene Rechtsschöpfung sei aber so vom Grundgesetz auch vorgesehen und vorgegeben, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 4, Rdnr. 38 ff.

549 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 4, Rdnr. 41 f.; hieraus ergebe sich auch die wissenschaftliche Notwendigkeit einer systematisch entwickelten Rechtsanwendungslehre, um das wirkliche Ausmaß der Eigenständigkeit im Einzelfall auch würdigen zu können; auch der Kategorie des Ermessens als besonderer Kompetenz der Verwaltung in Handlungs- und Abwägungshinsicht komme hier erhebliche Bedeutung zu, weil diese regelmäßig in fachgesetzlichen Steuerungszusammenhängen die Schlüsselposition einnähmen, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 4, Rdnr. 47 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aspekte beschränke, die auch im konkreten Zuschnitt des gerichtlichen Verfahrens verarbeitet werden könnten.[550] Wegen des Fokus auf den Individualrechtsschutz könnten die weiteren Aspekte in einem so gestalteten Verfahren weder untersucht, noch weiterentwickelt werden.[551] Dabei seien Modifikationen des Ansatzes gerichtlicher Kontrolle durch Dogmatik möglich, um gerichtliche Klärungsmöglichkeiten zu erweitern und damit den Fokus auf den Individualrechtsschutz abzumildern.[552] Statt einer juristischen Betrachtung der Abweichungen von der Vollzugsverwaltung müssten tatsächliche Untersuchungen über den Grad der Steuerung für die Frage nach der Einhaltung eines notwendigen (effektiven) Legitimationsniveaus zu Grunde gelegt werden.[553]

Die Darstellung *Schmidt-Aßmanns* hat hier vor allem ein Gesamtbild der Verwaltung im Fokus, das sich erst aus umfassender Berücksichtigung verschiedenster wissenschaftlicher Disziplinen ergibt. Somit greift er die in seinem früheren grundlegenden Diskursbeitrag von 1991[554] bereits angedeuteten disziplinären Vielfältigkeiten auf und entwickelt diese fort. Aus der Berücksichtigung steuerungswissenschaftlicher und allgemein soziologischer Aspekte ergibt sich ein höchst komplexes Bild der Verwaltung, was auch zur Berücksichtigung beim rechtsdogmatischen Verständnis führt: Das hier entwickelte Modell soll zugleich ein integratives und dogmatisches sein, welches in der Lage ist, die verschiedenen disziplinären Teilaspekte zu verarbeiten und zu einem Gesamtmodell zusammenzufassen. Die spezifische Leistungsfähigkeit der demokratischen Legitimation sieht er damit weniger als Rechtsmaßstab für den Einzelfall; vielmehr stellt die demokratische Legitimation für ihn einen konstanten Bezugspunkt für die Untersuchung der Rechtmäßigkeitsbedingungen für die Organisation

550 Dabei sei die Konsequenz, dass sich für „den Juristen" beim Urteil über die Effektivität eines Rechtsinstituts die Realität nicht als solche darstelle, sondern ausschließlich als deren (rechtliche) Interpretation; damit würden auch Fragen der Effektivität zu Rechtsfragen, die nicht zur Abbildung der Realität geeignet wären, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 4, Rdnr. 85.

551 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 4, Rdnr. 73.

552 Mit Betonung der Rolle der Gerichtsbarkeit als Stifter von Kompetenzschutz, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 4, Rdnr. 77 und 83.

553 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 5, Rdnr. 14.

554 *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329, vgl. dazu oben Kap. III.C.11.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Verwaltungseinheiten und für die Untersuchung der Bedingungen des organisationstypischen Handelns.[555] Dass es sich nicht um ein rein dogmatisches Modell basierend auf dem positiven Recht handelt, zeigt sich besonders deutlich im Anschluss aus der Fortentwicklung des Modells der allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Vorgaben auf die Europäische Union. Hier betrachtet *Schmidt-Aßmann* die Legitimationsstränge[556] und misst sie an „den Geboten des demokratischen Prinzips".[557] Insofern mag es sich bei dem Konzept um einen quasi-dogmatischen Ansatz handeln, der jedoch nicht die geltende Rechtslage wiedergibt, sondern aus verschiedensten wissenschaftlichen Erkenntnissen eine „Ordnungsidee" ableitet, die notwendig auch auf vorgegebener Dogmatik aufbaut und diese weiterentwickelt.

18. Veith Mehde (2000)

In seiner Untersuchung zum Neuen Steuerungsmodell[558] und dessen Verhältnis zum Demokratieprinzip unterscheidet *Veith Mehde* explizit einen sozialwissenschaftlichen Legitimationsbegriff, der sich aus Anerkennung und Akzeptanz von Herrschaft herleite, vom rechtsdogmatischen Begriff demokratischer Legitimation.[559] Ausgehend von der bisherigen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur stellt er fest, das Legitimationsniveau und damit der erforderliche Maßstab für demokratische Legitimation könnten sich nur aus einer Auslegung des Begriffs des „Ausgehens" von Staatsgewalt aus Art. 20 Abs. 2 GG ergeben; mangels genauerer Anhalts-

555 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 5, Rdnr. 25.

556 Insoweit verweist er im Ansatz auf die doppelte Legitimationsgrundlage der Europäischen Union, die sich aus der Rückbindung an die Mitgliedstaaten und das Unionsvolk als Legitimationssubjekte stützt, *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 7, Rdnr. 37 ff.

557 Diese habe „Durchschaubarkeit und Verantwortungsklarheit" zum Gegenstand, aber auch „bürgerschaftliches Engagement und demokratische Kontrollierbarkeit", *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), § 7, Rdnr. 43.

558 Gegenstand der dortigen Untersuchungen ist das Konzept der Reform der Verwaltung, das speziell für deutsche Kommunen von der Kommunalen Gemeinschaftsstelle (KGSt) entwickelt wurde und Reformansätze des „New Public Managements" aufgreift, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 81 ff.

559 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 157.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

punkte in dieser Norm sei eine Betrachtung der Konkretisierung der jeweiligen Anforderungen „im Kontext mit den übrigen Organisationsgrundsätzen des Grundgesetzes" für die Maßstabsbestimmung erforderlich.[560] In Ermangelung einer weitergehenden Konkretisierung des Aufbaus und der Steuerung der Verwaltung durch das Grundgesetz müsse sich der Maßstab für ein hinreichendes Niveau aus dem Vergleich zur Ministerialverwaltung als Regeltypus ergeben; somit folge aus herrschender Lehre und der Rechtsprechung die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Ausnahmevorschrift für den Fall, dass eine Kombination der Legitimationskomponenten aus personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation hinter derjenigen des Ministerialmodell zurückbleibe.[561] Für die kommunale Selbstverwaltung sieht er Ausnahmen für die Abweichungen in einem eigenen Legitimationsmaßstab aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG, der insbesondere für den eigenen Wirkungskreis Modifikationen vorsehe und rechtfertige.[562] Für alternative Legitimationssubjekte, die sich aus einem Kreis Betroffener zusammensetzen könnten, sieht er in der herrschenden Meinung keine Grundlage oder Vereinbarkeit mit Art. 20 Abs. 2 GG.[563]

Am Beispiel des Neuen Steuerungsmodells diskutiert er die Vereinbarkeit von dessen grundlegenden Ideen mit den rechtsdogmatischen Maßstäben der von ihm vorgefundenen herrschenden Meinung. Wesentlicher Kern dieses Ansatzes sei wie auch bei sonstigen Überlegungen im Rahmen des „New Public Management" die Verlagerung von Verantwortung auf die sachnah arbeitenden Verwaltungseinheiten zur Stärkung der Vollzugskompetenz bei gleichzeitiger strenger Trennung von (politischer) strategischer Steuerung.[564] Hinsichtlich der Budgetierung als wesentlichem

560 Maßgeblich für das Verständnis sei danach ein Ausgehen von der in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG vorgesehenen Funktionengliederung, *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 199.

561 Dabei ergebe sich aus der nur in geringem Maße vorhandenen Vorstrukturierung durch grundgesetzliche Vorgaben, dass aus dem Ressortprinzip des Art. 65 S. 2 GG derartige Schlossfolgerungen gezogen werden müssten, *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 201.

562 *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 231.

563 Somit könne sich nach dieser Auffassung keine wie auch immer geartete zulässige Beteiligung von Einzelnen oder Gruppen von Bürgern als zulässige Entscheidungstätigkeit darstellen, die aus Sicht demokratischer Legitimation zulässig sein könnte, *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 273.

564 Vgl. zusammenfassend *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 584.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bestandteil des Neuen Steuerungsmodells[565] sei allenfalls eine geringfügige Abweichung vom normativ hergeleiteten Legitimationsniveau zu erkennen, das dem Normalfall der Ministerialverwaltung entspreche.[566] In der Gesamtschau ergebe sich jedoch – gemessen am Verständnis der herrschenden Meinung – beim Neuen Steuerungsmodell wegen des Verlusts von Feinsteuerungsmöglichkeiten im vertikalen Verwaltungsaufbau eine deutliche Unterschreitung des erforderlichen Legitimationsniveaus,[567] das nach herkömmlichen Verständnis auch nicht über bekannte dogmatische Konstruktionen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könne.[568] Alternative, in der Literatur vorgeschlagene Rechtfertigungskonzepte (beispielsweise Akzeptanz, Bürgernähe und Effizienz) fänden unabhängig von ihrer soziologischen Bedeutung normativ insoweit keine Verankerung in der Verfassung, als nicht auch eine Abweichung vom Legitimationsniveau dogmatisch gerechtfertigt werden könne.[569] Dabei sei die verwaltungswissenschaftliche Bedeutung dieser Legitimationsfaktoren anzuerkennen, diese müssten aber explizit von der Frage der verfassungsrechtlichen Relevanz getrennt behandelt werden.[570] Wegen der sehr viel geringeren Kontrollintensität und der sehr viel geringeren Einflussnahme der Verwaltungsspitze im Neuen Steuerungsmodell[571] sei festzustellen, dass – ausgehend von der

565 In der Konzeption des Neuen Steuerungsmodells erfolgt eine sehr viel geringere Feinsteuerung durch ausdifferenzierte Haushaltstitel zugunsten einer größeren Entscheidungsfreiheit der Verwaltung durch budgetmäßige Freigabe zumindest bestimmter Titel; mittlerweile sind zumindest derartige Ideen stärker verbreitet, wie sich in der budgetmäßigen Schaffung einer weitreichenden wechselseitigen Deckungsfähigkeit von Einzeltiteln zeigt; vgl. beispielhaft Ziffer 1.1 Durchführungsbestimmungen zum Haushaltsgesetz Bayern 2015/2016 (DBestHG 2015/2016).

566 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 342.

567 Zusammenfassend *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 350; mit gleichem Ergebnis bei Untersuchung der Kommunalverwaltung *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 368.

568 Vgl. *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 378.

569 Unter Betonung der Strenge des bisherigen Verständnisses *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 389.

570 Insofern verhindere die formalistische Struktur der Ableitungszusammenhänge des grundgesetzlichen Demokratieprinzips eine Berücksichtigung dieser Erkenntnisse, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 394.

571 Generell erfolge die Einflussnahme im Neuen Steuerungsmodell sehr viel später und retrospektiver als bei der Annahme von Einzelweisungsbefugnissen im klassischen Modell, vgl. zusammenfassend *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 588.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bisherigen Dogmatik – die Ansätze des Neuen Steuerungsmodells nicht mit dem Demokratiekonzept des Grundgesetzes vereinbar wären.[572]

Hiervon ausgehend ist *Mehdes* Ziel, ein (hypothetisches) Modell demokratischer Verwaltung zu entwickeln, das zum einen Ansätze wie die des Neuen Steuerungsmodells als zulässig bewerte, gleichzeitig aber noch vereinbar mit den Vorgaben des Grundgesetzes sei.[573] Aus diesem Grund sei eine Überprüfung der Voraussetzungen für die Annahme zu unternehmen, das hierarchische Ministerialmodell stelle für die Legitimation den Normalfall dar.[574] Ansatzpunkt sei die Frage, ob sich die Existenz dieses grundlegenden Modells ausschließlich normativ aus der Verfassung herleiten lasse oder ob es als auf zumindest teilweise empirischen Annahmen begründet und damit nicht notwendig als rechtlicher Norminhalt zu verstehen sei. Daraus resultiere, dass sich normativ nicht aus der in Art. 65 Satz 2 GG normierten Ministerialverantwortlichkeit notwendig die hierarchisch-bürokratische Binnenstruktur der Verwaltung verbunden mit entsprechender Einzelweisungsbefugnis des Ministers ergebe; eine derartige Feststellung könne nur empirisch getroffen werden, weshalb dem legitimatorisch zentralen Maßstab der Ministerialverwaltung zumindest auch empirische Grundannahmen zu Grunde lägen.[575] In der Konsequenz könne daher die Wirksamkeit bestimmter Steuerungseinflüsse empirisch widerlegt werden. Dies habe zur Folge, dass eine Abweichung vom Ministerialmodell gerade nicht bereits aus sich heraus zu einem rechtfertigungsbedürftigen Defizit an Legitimation führe.[576] Mit Erkenntnissen der Verwaltungswissenschaf-

572 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 395 f.

573 Dabei betont *Mehde*, dass es nicht um eine Revidierung der Dogmatik mit dem Ziel ginge, ein unerwünschtes Ergebnis zu korrigieren, sondern lediglich um einen Anlass, die bisher entwickelten Positionen kritisch zu hinterfragen, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 396 f.

574 Hier bezweifelt *Mehde* die Ableitbarkeit der angenommenen Weisungsbefugnis des Ministers aus Art. 65 Satz 2 GG, erkennt allerdings – anders als bei den übrigen Begründungsansätzen – die Argumentation von *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 287 als eine normative Ableitung und damit rechtsdogmatisch zulässige an, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 413 ff.

575 Dabei sei nicht anzuzweifeln, dass Art. 65 S. 2 GG die Ministerialverantwortlichkeit vorsehe, wohl aber, dass sich zwingend aus dieser Verantwortlichkeit des Ministers auch die Notwendigkeit der hierarchischen Binnenstruktur in Verbindung mit Einzelweisungsrechten des Ministers ergebe; empirisch sei dieser Nachweis insofern möglich, als praktisch aus diesem Prinzip ein solches Weisungsrecht auch abgeleitet wird; vgl. *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 427.

576 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 444.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten sei damit die Grundannahme, die hierarchisch-bürokratische Verwaltungsstruktur sei zur demokratischen Steuerung in der Lage, zumindest in Teilen für widerlegt zu erachten.[577] Durch die vorgeschlagenen Korrekturen an den Annahmen des Legitimationsmodells stelle sich der Maßstab weniger streng dar.[578]

Deshalb sei es auch grundsätzlich möglich, verschiedenen Ansätzen (wie beispielsweise des Neuen Steuerungsmodells) einen legitimatorischen Wert im Sinne grundgesetzlich notwendiger demokratischer Legitimation zuzumessen; der (vermeintliche) Numerus Clausus der Legitimationsvermittlungsmethoden entspreche insoweit nicht den Normanforderungen.[579] So könne auch der Akzeptanz von Entscheidungen ein legitimatorischer Wert zugemessen werden, solange diese hinreichend klar feststellbar sei und keine widerstreitenden Allgemeininteressen betroffen wären; deshalb müsse von einer Ergänzung des traditionellen Entscheidungssystems ausgegangen werden.[580] Auch die gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle von Verwaltungsentscheidungen stelle daneben einen zu beachtenden Legitimationsfaktor dar. Diesbezüglich müsse man vom Begriff der Bindung der Verwaltung Abstand nehmen, wie er von der klassischen Legitimationsansicht beschrieben werde, und den Fokus auf die – institutionell gesehen – Befolgung von Gesetzen eines Verwaltungsakteurs (Behörde)

---

577 Hier ergebe sich, dass das herkömmliche hierarchisch-bürokratische Modell der Verwaltung nicht wirksam auf externe Einflüsse reagieren könnte und auch nicht zur Verarbeitung externer Umwelteinflüsse in der Lage wäre, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 470; auch die Annahme, der Verfassungsgeber hätte sich für ein bestimmtes Vorverständnis im Sinne einer klassischen Ministerialverwaltung *Max Webers* entschieden, könne nicht dazu führen, dieses Modell als zwingend anzusehen, weil es sich um eine nicht notwendige und damit nicht beabsichtigte Ähnlichkeit seines Modells mit den Vorstellungen des Grundgesetzes gehandelt hätte, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 470.

578 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 486 f.

579 So habe selbst das *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (67) entschieden, dass es nicht auf eine Methode der Legitimationsvermittlung allein, sondern einzig auf das Zusammenwirken ankommen könne; also dürften diese zulässigen Methoden nicht als abschließend angesehen werden, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 514 f.

580 Die Akzeptanz einer Entscheidung stelle dabei das Bindeglied zwischen der nicht (legitimatorisch) greifbaren Qualität einer Entscheidung und den Betroffenen als Teil des Legitimationssubjekts dar, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 516 ff.; zulässig sei demnach nur, Spielräume innerhalb des durch Beachtung der sonstigen Vorschriften (auch zur demokratischen Legitimation so auszufüllen, dass die Akzeptanz berücksichtigt wird.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf Vorgabe eines anderen, speziell legitimierten Akteurs (Gericht) legen. Eine legitimatorische Leistung sei jedoch nur dann anzunehmen, wenn das gerichtliche Verfahren auch in Anspruch genommen werde.[581] Auch Anreizsysteme oder Mittel zur alternativen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen könnten zur Intensivierung der Gesetzesbindung führen und damit die Legitimation zumindest stärken.[582]

Schließlich würden diese Ansätze zur Erweiterung der Möglichkeiten zusätzlicher Legitimationsvermittlungsmethoden auch durch den rechtsprinzipiellen Charakter von Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG getragen.[583] Diese Norm stelle ein Prinzip dar, wie es auch überwiegend von der Rechtsprechung angewandt werde.[584] Nur als solches könne auch die enorme Differenz zwischen der Verfassungshöhe und einer Einzelentscheidung überbrückt werden, die ohnehin auch nur durch Beschreibung administrativer Ordnungsstrukturen – und damit abstrakt – vorgenommen werden könne.[585] Auch erkläre diese Annahme, warum regelmäßig vertreten werde, es fehle bestimmten funktionalen Selbstverwaltungseinheiten an grundgesetzlich erforderlicher demokratischer Legitimation, dennoch vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zurückgeschreckt werde.[586] Verstünde man Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG als Rechtsregel, müsste dies zur Verfassungs-

581 Hier sei einzuräumen, dass wegen der Notwendigkeit subjektiver Rechtsverletzungen für eine Klage und dem erforderlichen Aufwand für einen Kläger eine Entscheidungsmacht entstehe, die ohne Inanspruchnahme dieses gerichtlichen Verfahrens schwer zu erklären sei; jedoch bleibe jedem die Möglichkeit der Auslösung eines entsprechenden Verfahrens offen, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 525.

582 Hier kämen verschiedene durch den Gesetzgeber vorgesehene Anreizsysteme in Betracht, die eine gewünschte Einzelfallentscheidung wahrscheinlicher machten, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 528 ff.

583 Insbesondere sei die Gegenansicht von *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993) insoweit abzulehnen, weil der Ansatz nicht zuträfe, eine Rechtsregel könnte durch ein Rechtsprinzip nicht aufgehoben werden, weil dies nicht den Annahmen der Prinzipientheorie (*Alexy,* Theorie der Grundrechte (1986), S. 89) entspreche, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 540 f.

584 Dies könne aus der Vorgehensweise bei *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (70) geschlossen werden, dessen Weg von *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 544 als Musterbeispiel der Herstellung praktischer Konkordanz angesehen wird.

585 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 543.

586 Vgl. *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 546 f. unter Bezugnahme auf *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl. (1987), § 22, Rdnr. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

widrigkeit von Teilen der Selbstverwaltung führen. Dadurch, dass diese vom Grundgesetz aber als verfassungszulässig vorausgesetzt worden sei, müsse aber von der Verfassungsmäßigkeit ausgegangen werden, die sich auf Grundlage des Grundgesetzes nur dann ergebe, wenn man den Prinzipiencharakter von Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG anerkenne.[587]

Für einen Gegenentwurf müsse auf Grundlage empirischer Erkenntnisse der empirische Wissensstand zu Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten beachtet werden. Ausgehend von Art. 65 S. 2 GG müsse man – wie im herkömmlichen Modell – von einer ministeriellen Verantwortlichkeit und damit auch von notwendig vorhandenen Einflussnahmemöglichkeiten ausgehen. Diese dürften sich jedoch nicht auf das Einzelweisungsrecht beschränken, weil dies überhaupt nicht zur Herstellung von Verantwortlichkeit geeignet sei.[588] Mangels Kenntnis sämtlicher tatsächlicher Vorgänge innerhalb des Geschäftsbereichs könne es in der überwiegenden Anzahl von Fällen nicht um Verantwortlichkeit des Ministers gehen, sondern nur um eine politische Einstandsverpflichtung. Um die Einwirkungsmöglichkeiten möglichst realistisch abbilden zu können, müsse auch die Informationsverarbeitungskapazität berücksichtigt werden, weshalb es bei der Verwaltungsorganisation primäres Ziel sein müsse, diese Informationsflüsse zu steuern und zu optimieren.[589] Die Realität könnte nicht angemessen wiedergegeben werden, wenn auf irgendeine Art von einem Regelmodell ausgegangen würde. Deshalb dürfe auch nicht das zu erreichende Legitimationsniveau aufgrund vom Erreichen eines dem Regelmodells vergleichbaren Niveaus abhängig gemacht werden.[590] Ein hinreichendes Legitimationsniveau erfordere damit, dass der Zusammenhang zwischen Minister bis zum Sachbearbeiter organisatorisch ermöglicht und nicht zu einer bloßen Fiktion werde.[591] Nur Aspekte, die auch in tatsächlicher Hin-

587 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 547 ff.

588 Dabei stelle sich in tatsächlicher Hinsicht der Unterschied sehr viel unbedeutender dar, als der Ansatz vermuten ließe, weil aufgrund praktischer Notwendigkeiten und begrenzter Kapazitäten das Modell der Einzelweisung ohnehin an seine Grenzen stoße, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 555 ff.

589 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 564 f.

590 Gleichwohl müsse das Erreichen dieses Regelniveaues ein starkes Indiz für eine hinreichende demokratische Legitimation angesehen werden, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 567 ff.

591 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 569 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sicht geeignet seien, die Rückkopplung des Staatshandelns an den Willen des Volkes zu bewirken, dürften hierfür herangezogen werden.[592]

Das Neue Steuerungsmodell sei nach dem so zu verstehenden Maßstab als demokratiekonform anzusehen. Insbesondere ändere sich durch die Konzeption nichts daran, dass die zentrale Vermittlungsschnittstelle das Parlament darstelle und hierdurch eine Rückführung auf den Willen des Volkes erfolge. Auch der zweite zentrale Ansatzpunkt, die Bindung an das Gesetz, bleibe vollkommen unberührt.[593] Ein zentraler Unterschied zum klassischen Modell ergebe sich jedoch bei der Beurteilung der legitimatorischen Wirkung der parlamentarischen Budgetierung. Diese stelle dabei nicht etwa eine rechtfertigungsbedürftige Abweichung vom legitimatorischen Normalfall dar, sondern verstärke vielmehr die sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente, weil sie im Gegensatz zur Steuerung über ausdifferenzierte Titelansätze tatsächlich geeignet sei, vom Parlament erwünschte Ziele zu erreichen.[594] Etwaigen Problemen auf der Ebene der Umsetzung (und damit dem erst im Laufe der Zeit zu erbringenden Nachweis der tatsächlichen empirischen Geeignetheit zur Steuerung) könne mit dem bereits bekannten Instrumentarium begegnet werden, wenn durch gesetzgeberische Überwachungs- und sich daran anschließende Korrekturpflichten eine Berücksichtigung der Erkenntnisse erfolge und der Gesetzgeber damit seiner Gewährleistung nachkomme.[595] Die Abweichungen dieses Modells hinsichtlich der (deskriptiven) Einschätzung der ministeriellen Verantwortlichkeit machten dieses nicht inkompatibel mit der klassischen Ansicht: Diese müsse ohnehin stets mit dem Einfluss des Ministers auf die nachgeordnete Verwaltung korrelieren. Jedoch sei hier die organi-

592 Im Umkehrschluss dürften materielle Vorgaben wie „Effizienz" nicht für eine Konstruktion spezifisch *demokratischer* Legitimation herangezogen werden, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 573.

593 Insofern unterschieden sich die Grundannahmen dieses Modells von der klassischen Auffassung nicht, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 574.

594 Dabei sei die explizite Steuerung durch einen Kontrakt sehr viel besser zur Zielerreichung geeignet als die Annahme, durch genaue Zuweisung finanzieller Mittel (und damit einer Obergrenze) ein gewünschtes Ergebnis zu erreichen, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 575; hiermit wendet sich *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 221 f. insbesondere gegen die Auffassung von *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993), S. 339, der die „Steuerungs- wie Legitimationswirkungen des parlamentarischen Budgetrechts […] in Bezug auf die Verwaltung und das Verwaltungshandeln als marginal" ansieht.

595 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 577.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sationelle Herstellung eines „Informationsniveaus" von überragender Bedeutung, weil die Steuerbarkeit aus empirischer Sicht ohnehin nur bei genügendem Informationsfluss unter Beachtung beschränkter (zeitlicher) Mittel gegeben sein könne.[596] Damit seien (im theoretischen Ansatz, nicht aber in der empirischen Wirklichkeit) eventuell reduzierte herkömmliche Steuerungskomponenten nach dem bisherigen Legitimationsmodell durch verbesserte Steuerungsmittel des Neuen Steuerungsmodells mehr als ausgeglichen, weshalb auch hier die erforderliche Ministerialverantwortlichkeit gegeben sei. Als förderlich zur Herstellung des notwendigen Legitimationsniveaus müsse an dieser Stelle auch (soweit im o.g. Rahmen messbar) die Akzeptanz herangezogen werden.[597]

In seiner Argumentation bezieht sich *Mehde* an entscheidenden Stellen auf empirische Argumente, mittels derer er die Wirksamkeit von Steuerung im staatlichen Bereich beurteilt. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei seiner Argumentation insgesamt um eine streng dogmatische handelt. Dabei arbeitet er sehr detailliert heraus, an welcher Stelle der Dogmatik überhaupt Erkenntnisse empirischer Art berücksichtigt werden dürften. Hier zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zu vielen anderen Untersuchungsansätzen[598], die – insoweit ähnlich – von einer stärker notwendigen Berücksichtigung empirischer Wirkzusammenhänge ausgehen: Während häufig pluralistische Legitimationsverständnisse von der Notwendigkeit der empirisch wirksamen Rückbindung der Ausübung von Staatsgewalt auf den Willen des Volkes ausgegangen wird, verortet *Mehde* das Einfallstor für eine empirische Wirkuntersuchungen auf anderer Ebene: Trotz des von ihm angenommenen rechtsprinzipiellen Charakters des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geht er von einer normativen Bestimmung des erforderlichen Legitimationsniveaus aus, welches sich aus dem Regelmodell des Art. 65 S. 2 GG ergebe. Hier erst erfolgt in seinem Ansatz der wesentliche Unterschied zum klassischen Legitimationsverständnis, weil er empirisch die Wirkzusammenhänge dieses herkömmlichen Verständnisses berücksichtigt, das von einer hierarchischen und

596 *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 578.

597 Die Ministerialsverwaltung habe mit der Betonung der organisationellen Komponenten lediglich einen anderen Schwerpunkt, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 580; insofern könne von einem funktionalen Äquivalent ausgegangen werden, *Mehde,* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 583.

598 Beispielsweise bei *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, (vgl. dazu Kapitel III.C.19).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einzelweisungsbetonten Organisation ausgeht, und eine Gleichwertigkeit annimmt, wo er empirisch eine stärkere Rückbindung durch alternative Formen ausmacht. Im Ergebnis ist *Mehdes* Vorstellung sehr viel näher am klassischen Modell, als seine Grundannahmen (und damit vor allem das rechtsprinzipielle Verständnis von Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) vermuten ließen. Seine Argumentation zur Vereinbarkeit der Ansätze und darin enthaltenen Kontrollmethoden zur Herstellung eines hinreichenden Legitimationsniveaus entspricht weitgehend dem Ansatz des klassischen Modells bzw. der früheren Rechtsprechung des BVerfG. Schließlich liegt danach immer dann eine hinreichende demokratische Legitimation i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG vor, wenn (bei unveränderter personeller Legitimation) entweder ein Regelfall hierarchischer Ministerialverwaltung vorliegt oder die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist. Ob dabei eine Abweichung von der Vorstellung der weitreichenden Einzelweisungsmöglichkeit zugunsten eines Wirkbündels von Budgetierung und Kontrakten bei dementsprechender parlamentarischer und damit gesetzgeberischer Einschätzung gleicher (empirisch nachvollziehbarer) Steuerungsleistung nach dem klassischen Modell per se unzulässig wäre, erscheint zumindest nicht gesichert. Deshalb zeigt sich gerade hier die Nähe und der ähnliche dogmatische Charakter beider Vorstellungen.

19. BVerfG: Lippeverband und Emschergenossenschaft (2002)

Im Beschluss vom 5. Dezember 2002[599] war das Bundesverfassungsgericht erstmals entscheidungserheblich mit der Frage der Vereinbarkeit der funktionalen Selbstverwaltung mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes befasst. Auf Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts[600] war für den Zweiten Senat zu prüfen, ob die beiden Wasserverbände mit ihren Verbands- bzw. Genossenschaftsorganen bezogen auf den Maßstab des Art. 20 Abs. 2 GG hinreichend legitimiert seien. Die jeweiligen Kollegialorgane setzten sich dabei aus Mitgliedern des Landes Nordrhein-Westfalen, betroffenen Unternehmen und sonstigen Trägern der öffentlichen Wasserversorgung, Städten, Gemeinden und Kreisen zusammen, aber auch Bergwerkseigentümern und gewerblich tätigen Grundstückseigentümern. Während sich die Kläger im Ausgangsverfahren noch ausschließlich gegen die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer bei der Beschlussfassung wendeten, sah

599 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59.
600 *BVerwG*, B. v. 17.12.1997, NJW 1999, 870.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das BVerwG in seinem Vorlagebeschluss bereits in der Zusammensetzung des Verbands bzw. der Genossenschaft einen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 2 GG, weil sich der Aufgabenbereich beider Verbände nicht nur auf die Erfüllung einzelner wasserwirtschaftlicher Aufgaben beschränkte, sondern Aufgaben des Gemeinwohls beinhaltete.[601]

Das Bundesverfassungsgericht sah in seiner Entscheidung die konkrete Ausgestaltung der Organisation beider Realkörperschaften als vereinbar mit dem „in Art. 20 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 GG verankerte[n] demokratischen Prinzip"[602] an. Aufgrund seines Prinzipiencharakters sei Art. 20 Abs. 2 GG entwicklungsoffen, insbesondere sei das Demokratiegebot außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich nicht beschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung offen für andere abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt.[603] Die funktionale Selbstverwaltung ergänze und verstärke insofern das demokratische Prinzip und könne sogar als Ausprägung dieses Prinzips verstanden werden. Es erlaube sogar die Schaffung besonderer Organisationsformen der Selbstverwaltung.[604] Aus der daraus resultierenden gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit ergebe sich auch die Zulässigkeit für ein entscheidungserhebliches Handeln gegenüber dritten Nichtmitgliedern in begrenztem Rahmen; insofern könne im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung vom Erfordernis einer lückenlosen personellen Legitimationskette vom Volk zum Entscheidungsbefugten abgesehen werden.[605]

Hinsichtlich des angewandten Prüfungsmaßstabs bezieht sich der Zweite Senat explizit auf den zuvor vom Gericht entwickelten rechtsdogmatischen Maßstab demokratischer Legitimation. So beruft es sich hinsichtlich der Notwendigkeit der Rückführung auf das Staatsvolk auf die Gesamtheit der Bürger, insbesondere auf die Entscheidungen zu den nordrhein-westfälischen Gemeindeparlamenten, der Neuen Heimat, zum Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein und der Hansestadt Hamburg und dem schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetz.[606] Dabei wird genau aufgeschlüsselt, welcher Maßstabsbestandteil in welcher Entscheidung entwickelt bzw. ergänzt wurde. Auch werden insbesondere die Entscheidun-

601 *BVerwG*, B. v. 17.12.1997, NJW 1999, 870 (Rdnr. 53).
602 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87).
603 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91).
604 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (92).
605 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (94).
606 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen Ausländerwahlrecht Hamburg und Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein für das notwendige Maß demokratischer Legitimation staatlichen Handelns herangezogen. Der so ermittelte Maßstab für die unmittelbare Staatsverwaltung wird im Folgenden um die föderale Komponente erweitert: Art. 28 Abs. 1 Satz GG wolle nicht die „mitgliedschaftlich-partizipatorische" Komponente zusätzlich stärken, sondern die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimation durch das Volk im Staatsaufbau sicherstellen.[607] Für die Frage nach der Zulässigkeit von deutlicheren Abweichungen der Legitimationsvermittlung im Zusammenhang mit der funktionalen Selbstverwaltung beruft sich das Gericht auf das Urteil zum Erftverband von 1959, in dem die grundsätzliche Zulässigkeit der Selbstverwaltung als selbstverständlich vorausgesetzt wurde.[608] Im Übrigen verweist es auf Entscheidungen wie den Facharztbeschluss[609] für die Grenzen hinsichtlich möglicher Befugnisse.[610]

Zur Entwicklung des konkreten Maßstabs zieht das Gericht den Prinzipiencharakter des Art. 20 Abs. 2 GG heran, wegen dessen man von einer Entwicklungsoffenheit des Demokratieprinzips ausgehen müsse; aus dieser wird gefolgert, dass in Bereichen außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung größere Abweichungen möglich sein müssten.[611] Dass Art. 20 Abs. 2 GG zugleich eine Staatszielbestimmung und ein Verfassungsprinzip enthalte und ihm deshalb der Prinzipiencharakter zu eigen sei,[612] wird dabei vorausgesetzt und nicht explizit begründet. In diesem Zusammenhang findet sich auch die Schlussfolgerung, die funktionale Selbstverwaltung ergänze und verstärke insofern das demokratische Prinzip. Sie könne sogar aus Ausprägung dieses Prinzips verstanden werden, soweit sie der Verwirklichung des übergeordneten Ziels der freien Selbstbestimmung aller diene.[613]

Für sich genommen könnte hier der Eindruck entstehen, dass der hier angeführte Maßstab nicht mehr dem rechtsdogmatischen Maßstab des Art. 20 Abs. 2 GG entspreche, sondern eher einem (dahinterstehenden) theoretischen Konzept demokratischer Legitimation entnommen ist. Die Argumentation ähnelt grundsätzlichen verfassungstheoretischen Überlegungen, wie sie das Gericht zuvor bereits im Maastricht-Urteil an-

607 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (88).
608 *BVerfG*, Urt. v. 29.07.1959, BVerfGE 10, 89 (102 f.).
609 *BVerfG*, B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125.
610 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91).
611 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91).
612 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91).
613 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (92).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gestellt hat.[614] Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Bundesverwaltungsgericht in der Vorlageentscheidung das erforderliche Maß demokratischer Legitimation sehr viel „norm-näher" und „dogmatischer" begründet hat.[615] Gleichwohl bleibt bei aller geäußerten Kritik an der Entscheidung und insbesondere ihrer Begründung[616] festzuhalten, dass das Gericht alle durchgeführten Überlegungen als Auslegung von Art. 20 Abs. 2 GG angestellt hat, um so einen rechts*dogmatischen* Maßstab zu finden, an dem die konkreten Einrichtungen funktionaler Selbstverwaltung zu messen sind.[617] Somit handelt es sich beim zugrunde gelegten Maßstab trotz einbezogener verfassungs*theoretischer* Überlegungen um einen klar dogmatischen Rechtsmaßstab. Inhaltlich dürfte es sich aber eher um ein Potpourri aus der bisherigen, heterogenen Rechtsprechung und neuen Elementen handeln.

20. Utz Schliesky (2004)

Mit seiner Betrachtung von „Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt" betrachtet *Utz Schliesky* zunächst Staaten und Europäische Union als Gesamtphänomene vor dem Hintergrund, dass hergebrachte staatstheoretische Konzeptionen der Realisierung von Herrschaftsgewalt nicht mehr geeignet seien, derartige Systeme unter Beachtung der fortschreitenden Supranationalisierung zu beschreiben. Dies hänge auch damit zusammen,

---

614 Vgl. oben *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (213); vgl. auch oben III.C.13.

615 Im Urteil *BVerwG*, B. v. 17.12.1997, NJW 1999, 870 (Rdnr. 62 ff.) bezieht sich das Gericht technisch-dogmatisch auf die positiv-rechtlich festgestellten Maßstäbe aus Art. 20 Abs. 2 GG und legt den Fokus nicht auf dahinterstehende theoretische Konzepte.

616 Deutlich bei *Jestaedt*, Demokratische Legitimation - quo vadis?, JuS 2004, 649 (652 f.), der die „unspezifische Inbezugsetzung" von Demokratie und Menschenwürde und damit die „Abstraktionshöhe" der Entscheidung kritisiert; vgl. mit der Kritik an der fehlenden Positionierung des Gerichts zur Stellung zwischen Ausnahme oder zulässigem Regelfall auch *Unruh*, Anmerkung zu BVerfG [Lippeverband, Emschergenossenschaft], JZ 2003, 1061 (1062).

617 Selbst wenn vieles aus methodischer Sichtweise dagegenspricht, die Entscheidung durch einen behaupteten Prinzipiencharakter und die daraus resultierende Verknüpfung von Demokratie und Selbstverwaltung zu begründen, so wird jedoch an anderer Stelle (dort begründet) gerade der Prinzipiencharakter vertreten. Wie schon das Gericht zur Vorlagefrage des BVerwG angemerkt hat, bedeutet dies eine nicht „keinesfalls unhaltbar[e]" Rechtsauffassung, siehe *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (86).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass der Fokus der (wissenschaftlichen) Betrachtung stärker auf Einzelaspekte des positiven Rechts gelegt werde und dabei die politische und philosophische Betrachtung der Staatsidee immer weiter in den Hintergrund trete.[618] Die Kategorien wie Legitimität und Legitimation stellten zentrale Kategorien der Politikwissenschaft, der Soziologie und der Rechtswissenschaft dar und bedeuteten in allen Disziplinen die Frage nach der Rechtfertigung von Herrschaftsgewalt. Insofern sei ihnen auch gemein, dass die Legitimität das Endprodukt eines erfolgreich verlaufenen Legitimations*verfahrens* sei.[619] Anders als in der vor-bundesrepublikanischen Vergangenheit sei die aktuelle Legitimationskonzeption durch Art. 20 Abs. 2 GG und die dort in Bezug genommene Volkssouveränität geprägt.[620] Die Gleichsetzung von verfassungsmäßiger Legalität mit demokratischer Legitimität bedeute eine Verengung auf die Betrachtung spezifisch demokratischer Legitimation und Legitimität, die sich aus dem input-orientierten und formalen Legitimationsmodell ergebe.[621] Das konkrete Verständnis des Bundesverfassungsgerichts vom Demokratieprinzip und seinen Auswirkungen sei dabei geprägt vom Verständnis der Demokratie als Staatsform (in Abgrenzung zu einer grundsätzlich auch denkbaren Regierungs- oder Herrschaftsform). Nur mit dem Verständnis der Demokratie als *Staats*form und der damit verbundenen *Staats*souveränität ergebe sich der Schluss des durch Art. 79 Abs. 3 GG unantastbaren Demokratieprinzips in seiner zwingenden Rückführung auf das *Staats*volk.[622]

---

618 *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 46 ff.; insbesondere verwundere es, wie stark das Missverhältnis von starker verfassungs*rechtlicher* Prägung einer Staatsidee zu einer schwachen allgemeinen, über die Rechtswissenschaft im engeren Sinne hinausgehenden Staatszwecklehre ausgeprägt sei, *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 55.

619 Vgl. *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 151 ff.; daneben mit dem Hinweis auf den Begriff der Legalität, der anders als die inhaltlich zu bestimmende Legitimität nur aus der Verfassungs- und Rechtmäßigkeit abgeleitet werde, *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 166 ff.

620 Bezogen auf das Verständnis des Bundesverfassungsgerichts *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 233.

621 *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 234 f.

622 Bei dieser Koppelung müsse zwangsläufig von einer homogenen Einheit des Volkes ausgegangen werden, um auf vor-rechtlicher Ebene eine genügende Grundlage zu schaffen; diese Gesamtkonzeption stelle sich damit als bloß kontingent, keinesfalls aber als zwingend dar, *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 236 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltlich sei das Legitimationskonzept des Bundesverfassungsgerichts wegen seiner strengen Festlegung auf die vom Staatsvolk abgeleitete Legitimationskette zu kritisieren, weil damit nur eine formale Komponente umfasst werde und der tatsächliche Inhalt der Herrschaftsgewalt keine Rolle mehr spiele. Die Reduzierung auf das formale Modell, das mangels inhaltlicher Vorgaben von einem materiell inhaltsleeren Demokratiebegriff ausgehe, könne jedoch eine unzulässige Verkürzung des Legitimitätsbegriffs bedeuten.[623] Einzig das Legitimationsniveau sei in der Konzeption des Legitimationskettenmodells geeignet, eine Flexibilisierung zu bewirken, weil es offen auch für alternative Konstruktionen sei. Dadurch, dass es dabei flexibel und nicht exakt bestimmbar sei, ermögliche es vermeintlich eine Offenheit der Legitimationskonstruktion; der Begriff sei zwangsläufig als offener zu verstehen und die Legitimationsstrategien seien aus dem weiteren Verfassungskontext zu entnehmen.[624] Somit sei von einer Offenheit auszugehen, die auch die Berücksichtigung weiterer Legitimationsfaktoren erlaube, um eine hinreichende Effektivität zu erreichen.[625] Mittels dieser Annahme der Substituierbarkeit werde auch der sonst so stark in den Mittelpunkt gestellte personelle Legitimationsaspekt abgeschwächt, was alternative Legitimationsmodi und Legitimationsmechanismen nicht mehr ausschließe. Demzufolge müsste es eigentlich auf Ebene des Legitimationsniveaus darum gehen, einen „Rang bzw. Grad der Rechtfertigung von ausgeübter Staatsgewalt" zu bestimmen.[626] Erst recht zeige sich bei der Übertragung der Legitimationsmaßstäbe auf die verschiedenen Herrschaftsgewalten durch die Europäische Union, dass sich zwangsläufig ein Legitimationsdefizit ergebe, insbesondere bei der Annahme des Staatsvolkes als Ausgangspunkt der Legitimation.[627] Damit fehle es auf Ebene der supranationalen Gewalt am Vorliegen der erforderlichen vorrechtlichen

623 Herrschaftsgewalt dürfe in einer demokratischen Herrschaftsordnung keinen Selbstzweck darstellen, sondern müsse an bestimmten (inhaltlichen) Zwecken ausgerichtet sein; dabei sei das input-orientierte Legitimationsmodell nicht geeignet, die erforderlichen output-Komponenten mit berücksichtigen zu können, *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 280 f.

624 *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 308.

625 Ohne Hinweis darauf, nach welchen Kriterien die Effektivität „hinreichend" ist *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 309.

626 *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 309.

627 Regelmäßig fehle es an einer notwendigen Rückbeziehung auf das Staatsvolk, oftmals sei nicht einmal die genügende Mitwirkung der deutschen Staatsorgane sicher gestellt, *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 392 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Voraussetzungen.[628] Aber auch schon bei der innerstaatlichen Anwendung des Maßstabes zeige sich, dass wegen der (notwendigerweise) zunehmenden Komplexität der Verantwortungszusammenhänge der als eindimensional anzusehende Legitimationskettenzusammenhang nicht mehr geeignet sei, die Verfassungsrealitäten angemessen zu erfassen.[629]

Zur Behebung dieser Defizite sei eine Neuausrichtung der vorhandenen Begriffe und Konzeptionen erforderlich und auch unter Einhaltung der zwingenden Voraussetzungen des Art. 79 Abs. 3 GG möglich. Aus dem Grundgesetz selbst ergäben sich Ansatzpunkte, dass durch das Grundgesetz nicht die „überkommene souveräne Nationalstaatlichkeit" festgeschrieben sei, sondern eine dynamische Veränderung des konkreten Inhalts von Staatlichkeit erlaubt werde.[630] Das Konzept sei zu einer gemeinsamen Souveränität fortzuentwickeln, das eine partnerschaftliche Ausübung von (pluraler) Herrschaftsgewalt zum Inhalt habe.[631] Weil das monistische Legitimationskettenmodell nur im Nationalstaat funktionieren könne, bedürfte es der Anpassung, die durch das Verständnis von Demokratie als Herrschaftsform wieder erreicht werden könnte.[632] Dabei seien neben den formellen input-Elementen notwendigerweise auch output-Elemente zu berücksichtigen, weil es auch inhaltlich-substantielle Vorgaben durch das Demokratieprinzip gebe.[633] Beide Ableitungsstränge müssten kumulativ vorliegen, das Fehlen einer Legitimationskomponente

628 Diese könnten sich jedoch ohnehin erst innerhalb einer Verfassungsordnung herausbilden, weshalb es sich bei den Fragen notwendiger Homogenität überhaupt nicht um normative Legitimationskriterien handeln könne, *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 408 ff.

629 Zusammenfassend *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 437 ff.

630 Anhaltspunkte ergäben sich vor allem durch Satz 1 der Präambel, Art. 23 Abs. 1 Satz 1, Art. 24, 25, 26, 59 und 88 Satz 2 GG, *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 447 ff.

631 *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 507 ff., zur verfassungs- und unionsrechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Konzeption *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 517 ff.

632 Hierbei müsse es sich wegen des Rückbezugs auf die unterschiedlichen Legitimationssubjekte notwendigerweise um ein plurales Konzept handeln, *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 588 ff.

633 Bereits auf Ebene der Grundstrukturen seien mit Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3, sowie mit Art. 20 Abs. 4 GG demokratiebezogene, aber zugleich materielle Vorgaben im Grundgesetz enthalten, entsprechendes gelte für die Vorgaben in den Unionsverträgen durch Art. 2, 6, 7 EUV (Vertrag von Maastricht, mittlerweile integriert in Art. 6 und 7 EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

müsse demnach zur fehlenden demokratischen Legitimität führen.[634] Bei diesem Demokratieprinzip, das durch Art. 79 Abs. 3 GG fixiert werde, handle es sich keinesfalls um einen bloßen Programmsatz, sondern um eine (wenn auch abstrakte und vage) Rechtsnorm.[635] Maßstab für das so konzipierte Demokratieprinzip müsse ein Legitimationsniveau sein, das sich aus input- und output-Komponenten zusammensetze, und damit die Verantwortlichkeit gegenüber den Legitimationssubjekten („responsiveness") und der Einhaltung der Herrschaftszwecke, -ziele und -aufgaben sicherstellen müsse.[636] Anders als beim klassischen Modell sei hier eine Ergänzung bzw. ein teilweises Austauschen durch andere, ergänzende Legitimationsfaktoren nicht ausgeschlossen, weshalb sich dieses Demokratieprinzip auch entwicklungsoffen darstelle.[637]

Mit der Rückführung der Demokratie auf allgemeine Souveränitäts- und Legitimitätskonstruktionen beabsichtigt *Schliesky*, eine Verbindung zwischen allgemeinen staats- und verfassungstheoretischen Überlegungen und dem positiven Verfassungsrecht vorzunehmen. Seine vorgeschlagene Konzeption ermöglicht eine umfassende Berücksichtigung von Legitimationsaspekten auf nationalstaatlicher und europäischer Ebene, beschreibt damit jedoch keinen Maßstab des positiven Rechts auf beiden Ebenen, sondern allenfalls auf Ebene des Grundgesetzes. Wo eine entsprechende Verankerung im Unionsrecht erfolgen soll, bleibt offen, was sehr stark darauf hindeutet, dass es sich beim vorgeschlagenen Maßstab nur um einen theoretischen handeln kann.

---

634 Insbesondere durch dieses doppelte Erfordernis werde sichergestellt, dass keine bloß formale, aber damit demokratische Auswechslung sämtlicher Verfassungsgrundsätze wie bei den osteuropäischen Volksdemokratien und bei der inhaltlichen Auswechslung der Weimarer Verfassung durch die nationalsozialistische Herrschaft erfolgen könne, vgl. *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 604 f.

635 *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 611.

636 Vgl. *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 716 ff.

637 So könnte bei zunehmender Komplexität von Entscheidungsstrukturen auch der Legitimationsbeitrag der Transparenz eine größere Rolle gewinnen, *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt (2004), S. 723.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

21. BVerfG: Notarkassen (2004)

Anlässlich einzelner Regelungen der Bundesnotarordnung prüfte der Erste Senat im Beschluss vom 13. Juli 2004 die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips an die Delegation von Normsetzung an Träger funktionaler Selbstverwaltung.[638] Hier geht das Gericht zunächst von einem grundsätzlich verfassungsrechtlich anerkannten Bereich funktionaler Selbstverwaltung aus,[639] zu dem es auch aus historischen Gründen die hier zu prüfende Bayerische Notarkammer rechnet. Dabei beruft sich der Senat auf seine eigene Rechtsprechung aus dem Facharztbeschluss und geht davon aus, „die Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie wurzeln im demokratischen Prinzip und entsprechen dem freiheitlichen Charakter der Verfassung; sie ermöglichen gesellschaftlichen Gruppen, in eigener Verantwortung die Ordnung der sie berührenden Angelegenheiten mit zu gestalten".[640] Mit dem Zweiten Senat[641] sieht er die Einrichtung der funktionalen Selbstverwaltung als Ausprägung des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 2 GG mit dem Ziel der Verwirklichung der freien Selbstbestimmung an; diese dürfe jedoch nicht dazu führen, dass sich der Gesetzgeber seiner Regelungsverantwortung entäußere.[642] Insbesondere unter Berücksichtigung des Sachbereichs und des Regelungsgegenstandes müsse der Gesetzgeber die erforderliche Entscheidung vornehmen, wie die Interessenabwägung zwischen Einzel- und Allgemeininteressen vorzunehmen sei.[643] Insoweit müsse er institutionelle Vorkehrungen zur Wahrung der Interessen der von der Selbstverwaltung erfassten Personen treffen und Organisation und Verfahren entsprechend ausgestalten. Dies wiederum erfordere eine ausreichende Bestimmung von Aufgaben und Handlungsbereichen in ihren Grundstrukturen und Verfahrensvorgaben zur Sicherstellung einer ausreichenden Partizipation Betroffener.[644] Dabei müsse die Dichte der gesetzgeberischen Organisati-

638 *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (215 ff.).
639 *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (215).
640 *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (215 f.) unter Berufung auf *BVerfG*, B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125 (156).
641 Insoweit erfolgt der Verweis auf *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (92).
642 *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (216 f.).
643 *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (217).
644 *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (217 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

onsvorgaben mit der Intensität des möglichen Grundrechtseingriffs durch Satzungsrecht korrespondieren.[645]

Dieses Urteil steht insofern „neben" der bisherigen Rechtsprechung des Zweiten Senats, als es nicht an die bestehende Dogmatik zur demokratischen Legitimation anknüpft.[646] Die der Entscheidung zugrundeliegenden Annahmen ähneln aber insbesondere bezüglich der Austauschbarkeit von legitimationsstiftenden Komponenten dessen Grundvorstellungen. Dass auch der Erste Senat allerdings von einem Maßstab ausgeht, der als „harter Rechtsmaßstab" bezeichnet werden kann, ergibt sich bereits aus der Anwendung: Wegen der Annahme unzulänglicher organisatorischer Vorgaben[647] stellt das Gericht die Verfassungswidrigkeit von gesetzlichen Einrichtungsregelungen (hier: § 39 VONot und § 113 Abschnitt I BNotO) fest.

22. BVerfG: Brandenburgisches Hochschulgesetz (2004)

Im Beschluss vom 26. Oktober 2004 zur Verfassungsmäßigkeit des Brandenburgischen Hochschulgesetzes[648] hatte abermals der Erste Senat die Vereinbarkeit gesetzlicher Neuregelungen mit der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zu prüfen. Zur Frage der Zulässigkeit der Ausübung einer gesetzgeberischen Gestaltung führte dieser aus, dass es dem Gesetzgeber zwar erlaubt sei, neue Modelle und Steuerungstechniken zu entwickeln und zu erproben, aber dass diesem eine Überwachungspflicht und eventuell sogar eine Pflicht zur Reform obliege. Hinsichtlich der Eignung neuer Organisationsformen stünden ihm dabei eine Einschätzungsprärogative und ein Prognosespielraum zu.[649]

---

645 *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (218); hier geht der Senat von einem möglichen Austauschverhältnis zwischen organisatorischen und verfahrensrechtlichen Vorgaben auf der einen Seite und materiell-rechtlichen Regelungen im Gesetz auf der anderen Seite aus. Erst durch die gesetzliche Bestimmung beider Komponenten könne die erforderliche Staatsaufsicht ermöglichen.

646 Mit Ausnahme der Entscheidung *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 wird die Rechtsprechung des Zweiten Senats auch nicht zitiert; auch diese Bezugnahme erfolgt aber nicht auf den Maßstabsteil, sondern einzig auf die allgemeinen Überlegungen des Zweiten Senats zur Zulässigkeit funktionaler Selbstverwaltung.

647 *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (218 ff.).

648 *BVerfG*, B. v. 26.10.2004, BVerfGE 111, 333.

649 *BVerfG*, B. v. 26.10.2004, BVerfGE 111, 333 (355 f.); hierin erkennt *Trute* eine gesetzgeberische Pflicht, Effizienz sichernde Managementfunktionen und Erkenntnisse in die Ausgestaltung von Trägern (funktionaler) Selbstverwaltung

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorliegend kam es allerdings nicht mehr auf weitergehende Anforderungen des Demokratieprinzips an, weil der Senat gegen die spezifische Ausgestaltung der Neuordnung des Hochschulbereichs nichts zu erinnern hatte.

23. Georg Hermes (2005)

Als unzweifelhaft legitimationsbedürftig sieht *Georg Hermes* unabhängige Behörden an, hingegen erkennt er große Differenzen hinsichtlich der Reichweite dieses Legitimationserfordernisses. Wegen der hohen Bedeutung der Informationssammlung für Entscheidungsvorbereitung und Entscheidungsfindung dürfe auch die rein vorbereitende und damit noch nicht selbst außenwirksame Tätigkeit von unabhängigen Einrichtungen nicht vom Legitimationserfordernis ausgenommen werden.[650] Die Notwendigkeit der Legitimation stelle dabei keine spezifisch deutsche Besonderheit dar, wie sich aus der strengen *Meroni*-Rechtsprechung ergebe.[651] Möglichkeiten zur Entwicklungsoffenheit des Demokratieprinzips zeigten sich dabei in der Rechtsprechung des BVerfG zu den Wasserverbänden, deren vollzogene Öffnung als sehr weitgehend anzusehen sei; zugleich müsse aber weiterhin der Vorrang parlamentarisch-inputorientierter Legitimationsmethoden berücksichtigt werden.[652] Als zusätzliches output-Legitimationselement könne ergänzend jedoch die Herstellung von Transparenz herangezogen werden, weil diese eine potentielle Politisierbarkeit von Verwaltungsentscheidungen bewirke und deshalb die Verantwortung stärken

---

zu übernehmen, vgl. *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 87.

650 Mit Verweis auf Literaturstimmen, die das Legitimationserfordernis vom Grad der Außenwirksamkeit des Handelns abhängig machen, *Hermes,* Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: *Bauer/Huber/Sommermann* (Hrsg.), Demokratie in Europa (2005), S. 474.

651 Mit weitergehender Begründung der Legitimationspflicht aus sachlichen Notwendigkeiten und der Vereinbarkeit dieses Ansatzes mit dem überwiegenden Literaturverständnis *Hermes,* Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: *Bauer/Huber/Sommermann* (Hrsg.), Demokratie in Europa (2005), S. 467 ff.

652 Vgl. *Hermes,* Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: *Bauer/Huber/Sommermann* (Hrsg.), Demokratie in Europa (2005), S. 478 f. mit Verweis auf *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

könne.[653] Als Lösung für das Spannungsverhältnis zwischen Unabhängigkeit von Behörden und dem Erfordernis demokratischer Legitimation sei deshalb auf die Einschätzung der Volksvertretung im demokratischen Verfahren abzustellen, die alleine für die Entscheidung kompetent sei, ob es sich hier um eine noch vertretbare Delegation politischer Entscheidungsbefugnisse handle.[654] Somit müssten die Grenzen der Unabhängigkeit einzelner Einrichtungen durch Gesetz bestimmt werden (dürfen).[655]

Damit geht *Hermes* von einem Legitimationsmodell aus, das stark inputbetont ist, weil die übrigen output-Elemente nur als unterstützende Faktoren anerkannt werden. Zugleich sieht er den notwendigen Input bereits dann als erfüllt an, wenn eine einmalige parlamentarische Entscheidung hierüber getroffen wurde. Im Ergebnis kommt diese Argumentation der Verzichtstheorie gleich, denn für ihrem Wesensgehalt nach politisch eher unbedeutendere Sachverhalte wäre dabei auch eine Delegation zulässig, sofern die Volksvertretung sich dieser entledigen wollte.

24. Axel Tschentscher (2006)

Die Besonderheiten des Modells demokratischer Legitimation der Dritten Gewalt diskutiert *Axel Tschentscher* in seiner Dissertation von 2005 in der Gegenüberstellung zur bisher sehr viel genauer herausgearbeiteten Legitimationsfaktoren in Legislative und Exekutive. Bereits im Ausgangspunkt unterscheidet er streng zwischen einem rechtsnormativen Demokratiekonzept und „unspezifischeren Demokratieverständnissen, die nichtjuristische Disziplinen von der Demokratie entwickelt haben".[656] Diese

653 *Hermes,* Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: *Bauer/Huber/Sommermann* (Hrsg.), Demokratie in Europa (2005), S. 480.

654 Dabei bedürfe es demokratischer Verfahren, die Grenze der Überschreitung dezentralisierter Demokratie zu ziehen, vgl. *Hermes,* Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: *Bauer/Huber/Sommermann* (Hrsg.), Demokratie in Europa (2005), S. 481.

655 Mit vergleichender Bezugnahme auf die *Meroni*-Rechtsprechung als gemeinschaftlicher Wesentlichkeitsrechtsprechung *Hermes,* Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: *Bauer/Huber/Sommermann* (Hrsg.), Demokratie in Europa (2005), S. 482.

656 *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 9 f.; demnach sei die Demokratie aus Sicht der Jurisprudenz durch ihre rechtlichen Rahmenbedingungen begrenzt und könne nur rechtsrelevante Demokratieelemente wie Wahlen und Gesetzesbindung, Repräsentation, Bestellung und Weisung berücksichtigen.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beschränkung müsse schon deshalb betrachtet werden, weil verschiedene Bestandteile der Demokratiediskussion von vornherein durch das Grundgesetz nicht aufgenommen worden seien,[657] die ansonsten oft in demokratiebezogenen Argumenten angeführt werden. Aus dem organisatorisch-formalen Modell demokratischer Legitimation des Grundgesetzes, wie es vom Bundesverfassungsgericht entwickelt worden sei, sei noch keine Ableitung für die Judikative vorgenommen worden, weshalb eine Deduktion vorgenommen werden müsse. Das Modell habe sich dabei in verschiedenen Phasen entwickelt, weshalb zunächst von einer Konsolidierung des grundgesetzlichen Demokratiemodells,[658] im Anschluss von einer Akzentuierung des organisatorisch-formalen Modells[659] und einer Relativierung dieses Modells[660] auszugehen sei. Letztere sei vor allem beim Konzept des Legitimationsniveaus zu erkennen, das gegenüber den anderen Bestandteilen des Demokratieprinzips „bisher weitgehend funktionslos" geblieben sei.[661] In der weiteren Entwicklung dieses Modells habe sich eine Primärstellung der organisatorisch-personellen Komponente herausgestellt und mit dem Ausschluss der ausländischen Wohnbevölkerung vor der Wahlteilnahme die bedeutendste Auswirkung verursacht.[662] Dass diese teils strengen Voraussetzungen des Legitimationsmodells verhältnismäßig einfach seien, stelle zum einen eine praktische Stärke des Legitimationsket-

657 Aspekte wie die strikte Mandatsbindung, die jederzeitige Abberufbarkeit von Amtsträgern oder die jährliche Wahl seien verschiedentlich in der Demokratietheorie diskutiert, aber ganz offensichtlich durch das Grundgesetz nicht aufgenommen bzw. durch dieses sogar abgelehnt worden, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 11 ff.

658 *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 30 ff.

659 Vor allem durch die Entscheidungen von der Bremer Personalvertretung bis zum Urteil zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 35 ff.

660 Diese sei in den Urteilen und Beschlüssen Kalkar, Brokdorf, Rastede, Hamburger Ausländerwahlrecht, Maastricht und zu den Wasserverbänden vorgenommen worden, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 44 ff.

661 *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 50.

662 Im Ergebnis *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 73; gleichzeitig sei an dieser Stelle allein die praktische Auswirkung des Legitimationskonzepts zu sehen, weil am erforderlichen Legitimationssubjekt in der Rechtsprechung zum Ausländerwahlrecht schon Gesetze gescheitert sind, in Bezug auf das Legitimationsniveau aber eine starke Zurückhaltung zu erkennen sei, wenn es darum gehe, Konsequenzen folgen zu lassen, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 62 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tenmodells dar,[663] weil auch Sonderkonstruktionen gerechtfertigt werden könnten, die bei strikter Anwendung als unzulässig angesehen werden müssten. Gleichwohl stelle die Notwendigkeit vieler Ausnahmen von der Grundkonstellation eine theoretisch-dogmatische Schwäche des Modells dar, weil bei zunehmender Zahl von Ausnahmen die Grundannahmen des Modells fraglicher erschienen. Insbesondere die Verantwortlichkeiten bei Ernennungen würden dann schwer zu rekonstruieren sein, wenn zur Ernennung eine Entscheidung getroffen werden müsse, die verschiedenen Stellen hinsichtlich der Verantwortlichkeit zugerechnet werden müsste.[664] Als problematisch stelle sich nach diesem Modell vor allem die Selbstverwaltung dar – auch hinsichtlich der kommunalen Form, weil es sich zwar um eine verfassungsgegebene Ausnahme handle, die als unzweifelhaft zulässig anzusehen sei, gleichwohl aber mangels Kompatibilität hinsichtlich des Legitimationssubjekts des theoretisch-dogmatischen Modells als Ausnahme angesehen werden müsse.[665] Erst recht sei in diesem Modell die Sonderrolle der funktionalen Selbstverwaltung und die verfassungsrechtliche Anerkennung[666] als zulässig sehr kritisch anzusehen, weil für die Ausnahmestellung bisher keine Lösung für die theoretische Begründung innerhalb des Modells geboten werde.[667] Im Ergebnis führten diese Ausnahmen dazu, dass in den jeweiligen Bereichen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes sogar nur noch als unverbindliche Zielvorstellung gelte, nicht aber mehr „kriteriell verwirklicht" werde.[668] Diese Schwachstellen des organisatorisch-formalen Modells könnten durch ein von ihm vorgeschlagenes Kontrollmodell demokratischer Legitimation als

---

663 Besonders hervorzuheben sie die praktische Handhabbarkeit des Maßstabs, weil verhältnismäßig leicht zu ermitteln sei, ob eine personelle Legitimation einer Person auch gegeben ist, *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 75 f.

664 Diesbezüglich sei unproblematisch, wenn durch formale Ernennungszuständigkeiten (wie beispielsweise bei der Ministerernennung durch den Bundespräsidenten) legitimatorisch neutrale Verfahrenshandlungen vorgenommen würden; anders hingegen seien Verfahren der Mitwirkung und Mitentscheidung oder gar gemeinsamer Entscheidung mehrerer Organe zu sehen, *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 76 ff.

665 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 93 ff.

666 Insbesondere durch die Sonderkonstruktion durch *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59.

667 Insoweit spricht *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 100 davon, dass die „kritische Unerfasstheit" funktionaler Selbstverwaltung zwar als Problem erkannt ist, im Rahmen des organisatorisch-formalen Modell jedoch keine Lösung gefunden worden sei.

668 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

alternatives Verständnis behoben werden. Dieses sei zunächst mit einem Wechsel des Blickwinkels von den Akteuren im Demokratiemodell auf die legitimationsbedürftigen einzelnen Hoheitshandlungen verbunden.[669] Zunächst müsse sich das Demokratiemodell hier von den vorpositiven Homogenitätsvorstellungen lösen, weshalb von einem offenen Verständnis auszugehen sei, das nur im Rahmen der grundgesetzlichen Positivierung als zwingend vorausgesetzt werden dürfte.[670] Das Demokratieprinzip des Art. 20 GG dränge grundsätzlich auf eine Optimierung der Betroffenenbeteiligung und bestimme das Maß an notwendiger diskursiver Inhaltskontrolle.[671] Bei zunehmender Entfernung einer Entscheidung von der unmittelbaren parlamentarischen Legitimation (beispielsweise bei einer Ermessensentscheidung durch die Verwaltung) komme dieser dabei neben der Weisung der verstärkten Inhaltskontrolle durch subsidiär eingreifende Rechtsschutzmöglichkeiten eine eigene legitimatorische Leistung zu.[672] Für das Zusammenwirken dieser Legitimationsaspekte sei damit nicht mehr die persönliche Legitimation des Amtswalters entscheidend, vielmehr könne von einer Substituierbarkeit ausgegangen werden, dass die personelle Legitimation nur als eine von mehreren Möglichkeiten anzusehen sei.[673] Die Unterschiede dieser Modelle zeigten sich insbesondere bei

669 Im Ausgangspunkt unterstellt *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 113 f. dem Demokratiemodell der Rechtsprechung, ihren Anspruch auf Legitimation von Staatshandeln überhaupt nicht einzulösen, weil eigentlich faktisch nur der Amtswalter im Mittelpunkt stehe. Dieser Schluss scheint insoweit befremdlich, als die Personenfixierung des Legitimationsmodells nur eine eigene Würdigung darstellt, zugleich aber nur äußerst knapp begründet wird; im Wesentlichen geht die Kritik davon aus, dass nicht die Verleihung eines Amtes selbst und damit die „Personalauswahl", sondern erst die Sachentscheidung selbst (also die Zuständigkeitsregelung) in Verbindung mit fortdauernder Weisungsgebundenheit entlang der Kette von Berufungsakten die Legitimation bewirken könne, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 132.

670 Aus diesem Grund dürften auch die Legitimationsketten nicht als erforderlich angesehen werden, weil sie lediglich an historische Weihe- und Verleihungsakte anschließen könnten, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 118.

671 *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 129.

672 Vgl. *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 135.

673 Zugleich sei aber auch die personelle Legitimationskomponente damit auch ersetzbar, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 143.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Übertragung der Legitimationsmaßstäbe auf die Judikative.[674] Das organisatorisch-formale Modell demokratischer Legitimation stoße an seine Grenzen, weil bedingt durch die richterliche Unabhängigkeit und deren hohen Stellenwert die legitimierende Komponente in personell-organisatorischer Hinsicht entfalle, weil mit der Ernennung jede weitere Form der Einflussnahme ausgeschlossen ist.[675]

Das Kontrollmodell gehe davon aus, dass nicht in allen Bereichen staatlichen Handelns eine Rückführung der Hoheitsausübung auf das Volk erfolgen müsse.[676] Auch wenn in sachlich-inhaltlicher Hinsicht eine Begrenzung der richterlichen Handlungsweise enthalten sei, könne man hier nicht von einer vollständigen Determination richterlicher Entscheidungen sprechen, wie sich in Phänomenen wie der Rechtsfortbildung oder der Kreation von Richterrecht zeige, durch die viele Rechtsgebiete maßgeblich geprägt seien.[677] Die legitimatorische Wirksamkeit ergebe sich im Kontrollmodell aus einer besonders starken sachlich-inhaltlichen Legitimation, die in ihrer Wirkung erst durch das Zusammenspiel von Gesetzesbindung,

674 Nach *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 145 ff. würde die Frage demokratischer Legitimation der Dritten Gewalt im herkömmlichen Modell nicht genügend diskutiert: Gehe man nämlich von der notwendigen Legitimation aller Staatsgewalt aus, dürfe man die Judikative nicht ausnehmen; der bloße Verweis auf Art. 97 GG zeige, dass es sich um ein inkonsequentes Modell handle, weil die eigene Theorie nicht durchgehalten werde; diese Annahme unterstreicht deutlich *Tschentschers* Anspruch, nicht nur das rechtsdogmatische Modell ausgehend vom positiven Verfassungsrecht zu erfassen und wiederzugeben, sondern diese Dogmatik systematisch einheitlich durch ein theoretisches System beschreiben zu wollen; damit kommt für ihn die Möglichkeit nicht in Betracht, dass es sich bei der grundgesetzlichen Legitimationssystematik um ein nicht völlig widerspruchsfreies theoriegeeignetes System handeln könnte, das sich aus Sachzwängen, Sachrationalitäten und politischen Kompromissen geformt haben kann.

675 Hier könne es sogar zu einem expliziten Zielkonflikt mit dem Demokratieprinzip kommen, weil unter Umständen eine richterliche Entscheidung wegen der rechtlichen Bindungen gerade dem Volkswillen widerstehen müsse, vgl. *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 168 f.

676 Diesbezüglich verweist *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 189 auf den Ansatz von *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991), S. 386 ff. (vgl. dazu oben bei III.C.7) hinsichtlich der Möglichkeit der Schaffung demokratischer Legitimation durch Anknüpfung auf ein anderes Legitimationssubjekt als das Staatsvolk in seiner Allgemeinheit.

677 *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 190 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eignungserfordernissen und Unabhängigkeit erreicht werden könne.[678] Praktische Auswirkungen bei unterschiedlichen zugrunde gelegten Legitimationsmodellen könnten im Anschluss daran nur dann entstehen, wenn die Zulässigkeit alternativer Formen der Ernennung (beispielsweise durch unmittelbare Volkswahl statt durch Richterwahlausschüsse) beurteilt werden solle.[679]

In seiner Untersuchung wählt *Tschentscher* explizit einen normativ-analytischen Maßstab des positiven Verfassungsrechts, der die Demokratiedogmatik unter dem Grundgesetz herausarbeiten will.[680] Dass es sich dabei aber nicht allein um einen normativ-positivrechtlichen Ansatz handeln kann, zeigt sich in seiner expliziten Unterscheidung zwischen den Verdikten „verfassungskonform" und „demokratisch legitimiert", die seiner Auffassung nach nicht notwendig miteinander korrelieren.[681] Das zuvor von ihm als verhältnismäßig wirkungslos (bzw. wenig konturiert) dargestellte Legitimationsniveau nimmt er später als Kategorie heran, um die verschiedenen Möglichkeiten der Richterbestellungen in den Ländern zu vergleichen. Dabei unterscheidet er zwischen einem stärkeren und einem schwächeren erreichten Legitimationsniveau als Folge der formalen Betrachtungsweise im organisatorisch-formalen Demokratiemodell.[682] Für

678 Ausführlich *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 197 ff., zusammenfassend *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 232 f.

679 Im Ergebnis: *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 262 f.; danach müssten sehr viel mehr Methoden (wie sie auch in anderen demokratischen Ländern zur Richterauswahl angenommen würde) als zulässig erachtet werden; bei der Unterscheidung zeige sich auch die weitere Schwäche des formalen Modells, weil bei der Richterauswahl insbesondere für Bundesgerichte durch das Demokratieprinzip systematische Schwachstellen wie politische Paketgeschäfte und Vorabsprachen nicht einmal erfasst würden und damit auch als legitimationsirrelevant angesehen würden, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 335 f.

680 Zu der methodischen Vorgehensweise selbst: *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 14 f.

681 Sehr deutlich bei der Bewertung der demokratischen Legitimation der Bundesrichter, indem die Ernennung als verfassungskonform, aber nicht demokratisch legitimiert angesehen wird, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 335 f.

682 Mit Verweis auf die nach diesen Maßstäben (denen er sehr kritisch begegnet) ermittelte „demokratische Spitzengruppe" mit den Regelungen, die dem Ministerialmodell folgen, aus Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und dem Saarland, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 369.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das von ihm vorgeschlagene Kontrollmodell sieht er ein höheres Legitimationsniveau dann als erreicht an, wenn die Exekutivmacht durch eine verstärkte Beteiligung der Richterschaft relativiert würde.[683] Ausgehend von den in den Ländern sehr unterschiedlich vorgefundenen Modellen diskutiert *Tschentscher* die unterschiedliche Bedeutung und Leistung der Legitimation, zieht als Maßstab für die rechtliche Bewertung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Konstruktionen ausschließlich Art. 98 Abs. 4 GG heran.[684] Damit zeigt sich, dass sich *Tschentscher* bei der Untersuchung des „organisatorisch-formalen Demokratiemodells" und der Entwicklung seines Vorschlags eines Kontrollmodells von einem nicht positivierten Maßstab leiten lässt. Der normative Anspruch bleibt deshalb unklar: Zwar entwickelt *Tschentscher* ein Modell, nach dem die bisherigen Modelle als demokratiekonform angesehen werden können, aber zuvor schon bei der Bewertung des von ihm vorgefundenen Modells scheint er von einer Unvereinbarkeit mit den Vorgaben des Demokratieprinzips auszugehen, obgleich dies seiner Meinung nach verfassungsgemäß sein könne. Das so verstandene Demokratieprinzip stellt schon durch diese Annahme des graduellen Legitimationsniveaus keinen Maßstab dar, anhand dessen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit oder Unzulänglichkeit beurteilt werden könnte. Damit dürfte es schwerpunktmäßig eher weniger auf einen dogmatischen Rechtsmaßstab ausgerichtet sein, sondern stellt eher einen rechtswissenschaftlich geprägten analytischen Maßstab dar.

25. Stephan Bredt (2006)

Von einem theoretischen Blickwinkel ausgehend untersucht *Stephan Bredt* die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen wie Zentralbanken, Wettbewerbsbehörden und Regulierungsagenturen. Dabei seien bei der Frage der Legitimation einer sozialen Ordnung oder von Institutio-

683 Danach ergebe sich für die Regelungen in Niedersachsen, dem Saarland und Sachsen-Anhalt ein höheres Legitimationsniveau, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 370.

684 Ein Beschränkungsverbot nach Art. 98 Abs. 4 GG bestehe insoweit nicht und die Grenzen des Demokratieprinzips wären bisher in noch keinem Bundesland überschritten, *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 376; anders jedoch die Bewertung nach dem formalen Demokratiemodell, nach dem in sechs Bundesländern die Vorgaben dem Demokratieprinzip nicht genügten, vgl. *Tschentscher,* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006), S. 378 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen normative und positive Legitimationselemente zu unterscheiden.[685] Die Unabhängigkeit sei hiernach in verschiedene Stufen zu unterteilen: Auf der ersten Stufe sei hierbei die justizielle bzw. richterliche Unabhängigkeit zu sehen, auf der zweiten Stufen die Unabhängigkeit zur Einbringung von Sachverstand und Expertise zur Gewährleistung sachrichtiger Lösungen und auf der dritten Stufe die gestalterische Unabhängigkeit, zu der beispielsweise auch die EU-Kommission zu zählen sei.[686] Nach dem klassischen rechtswissenschaftlichen Verständnis sei dabei demokratische Legitimation ein sehr formell geprägtes Konstrukt, welches stark personenbezogen sei.[687] Folglich sei dieses Modell auch auf eine hierarchische Organisation angewiesen und könne nur justizielle Funktionen in Hinblick auf ihre Unabhängigkeit als vereinbar mit dem Erfordernis demokratischer Legitimation ansehen.[688] Aus Sicht einer neuzeitlichen vertragstheoretischen Demokratietheorie sei der Ausgangspunkt jedoch die Sicherung individueller Freiheit und demokratisch-politischer Gleichheit im politischen Entscheidungsprozess, woraus sich das Mehrheitsprinzip als demokratisch legitimes Entscheidungsverfahren ergebe.[689] Bei einem funktionalen Legitimationsansatz müsse dagegen berücksichtigt werden, dass materielle Legitimation nicht allein durch ein formell legitimiertes Verfahren erreicht werden könne, sondern es auch einer Analyse des Ergebnisses als Qualitätskriterium des Prozesses zur Beurteilung bedürfe; wenn man aus dem Gesellschaftsvertrag inhaltliche demokratietheoretische Maßstäbe ableite, dürfe keine Beschränkung auf die formellen Aspekte der Legitimation erfolgen.[690] Dabei ergebe sich aus politikwissenschaftlichen und ökonomischen Theorien, dass politische Entscheidungsprozesse nicht allein

685 Das normative Element meine dabei eine als „rechtmaßig" wahrgenommene Ordnung und ihre Institutionen, das positive Element betreffe die hohe Durchsetzungsfähigkeit, weil den Entscheidungen aufgrund der hohen Akzeptanz der Institutionen gefolgt werde, *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 39 f.

686 *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 45 f.

687 Vgl. *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 48 ff.

688 *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 85 f.; dieses Ergebnis vergleicht er im Anschluss mit den Verständnissen der französischen, britischen und US-amerikanischen Rechtslage (Kapitel 3-5).

689 *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 174 f.

690 Zusammenfassend: *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 202 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach Funktionen, sondern in Abhängigkeit vom jeweiligen Politikfeld abliefen. Das funktionale (in den Rechtswissenschaften entwickelte) Legitimationsmodell könne derartige Erkenntnisse jedoch überhaupt nicht verarbeiten.[691] Im Ausgangspunkt seien das funktionale Demokratiemodell und die Ansätze der ökonomischen Demokratietheorien einander insofern ähnlich, als sie durch die Untersuchung des subjektiven Rechts und dem Individualnutzen beide auf den Blickpunkt eines Einzelnen fokussiert seien.[692] Im Unterschied zum rechtswissenschaftlichen Ansatz sei jedoch der ökonomischen Theorie zufolge für den Einzelnen der Nutzen (materiell) vorhanden, wenn bestimmte Politikbereiche von der üblichen Mehrheitsentscheidung abwichen.[693] Dies gelte jedoch nicht in Entscheidungsprozessen, die über die Herstellung öffentlicher Güter befänden, weil hier keine Wohlfahrtsgewinne mehr erreicht werden könnten. Der spezifische Vorteil der ökonomischen Betrachtungsweise liege darin, dass anders als bei deliberativen Theorien prognosefähige Aussagen über den Ausgang politischer Entscheidungen und deren materiellen Nutzen getroffen werden könnten. Dabei widerlegten empirische Befunde der ökonomischen Theorie die Annahme der rechtswissenschaftlichen Ansätze, die bei einem formell geregelten Verfahren von einer Ergebnisoffenheit ausgingen, weil in einigen Politikfeldern strukturelle Schwachstellen der Mehrheitsentscheidungen zutage träten, welche der „Zielindifferenz" der Staatsorganisation widersprächen. Insofern sei dieser Ansatz überzeugender als die rechtswissenschaftliche Einteilung in input- und output-Legitimation, weil es auch hiernach um die Rechtfertigung von Institutionen und Verfahren gehe und nicht um ein konkretes Ergebnis als Ausgang des Prozesses.[694] Grenzen dieses Ansatzes seien in methodischer und inhaltlicher Sicht dort zu sehen, wo es an empirisch gesicherten Erkenntnissen über die Funktionszusammenhänge fehle und systematische Fehler

691 Dies resultiere daraus, dass in Abhängigkeit vom jeweiligen Politikfeld sich die Wahrscheinlichkeit sehr stark unterscheide, was für Ergebnisse erreicht würden; so führe beispielsweise die bloße Anwendung formeller Prinzipien regelmäßig zu einer höheren Staatsverschuldung, *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 203.

692 *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 205.

693 Unter Bezugnahme auf die Theorie *Buchanans* sei ein Absehen insbesondere zur Vermeidung der Hochsteuer-, Verschuldungs- und Inflationsfalle hilfreich, *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 246.

694 *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 277 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht sicher vorhergesagt werden könnten.[695] Für die Europäische Union komme eine Rechtfertigung der Unabhängigkeit von Institutionen wie der Kommission, der Europäischen Zentralbank, des Europäischen Gerichtshofs und der europäischen Agenturen durch politikfeldbezogene ökonomische Ansätze bereits deshalb besonders in Betracht, da hier nach dem rechtswissenschaftlichen Demokratieverständnis das tatsächliche Maß der Unabhängigkeit nicht erklärt werden könne.[696] Unter Beachtung des Integrationsgedankens und der gleichwertigen Interessenberücksichtigung ergebe sich jedoch die Legitimation dieser Unabhängigkeit, da durch die Union (und ihre eher unabhängigen Institutionen) die Berücksichtigung ansonsten durchsetzungsschwacher Bereiche (im Sinne der Transaktionskostentheorie) besser sichergestellt sein könnten als bei Entscheidungsverfahren durch Mehrheitsentscheidungen.[697] Deshalb empfehle sich auch aus Sicht größtmöglicher Legitimation bei Aufgabenfeldern, denen es an einer gleichwertigen Interessenberücksichtigung fehle, die Wahrnehmung in unabhängiger Weise durch Institutionen der Union. Diese passten sich besser in das Organisationsprinzip ein als ein hierarchisches Staatsverständnis.

Mit seinem politikfeldbezogenen und ökonomischen Ansatz zeigt *Bredt* die Leistungsfähigkeit unabhängiger Institutionen für Entscheidungsprozesse in politischer Hinsicht auf. Von der Gesellschaftsvertragstheorie ausgehend sieht er nach der Analyse rechtswissenschaftlicher, ökonomischer und politikwissenschaftlicher Argumentation die Möglichkeit der Rechtfertigung unabhängiger Institution und deren Bewertung als demokratisch legitim an; hingegen stelle die in der Rechtswissenschaft bisher vorherrschende Betrachtungsweise, die eine Zulässigkeit generell nur bei Gerichten und Rechnungshöfen sähe und ansonsten nur eine ausnahmsweise

695 *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 317 ff.; zwar sei auch in der Rechtsprechung des BVerfG für Steuer- und Abgabebelastung und Beschränkung der Staatsverschuldung für den fiskalischen Bereich eine solche Wirkweise anerkannt, allerdings fehle es an verallgemeinerbaren Erkenntnissen für andere Bereiche, *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 325; auch für die Politikbereiche der Europäischen Union fehle es an notwendigen Erkenntnissen über Entscheidungszusammenhäng zur Würdigung der Legitimation unabhängiger Institutionen, *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 376 f.

696 Zusammenfassend *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 421.

697 *Bredt,* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 356 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gegebene Rechtfertigung, eine theoretisch nicht konsistente und praktisch kaum durchhaltbare Argumentation dar.[698] Unzweifelhaft kann dieses Modell besser als viele andere erklären, weshalb die Unabhängigkeit bestimmter Institutionen auch aus demokratie*theoretischer* Sicht zielführend ist und im Ergebnis – trotz unterbrochener Legitimationsketten – unter theoretisch-demokratischen Annahmen als sinnvoller angesehen werden mag. Wenn *Bredt* an dieser Stelle die Schwäche der rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Argumentation belegen möchte, erreicht er dieses nur aus anderer disziplinärer Sicht, nämlich unter Zugrundelegung politik- oder wirtschaftswissenschaftlicher Maßstäbe. Dass diese auch in der *rechtswissenschaftlichen* Diskussion aufgegriffen werden können, beweist zum einen schon die Existenz der ökonomischen Analyse des Rechts als Disziplin, die auch zu den Rechts*wissenschaften* gerechnet werden kann und zum anderen der auch rechtswissenschaftliche Ansatz *Bredts*, mit dem er zu dieser Erkenntnis gelangt. Auch müssen seine Erkenntnisse nicht – wie von *Bredt* angenommen – im Gegensatz zu den rechtlich-dogmatischen Vorgaben stehen. Die Verfassung ermöglicht nämlich gerade die Berücksichtigung dieser Rationalitätsüberlegungen durch das geltende Verfassungsrecht. Die Zulässigkeit der (ohnehin faktisch existierenden) Unabhängigkeit von Institutionen wie Zentralbanken und Regulierungsbehörden ergibt sich bereits unproblematisch aus geltendem Verfassungsrecht, weshalb insoweit das (herkömmliche) rechtsdogmatische Modell keine Erklärungsschwierigkeiten verursacht. Einzig die Voraussetzungen sind nicht parallellaufend: Die Unabhängigkeit bestimmter Institutionen ist nach geltendem Verfassungsrecht nicht dann als demokratisch legitimiert zu betrachten, wenn sie aus wirtschaftswissenschaftlich-theoretisch sinnvoll zu bewerten ist, sondern einzig, wenn die Unabhängigkeit verfassungsgegeben ist oder der Gesetzgeber derartig unabhängige Institutionen vorsehen durfte. Für diese gesetzgeberische Entscheidung liefert *Bredt* die Blaupause, indem er eine Argumentation aufzeigt, die nach geltendem Verfassungsrecht geeignet ist, als Rechtfertigung für die Abweichung vom „Regelmodell" demokratischer Legitimation zu fungieren. Mit der Begründung, dass abhängig vom jeweiligen Politikfeld im Einzelfall die Unabhängigkeit einer Institution (z.B. der Zentralbank) besser geeignet ist, das Gemeinwohl zu fördern, steht dem (Verfassungs-)Gesetzgeber im klassischen Modell eine Ausgestaltungsmöglichkeit offen, wie sie verschiedentlich tatsächlich genutzt wurde und wird. Dass dieses Modell nicht auch in der von *Bredt* dargestellten

698 Vgl. *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen (2006), S. 469.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Konsequenz und theoretischen Stringenz zugrunde gelegt wird, ist dabei kein Versäumnis des dogmatischen Modells, sondern einzig der theoretischen Fundierung.

26. Hans-Heinrich Trute (2006)

In seiner Gesamtdarstellung zur demokratischen Legitimation der Verwaltung in den *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (1. Aufl. 2006, 2. Aufl. 2012) übt *Hans-Heinrich Trute* eine fundamentale Kritik am von ihm als „klassisches" bezeichneten Modell, weil dieses zu formal sei und weite Teile der bestehenden Verfassungsorganisation verfassungsrechtlichen Zweifeln aussetzte.[699] Dies gelte schon im Ansatzpunkt, weil das Demokratieprinzip keine Regel darstellte, sondern ein optimierungs- und konkretisierungsbedürftiges Prinzip. Insoweit handle es sich bei Art. 20 Abs. 1 GG um ein Optimierungsgebot, das aber nicht durch eine verfassungsrechtliche Vollregelung des Grundsatzes der Volkssouveränität aus Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG insgesamt zu einer Rechtsregel konvertiert werden könne.[700] Das Legitimationssubjekt müsse demnach weiter gedacht werden als es bei der klassischen Ansicht der Fall sei, weil die Volkssouveränität des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG dahingehend zu verstehen sei, dass es einzig um die Ablösung traditionaler Autoritäten ginge und damit der Bezug auf die Selbstherrschaft hergestellt würde. Dieses Prinzip individueller Selbstbestimmung führe zur Verknüpfung von Menschenwürde und Demokratie und schlage den Bogen von politischen Freiheitsrechten zu einem Prozess kontinuierlicher Rückkopplungen.[701] Deshalb sei auch der Volksbegriff

699 Dies sei zum einen hinsichtlich der notwendigen Eigenständigkeit der Verwaltung zur Bewältigung komplexer Umweltaufgaben kontraproduktiv, zum anderen weit unterkomplex, um die Verwaltung in ihrer Gesamtheit erfassen zu können, *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 15.

700 Insoweit bezieht sich *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 16 (ab der zweiten Auflage) hinsichtlich des Prinzipiencharakters des Demokratiebegriffs in Art. 20 Abs. 1 GG auf die Argumentation von *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 158 ff.

701 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 19 f.; als Beleg führt *Trute* insoweit die neuere Verfas-

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als nicht von vornherein festgelegt zu verstehen, sondern als situativ ausgestaltbar; insofern müsse der legitimierte Gesetzgeber für eine ständige Integration allgemeiner und besonderer rechtlicher Interessen sorgen, was eine Zuordnung Einzelner zu mehreren Legitimationssubjekten ermögliche.[702] Deshalb dürfe auch nicht am Kriterium strikter formaler Gleichheit festgehalten werden, weil der Gesetzgeber für eine Ausgestaltung und für eine gesetzliche Bestimmung eines Kreises Betroffener zuständig sei. Insoweit stelle diese Differenzierung keine Einschränkung vom Erfordernis der demokratischen Allgemeinheit dar, sondern eine Konsequenz der Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten.[703] Deutlich weiter als beim klassischen Modell sei auch die zu legitimierende Ausübung von Staatsgewalt zu verstehen. Nicht nur Handeln mit Entscheidungscharakter, sondern alles Handeln, was dem Staat zuzurechnen sei, müsse von der Pflicht zur Legitimation umfasst sein.[704] Daneben dürften sich die Methoden zur Vermittlung von Legitimation nicht auf personelle und materielle Legitimation beschränken, sondern müssten sehr viel differenzierter betrachtet werden. Dem klassischen Modell sei dabei zu eigen, dass durch die Kombination dieser Methoden eine vollständige Verantwortung auf parlamentarischer Ebene erreichen werden wolle. Dies sei jedoch nicht mit der „Komplexität der Normenproduktion und -interpretation" in vielen wichtigen Politikfeldern in Einklang zu bringen, weil eine materielle Entscheidung und damit überhaupt eine Form der Willensbildung für die Einzelprobleme des Vollzugs auf parlamentarischer Ebene überhaupt nicht geleistet werden könne; wo es keinen entsprechenden parlamenta-

---

sungsgerichtliche Rechtsprechung zur funktionalen Selbstverwaltung an, indem dort der Bezug auf die „freie Selbstbestimmung als ersten und letzten Grund der Demokratie" hergestellt werde.

702 Vgl. *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 21 ff.

703 Mit auch diesbezüglichem Verweis auf *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 bei *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 25 f.

704 Unterschiede ergäben sich vor allem dann, wenn der Staat insbesondere bei Privatisierungen nicht die komplette Verantwortung für alle Komponenten einer Entscheidung zu treffen habe, sondern nur für seinen eigenen Entscheidungsbeitrag: hier sei die legitimationsbedürftige Ausübung von Staatsgewalt so weit zu verstehen, dass auch für das Gesamtergebnis eine staatliche Legitimationsverantwortung resultiere, *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rischen Willen gebe, könne dann auch ein Vollzug nicht im Geist der Volksvertretung erfolgen.[705] Auch innerhalb der Verwaltung sei das Ministerialprinzip sehr viel weniger leistungsfähig als es für die Annahmen des klassischen Modells der Verwaltungslegitimation erforderlich sei, hier stelle die parlamentarische Verantwortung der Regierung das „Nadelöhr" dar.[706] Vor allem das zentrale Mittel der Weisung im hierarchischen Modell werde bei der klassischen Konzeption eher als Befehlshierarchie verstanden, sei tatsächlich sei eine Hierarchie jedoch eher als Einrichtung voneinander unabhängiger Ebenen zu sehen, die nur punktuell miteinander verknüpft seien und bei denen es sich deshalb um eine „konditionierte Autonomie auf beiden Seiten" handle.[707] Deshalb müsste der Gesetzgeber in der Verantwortung stehen, hier durch angemessene und angepasste Maßnahmen die tatsächlich vorhandene Eigenständigkeit zu erfassen, statt dass eine formale Anknüpfung der Legitimationsüberlegungen an

705 Hier seien die personelle Abhängigkeit und das Weisungsrecht so zu verstehen, dass im Endeffekt gar kein eigener Beitrag der Verwaltung geleistet werden solle, sondern es nur um einen Vollzug der Vorgaben des Parlaments gehe, *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 32 ff.; dies scheint jedoch insoweit missverständlich, als dass die personell-organisatorische und sachlich-inhaltliche Legitimation nicht vom Parlament ausgehen, sondern die Rückbindung an die Regierung als Spitze des Exekutive erfolgt; damit kann dem Vorwurf des „parlamentszentrierte[n] Steuerungsoptimismus" entkräftet werden; soweit damit der Vorwurf der mangelnden Steuerbarkeit evtl. durch die jeweilige Amtsspitze verknüpft sei sollte, ließe sich dies empirisch leicht untermauern – aus Sicht einer (von *Trute* vorgenommenen) gewaltenspezifischen Untersuchung wäre dies jedoch unschädlich, weil es nur den Binnenbereich der Administrative beträfe.

706 So *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 35; auch hier wird von einem kapazitären Engpass bei der Vermittlung des parlamentarischen Willens an die Verwaltung ausgegangen; dies übersieht jedoch nochmals, dass hier durch die Verwaltung im Verantwortungsbereich eigener personell-organisatorischer Legitimation eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen hat und gerade nicht der parlamentarische Wille nachzuvollziehen ist.

707 Hier könne schon aus Gründen notwendiger Information der Organisationsspitze keine wirksame hierarchische Organisation als Weisungskette verstanden werden, weil sie bereits aus Kapazitätsgründen nicht über jede notwendige Information zur Verfügung habe, *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Spitze der Organisation erfolge.[708] Aus diesem Grund müssten auch mehr Vermittlungsmethoden für eine zulässige Legitimationsvermittlung anerkannt werden, die der Komplexität der Verwaltung Rechnung trage. Dabei seien organisatorische, personelle, prozedurale und sachlich-inhaltliche Legitimation zu berücksichtigen und darüber hinaus die Ergänzung durch output-Legitimation und autonome Legitimationsformen.[709] Bei dem grundgesetzlich erforderlichen Maßstab demokratischer Legitimation sei die Effektivität des Zurechnungszusammenhangs entscheidend, weil in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG nur vom „Ausgehen" und nicht von konkreten Vermittlungsmethoden die Rede sei.[710] Dieser Zusammenhang müsse dauerhaft und auch unter realen Bedingungen wirklich und nicht nur eine normative Fiktion sein.[711] Auch sei von einer zumindest teilweisen Substituierbarkeit der Legitimationsmittel und damit von der Notwendigkeit der Saldierung der unterschiedlichen Legitimationskomponenten auszugehen, bisher sei es allerdings noch nicht gelungen, eine Operationalisierung zu bewirken.[712] Dabei könne es kein aufgabenunabhängiges Regelniveau ge-

---

708 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 40 f.

709 Diese Komponenten seien nebeneinander zu würdigen, um eine „den Regelungsstrukturen angemessene Legitimationsstruktur" zu schaffen, *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 42 ff.; die Output-Legitimation sei dabei in Abgrenzung zu politischen Verständnissen normativ zu verstehen und als Maß an Übereinstimmung mit rechtlichen Vorgaben wie objektiv-rechtlichen Funktionen der Grundrechte, Staatsziele, Staatsstrukturprinzipien, Aufgabenadäquanz, funktionsgerechte Organisationsstruktur, rechtsstaatlicher Rationalität oder zwingende und triftige Sachgründe zu sehen.

710 Für den Maßstab der „Effektivität" bezieht sich *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 56 auf *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72) (vgl. dazu Kapitel III.C.8.b)), *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (67) (vgl. dazu Kapitel III.C.15) und *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87) (vgl. dazu Kapitel III.C.19).

711 Insofern verweist *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 2 auf *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91) und geht von einer notwendigen Saldierung der (nicht abschließend zu bestimmenden) Legitimationskomponenten aus.

712 Dabei geht *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 57 von einer nicht vollständigen Substi-

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ben, das Abweichungen rechtfertigungsbedürftig mache. Daraus lasse sich folgern, dass der Grundsatz demokratischer Legitimation im Wesentlichen erfordere, Sondereinflüsse darzulegen und auf das Gemeinwohl auszurichten.[713]

Für die Prüfung, ob das erforderliche Legitimationsniveau erreicht sei, müssten die tatsächlichen Wirkzusammenhänge untersucht und somit die steuerungswissenschaftlich festgestellten und beobachteten Zusammenhänge als Grundlage der Überprüfung hergezogen werden, ob das erreichte Niveau einer wirksamen Steuerungsvermittlung entspreche. Aus diesem Grund ergebe sich auch die Notwendigkeit, nicht nur in einer groben und typisierten Betrachtung die Komponenten der sachlich-inhaltlichen und organisatorisch-personellen Legitimation zu berücksichtigen, sondern diese deutlich weiter aufzufächern.[714] Hieraus sei zu folgern, dass ein ausreichendes Legitimationsniveau erreicht sei, wenn der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Verwaltung für die Wirksamkeit institutioneller Arrangements sorge; dabei stehe diesem die Einschätzungsprärogative zu, die mit der Pflicht zur späteren Nachbesserung im Bedarfsfalle korrespondiere.[715] Für den Fall einer Beteiligung Privater an staatlichen Entscheidungen erfordere die staatliche und damit gesetzgeberische Legitimationsverantwortung eine Sicherung der Gemeinwohlorientierung der Entscheidungen und eine Gleichheit der Einflussnahmemöglichkeiten, was auch eine institutionelle Neutralitätssicherung erfordere. Diese Legitimationsverantwortung sei auch „überwirkend", weil parallel zum Grundsatz der Schutzdimension von Grundrechten das Gesamtergebnis

tuierbarkeit aus, weil die Wirkweise der unterschiedlichen Legitimationsmethoden in unterschiedliche Richtungen gehe.

713 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 57 schließt sich hier *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), Rdnr. 2 an.

714 Aus diesem Grund seien auch die zuvor genannten Legitimationsvermittlungsmethoden in der sehr viel detaillierteren Auffächerung heranzuziehen, *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 42.

715 Dabei müsse der Gesetzgeber vor allem für die Sicherung von Verantwortungsklarheit und Legitimation sorgen, *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und nicht nur der staatliche Beitrag untersucht werden müsse.[716] Verselbständigungen einzelner Organisationsformen seien somit auch deshalb aus Sicht des Erfordernisses demokratischer Legitimation zulässig, weil die Einschränkungen materieller Legitimation durch Beschränkung von Weisungsrechten bei selbständigen Behörden durch output-Komponenten wie einer Verbesserung sachgerechter Aufgabenerledigung ausgeglichen werden könnten.[717] Für Kollegialorgane, partizipative Gremien und sonstige Beteiligung privater Dritter müsse ein geeignetes Umfeld geschaffen werden, damit durch ergänzende institutionelle Vorkehrungen einseitigen Interessenbindungen begegnet werden könnte. Hierzu könnten verschiedene Maßnahmen wie Rechenschafts- und Offenlegungspflichten gehören.[718] Für vollständig privatisierte Organisationen, die in Form einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung geführt würden, müssten neben den zu geringen gesellschaftlichen Einflussmöglichkeiten weitere Legitimationselemente geschaffen werden, die durch gesetzliche Vorzeichnung, aber auch durch moderne Steuerungsmittel erreicht werden könnten.[719] Für die Formen der funktionalen Selbstverwaltung müsse die parlamentarische Legitimation maßgeblich durch die gesetzgeberische Abgrenzung eines Kreises von Mitgliedern erfolgen, um so die Grundlage für eine Selbstverwaltung in eigenen Angelegenheiten schaffen zu können.[720] Die Überwachung und Einflussnahmemöglichkeiten müssten

716 Dies erfordere dann auch eine fortlaufende gesetzgeberische Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 58 f.

717 Für die Fälle selbständiger Bundesbehörden und Bundesagenturen *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 67 f.

718 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 72 ff.

719 Hier kämen beispielsweise die partielle Vorzeichnung von Grundstrukturen im kommunalen Wirtschaftsrecht oder unionale Regelungen in Betracht oder auch Steuerungsmittel wie Beteiligungsberichte oder ein intensiviertes Konzern-Controlling, *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 75 ff.

720 Dabei müsse sich der Gesetzgeber vom Grundsatz gleichmäßiger Interessenberücksichtigung leiten lassen und einen angemessen Interessenausgleich schaffen; sofern eine Drittbetroffenheit resultieren könnte, müssten für mögliche Berührungen von Angelegenheiten externer Dritter Sicherungen eingeplant

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dann zur Wahrung der Selbständigkeit bei Belassung der Entscheidungskompetenz in eigenen Angelegenheiten darauf beschränkt sein, ein Handeln der Organe der Einrichtungen im Rahmen ihres Gründungsakts sicherzustellen.[721] Eine Grenze für die Zulässigkeit solcher Selbstverwaltungseinrichtungen liege bei der Erreichung einer Abkoppelung von den Repräsentativorganen und der Schaffung von verselbständigten Organisationselite, weil dann keine autonome Legitimation mehr vermittelt würde.[722]

Der von *Trute* skizzierte Maßstab demokratischer Legitimation stellt sich – seinem Eigenanspruch entsprechend – als höchst komplex dar, weil er eine umfassende Berücksichtigung tatsächlicher Einflussfaktoren beinhaltet und auch (nicht abschließend) verschiedene tatsächliche Möglichkeiten der Schaffung effektiver Verantwortungszusammenhänge benennt. Seinen Ansatz begründet er mit dem (pauschalen) Prinzipiencharakter des Art. 20 GG, aus dem ein Maßstab folgen soll, der sich auch das Vorliegen einer effektiven Rückbindung gleich welcher Art beschränkt. Die Einhaltung dieses Maßstabs muss seinem Ansatz zufolge durch eine Würdigung tatsächlicher Wirkungseinflüsse beurteilt werden, die aufgrund steuerungswissenschaftlicher Erkenntnisse vorzunehmen sei. Die Vielfalt der Möglichkeiten zur Herstellung von Legitimation erschwert jedoch die Konturierung eines rechtlichen Maßstabs, weil zum einen eine strenge Abgrenzung zulässiger Steuerungseinflüsse von allein als unzulässig zu betrachtenden Wirkeinflüssen kaum möglich ist, wenn Maßnahmen verschiedene Zielrichtungen haben. So kann eine Erweiterung von Einflussnahmemöglichkeiten zum Ziel haben, Betroffene in größerem Maße zu beteiligen, und gleichzeitig

werden, die eine hinreichende Responsivität für Drittinteressen gewährleisten könne, *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 85 f.

721 *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 83 ff.

722 Zur Vermeidung sei deshalb erforderlich, eine wirksame Möglichkeit der Rückkopplung von Interessen zu erreichen, vgl. *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 88; problematisch seien deshalb insbesondere Formen gemeinsamer Selbstverwaltung, beispielsweise dem Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 91 SGB V, was auch auf erlassene Rechtsmaßnahmen durchschlagen könnte; weitere Anhaltspunkte für eine Abgrenzung bietet *Trute* hier jedoch nicht und nimmt auch Abstand von einer konkreten Würdigung dieser Zulässigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit einer Beschränkung von Mitwirkungsmöglichkeiten im Zielkonflikt stehen, wenn eine effektive und effiziente Arbeitsweise erreicht werden soll. Eine Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Steuerungseinflüsse ist zum anderen problematisch, weil die Wertung von deren rechtlichen Beachtlichkeit auf eine nachgelagerte Stufe verschoben wird. Anders als im von *Trute* als klassisches Modell abgelehnten Ansatz sind für die rechtliche Beurteilung der genügenden Legitimation sämtliche irgendwie gearteten Steuerungsfaktoren zu berücksichtigen. Dabei ist eine Berücksichtigung aller Steuerungskomponenten schlicht unmöglich, weil eine entsprechende naturwissenschaftliche Kausalität insoweit nicht abgegrenzt werden kann, als dass alle Einflussfaktoren überhaupt ermittelbar sein könnten. Somit wird in diesem Modell die Würdigung der Steuerungs*leistung* bestimmter Einflüsse auf den Rechtsanwender verlagert, während ihre Beurteilung nach herkömmlichem Verständnis zumindest dogmatisch vorstrukturiert ist.[723] Auch, wenn selbstverständlich dort eine Abgrenzungsentscheidung erforderlich sein kann, so bedeutet doch diese Vorstrukturierung eine Rationalisierung, die den Legitimationsmaßstab handhabbar und damit operationalisierbar machen kann.[724] Eine entsprechende Problematik ergibt sich beim erweiterten Verständnis des zu legitimierenden staatlichen Handelns. Hier wird durch die Aufgabe des Kriteriums des Entscheidungscharakters eine enorme Erweiterung der Legitimationspflicht staatlichen Handelns bewirkt, die für eine rechtliche Beurteilung kaum noch greifbar ist. Wurde zuvor die Wertung durch den Gesetzgeber vorgenommen,

723 So ist nach dem „klassischen Modell" verhältnismäßig detailliert vorstrukturiert, inwiefern personalwirksame Maßnahmen auch Auswirkungen auf deren Vermittlung von Legitimation haben können; hingegen wird im Rahmen der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft versucht, auch kleinste Komponenten zu berücksichtigen, wenn sie geeignet sind, auf tatsächlicher Ebene eine Entscheidung zu beeinflussen: So wird auch nachvollziehbar herausgearbeitet, wie die jeweilige Ausgestaltung der inneradministrativen Infrastruktur die Eigenständigkeit – und damit denkbar auch eine legitimationsbedürftige Entscheidung – beeinflussen kann, selbst wenn es „nur" um die Art der räumlichen Unterbringung oder die Architektur von Büroräumen geht, *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 10, Rdnr. 25; konsequent fortgesetzt müsste demnach selbst der Qualität des Kaffees in einer Verwaltungseinheit ein Steuerungseinfluss zuerkannt werden; nicht immer wird auf der Ebene der Rechtsanwendung so deutlich sein, ob einer Einflusskomponente auch Wert in Bezug auf die vom Grundgesetz geforderte demokratische Legitimation zukommen kann.

724 Ähnlich auch *Jestaedt*, Democratic Legitimization of the Administrative Power, in: *Pünder/Waldhoff* (Hrsg.), Debates in German Public Law (2014), S. 196 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass Steuerungseinflüsse sich in einer staatlichen Entscheidung realisieren müssten, um relevant für die Beurteilung der hinreichenden demokratischen Legitimation zu sein, wird hier abermals diese Wertungsfrage dem Rechtsanwender zugerechnet. Auch dies spricht gegen das Vorliegen eines Maßstabs, der sich für die praktische Anwendung eignen könnte. Den Schlussfolgerungen des pluralistischen Ansatzes von *Trute* zufolge müsste es sich bei diesem Modell um ein rechtsdogmatisches Demokratieprinzip handeln, schließlich sprechen die (prinzipielle) Ableitung aus Art. 20 GG und der Anspruch, den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen zur demokratischen Legitimation der Verwaltung zu entsprechen, für einen Rechtsmaßstab, der geeignet sein soll, als Maßstabsnorm für die Prüfung (beispielsweise durch das Bundesverfassungsgericht) herangezogen zu werden.[725] Dem Ursprung nach handelt es sich jedoch unzweifelhaft um ein steuerungswissenschaftliches Modell, welches mit dem Ziel der Rezeption der Erkenntnisse anderer Wissenschaften in der *rechts*wissenschaftlichen Diskussion herangezogen wird.[726] Die rechtliche Grundlage hierfür sieht *Trute* im Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, der Legitimationszusammenhang müsse wirklich und nicht nur normative Fiktion sein.[727] Die Beschränkung des (ursprünglichen) Ansatzes der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, eine darstellende Untersuchung der Wirkzusammenhänge vorzunehmen, scheint von *Trute* insoweit nicht aufgegriffen und fortgeführt zu werden, als verfassungs*rechtliche* Zweifel durch das vorgefundene dogmatische Modell mit seinem theoretischen (Gegen-)Entwurf ausgeräumt werden sollen.[728]

---

725 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 1 f. erhebt insoweit auch den Anspruch, dass es sich bei der gegenständlichen Verwaltungslegitimation um eine normative Form der Rechtfertigung staatlicher Herrschaft handelt, also um eine normative Legitimation.

726 Vgl. zu den Ansprüchen des Gesamtkonzepts der neuen Verwaltungswissenschaft *Voßkuhle,* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 1, Rdnr. 16 ff. zur zuvor schon aufgeworfenen Fragestellung bei *Voßkuhle,* Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: *Bauer/Schmidt* (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht (2002), S. 185.

727 *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91).

728 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

27. Sebastian Unger (2008)

Als Ausgangspunkt für seine Untersuchung zum Norminhalt von Art. 20 Abs. 2 GG und damit zum erforderlichen Legitimationsniveau stellt *Sebastian Unger* in seiner Untersuchung „Das Verfassungsprinzip der Demokratie – Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips" von 2008 den rechtsprinzipiellen Charakter von Art. 20 Abs. 2 GG in den Mittelpunkt seiner Betrachtung. Dabei existierten nach seiner Auffassung mit dem holistisch-monistischen Demokratieverständnis und auf der anderen Seite dem individualistisch-pluralistischen Verständnis zwei nahezu unvereinbare Standpunkte, die es auf Ebene ihrer inhaltlichen Widersprüche unmöglich machten, eine Klärung herbeizuführen.[729] Durch die Unterscheidung zwischen „harten" Rechtsregeln, die für sich beanspruchten, vollständig zur Geltung gebracht zu werden, und „weichen" Rechtsprinzipien, deren bloße Optimierung erreicht werden müsste, zeige sich, dass erstere zu einer Stabilisierung der Rechtsordnung in einem vorbestehenden Zustand führten, letztere hingegen flexibel seien, dass auch tatsächliche und rechtliche Veränderungen der Umwelt zu einer Berücksichtigung durch das Rechtsprinzip führen könnten.[730] Diese Prinzipialisierung sei auch durch die Rechtsprechung schon aufgenommen worden.[731] In der Beurteilung der zum System des Grundgesetzes gehörenden Normen sei die Wertung des Art. 79 GG als Ordnungsnorm von entscheidender Bedeutung, weil sie das Verhältnis zwischen den übrigen Normen beschreibe.[732] Insbesondere Art. 79 Abs. 3 GG schaffe eine Un-

---

729 Deshalb käme der Streit zwischen beiden Grundansätzen schon fast einer juristischen Glaubensfrage gleich: je nach Vorverständnis ergäbe sich eine andere Konsequenz für das Verständnis des Demokratieprinzips, *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 86 f.

730 *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 104 ff.

731 Durch den Verweis des Bundesverfassungsgerichts auf den Prinzipiencharakter des Demokratieprinzips in der Entscheidung zu den Wasserverbänden (*BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91)) habe das Gericht wie auch bei *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (215 ff.) angedeutet, dass es das Demokratieprinzip insoweit als abwägungsfähig ansehe und damit den Schritt zu einer Prinzipialisierung des Demokratieprinzips beschritten, *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 112 ff.

732 Hierfür sei zum einen bedeutsam, dass Art. 79 Abs. 1 GG durch die Notwendigkeit der Kodifikation ein abschließendes System schaffe, zum anderen, dass Art. 79 Abs. 3 GG ein Rangverhältnis innerhalb der Verfassung vorsehe, das ein Ordnungssystem innerhalb der Normen des Grundgesetzes schaffe, *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 188 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

terscheidung zwischen „einfachem“ und „besonderem“ (änderungsfesten) Verfassungsrecht.[733] Als Konsequenz dieser Unterscheidung ergebe sich, dass es sich bei den in Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Regelungen um Rechtsprinzipien handle.[734] Würden diese teleologisch so ausgelegt, könnten die Verfassungsprinzipien ihrer Baugesetzfunktion nachkommen, weil nur Rechtsprinzipien hinreichend flexibel seien, um die zukünftige Entwicklung der Verfassung prospektiv steuern zu können.[735] Bei den übrigen Normen (außerhalb der Art. 1 und 20 GG) handle es sich demgegenüber überwiegend um „Festsetzungen der rechtsprinzipiellen Baugesetze der Verfassung“[736], mittels derer diese Rechtsprinzipien bis ins kleinste konkretisiert würden.[737] Dabei müsse es sich noch nicht zwingend um Rechtsregeln handeln, weil vielen dieser Normen gleichzeitig ein teilweise prinzipieller und – soweit ihr Festsetzungsgehalt reiche – ein rechtsregelhafter Charakter zu eigen sei.[738] Diesen doppelten Charakter könne man an den doppelt erwähnten Gehalten des Art. 20 GG erkennen. Soweit das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 (hier zumindest durch die Grundsätze der Gewaltenteilung und der Bindung an Verfassung und Gesetz) und 3 GG und das Demokratieprinzip in Art. 20 Abs. 1 und 2

733 Dies führe auch nicht nur zu einer Höherrangigkeit von Art. 79 Abs. 3 GG, sondern auch der durch diese Norm in Bezug genommenen besonderen Verfassungsbestimmungen, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 194 f.

734 Der rechtsprinzipielle Charakter dieser Verfassungsbestimmungen ergebe sich insbesondere auch dem „Baugesetzcharakter“, weil das Grundgesetz auf Offenheit und Wachstum angelegt sei und ein zukunftsbewusstes Verfassungssystem darstelle bzw. schaffen wolle, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 218 f.

735 Dies könne durch textliche Änderung der Verfassung geschehen, aber auch durch Auslegung und Fortbildung, worauf das Grundgesetz ebenso angelegt sei, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 220.

736 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 220 f.

737 Dabei stellten die Grundrechte konkretisierte Rechtsvorschriften der Menschenwürdegarantie dar, die insoweit den „Quellcode“ bzw. die „Quelle aller Grundrechte“ darstelle; vergleichbares gelte für die grundgesetzlichen Vorgaben zur Rechtsprechung, die insoweit Konkretisierungen des in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltenen Rechtsstaatsprinzips darstellten, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 221.

738 Vgl. *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 221 f.; auch sei nicht ausgeschlossen, dass den als Baugesetzen bezeichneten Art. 1 und 20 GG zumindest partiell Rechtsregelcharakter beizumessen sei, was aber nicht ihren Gesamtcharakter verändere, weil dieser partielle Festsetzungen innerhalb der Baugesetze nicht ausschließe, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 224.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

GG angesprochen seien, erfolge in den Konkretisierungen jeweils eine Verdichtung als partielle Festsetzungen. Diese gehe jedoch nicht so weit, wie durch das holistisch-monistische Demokratieverständnis angedeutet würde, dass nämlich Art. 20 Abs. 1 GG ein Rechtsprinzip darstelle und Art. 20 Abs. 2 GG eine Rechtsregel. Seine systembildende Steuerungsfunktion könnte das Rechtsprinzip des Art. 20 GG dann nämlich nicht mehr erfüllen, weil diese nicht flexibel genug sei.[739] Der konkrete (verbleibende) Inhalt des in Art. 20 Abs. 2 GG enthaltenen Demokratieprinzips sei demnach negativ zu bestimmen, nachdem von einem selbständigen Verfassungsprinzip auszugehen sei. Vor allem Elemente eines weiten, „politikwissenschaftlich informierten" Demokratiebegriffs unterfielen nicht dem grundgesetzlichen Begriff der Demokratie.[740] Gerade im Verhältnis zu den anderen rechtsprinzipiellen „Baugesetzen" sei eine strikte Trennung vorzunehmen, weil nur durch die genaue Herausarbeitung des jeweiligen eigenen Kerns das Verhältnis zu den anderen Prinzipien bestimmt werden könne.[741] Gleichzeitig dürfe sich der Inhalt des in Art. 20 GG enthaltenen Demokratieprinzips gerade nicht aus den einzelnen Konkretisierungen des Demokratieprinzips im Grundgesetz bestimmen: Dies führe dazu, dass die konkretisierenden Elemente ihrerseits dem Demokratiebegriff immanent und damit in Art. 20 Abs. 1 GG und auch in Art. 79 Abs. 3 GG mitgarantiert wären, also ewigkeitsfest festgeschrieben würden. Dies widerspreche jedoch der grundgesetzlichen Konstruktion der Inbezugnahme durch Art. 79 Abs. 3 GG, weil nach diesem Verständnis jede Konkretisierung als geboten angesehen wäre; der dem Demokratieprinzip wegen des Charakters als Baugesetz immanente und erforderliche Selbststand könnte so

739 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 225; die Vorgaben für Entscheidungs- und Argumentationsprozesse dürften sich nicht unmittelbar aus Art. 20 Abs. 2 GG ergeben, sondern erst aus einer situativen Verdichtung des rechtsprinzipiellen Kerns von Art. 20 Abs. 2 GG, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 227.

740 Hier sei eine Abgrenzung von den übrigen Gehalten des Art. 20 GG („internormativer" Selbststand) und den eigenen Konkretisierungen des Demokratieprinzips in sonstigen Grundgesetzbestimmungen („intranormativer" Selbststand) vorzunehmen, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 229.

741 Deshalb dürften die Baugesetze nicht von vornherein vermengt werden, in denen von Begriffen („Großformeln") wie dem „demokratischen Rechtsstaat" gesprochen werde; damit würden bewusst in die Verfassung aufgenommene Spannungslagen aufgelöst, deren Verwirklichung dem Ansatz nach erst im Konfliktfall bestimmt hätte werden sollen; insbesondere Demokratie- und Rechtsstaatsgehalt des Art. 20 GG müssten streng voneinander unterschieden werden, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 230.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht erreicht werden, weil es von weiteren Verfassungskonkretisierungen abhängig wäre.[742] Stattdessen sei durch Art. 20 GG nur ein Demokratieprinzip festgeschrieben, das alleine die Legitimation politischer Herrschaft durch Inklusion der Beherrschten, nicht die inhaltliche Anleitung und Limitierung dieser Herrschaft beinhalte – ein konkretes Modell dieser Inklusion sei jedenfalls noch nicht enthalten.[743] Positiv sei der Gehalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips aus dem Nebeneinander von demokratischer Freiheit und demokratischer Gleichheit abzuleiten. Dabei sei der Schluss abzulehnen, in Abgrenzung von grundrechtlicher Freiheit liege dabei die demokratische Freiheit erst und nur dann vor, wenn eine Mitwirkung an der Ausübung von Staatsgewalt nicht durch Betroffenheit bedingt sei, sondern durch die kollektive Verbundenheit der Individuen als Volk.[744] Vielmehr stelle der (demokratische) Gleichheitssgedanke das Regulativ zum (demokratischen) Freiheitsgedanken dar, weil diese gegenläufig seien: Je stärker die Gleichheit, desto geringer die Chance, die eigene demokratische Freiheit zu verwirklichen – und umgekehrt. Dabei sei die demokratische Gleichheit skalierbar, weil nicht stets alle in gleichem Maße betroffen seien. Dies führe zu einer notwendigen Abwägung, weil die möglichst umfassende Inklusion Betroffener und die effektive Partizipation sich gegenseitig begrenzten. Hier sei das im Demokratieprinzip enthaltene Optimierungsgebot bedeutsam, weil es in Art. 20 Abs. 1 GG eine Abwägungsaufgabe enthalte, die dem so verstandenen Charakter dieser Norm entspreche.[745] Die Optimierung erlaube damit auch Zwischenstufen

742 Nach *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 242 ff. würde dies dazu führen, dass niemals das allgemeine Demokratiemodell des Art. 20 GG erschlossen werden könnte, sondern stets nur eine besondere Konkretisierung.

743 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 247.

744 Hierüber könnten zum einen nicht ein inhomogenes Kollektiv und damit eine Mehrheitsentscheidung erklärt werden, zum anderen stellten sowohl grundrechtliche, als auch demokratische Freiheitsrechte Rechte des Einzelnen dar und könnten nicht nur durch eine kollektive Freiheitshäre verwirklicht werden, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 253 ff.

745 Ein Gebot schematischer Gleichbehandlung ergebe sich hiernach nur, wenn konstituierte Inklusionsstrukturen erkennbar seien; im Umkehrschluss seien ansonsten Differenzierungen und Abstufungen möglich, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 261 f.; der Sache nach entspreche diese Argumentation auch der des Bundesverwaltungsgerichts in *BVerwG,* B. v. 17.12.1997, NJW 1999, 870, weil es hier die Interessen der Mitglieder der Wasserverbände gegen die der ansonsten Betroffenen abgewogen habe und damit genau eine Optimierung des Gehalts des Demokratieprinzips vorgenommen habe, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 263 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in der Mitwirkung, die beispielsweise mit abgestuften Mitwirkungsmöglichkeiten unmittelbar Betroffener vorliegen könnten.[746]

Den Ansatz des holistisch-monistischen Legitimationsverständnisses sieht *Unger* dabei insoweit als unvollständig und irreführend an, als lediglich gemeinsame Wurzeln von Selbstverwaltung und Demokratie ausgemacht würden und demokratische Freiheit und Gleichheit vorschnell miteinander vermengt würden. Damit werde der Selbstbestimmungsgedanke nicht als normative Größe wahrgenommen, obwohl ihm mit dem demokratischen Freiheitsgedanken ein im Demokratieprinzip angelegter Verfassungswert zukomme; erst die vorschnelle Kombination aus beiden Demokratieelementen führe dazu, dass die demokratische Egalität zu Unrecht in den Mittelpunkt gestellt werde und damit als Rechtfertigung keine demokratischen, sondern nur noch grundrechtlichen Argumente als Rechtfertigung zur Verfügung stünden.[747] Direkte Aussagen zu den Legitimationsmodi ließen sich aus Art. 20 Abs. 2 GG nicht ableiten, vielmehr ergebe sich nur im Ergebnis ein notwendiger Zustand genügender Legitimation, hier also konkreter Erfahrbarkeit und praktischer Wirksamkeit.[748] Deshalb lasse sich auch nicht das Legitimationskettenmodell aus dem Grundgesetz ableiten, sondern einzig das bloße Gebot eines effektiven Zurechnungszusammenhangs. Dieser könne allerdings nicht durch eine irgendwie geartete Form einer Output-Legitimation erreicht werden, weil ein solcher überhaupt erst an Maßstäben gemessen werden könnte, die noch nicht existierten und im Wege eines gleichartigen Verfahrens kreiert werden müssten – mangels absoluter Wahrheiten könne die Frage nach einer richtigen Entscheidung ansonsten nicht beantwortet werden.[749] Einzig aus den gegenseitigen Begrenzungen (jeweils demokratischer) Frei-

746 Dabei seien auch Teilhaberechte zur Verwirklichung der eigenen Mitwirkung geeignet, die durch das Gemeininteresse dadurch begrenzt werden, dass mittels parlamentarischer Gesetze oder exekutiver Steuerungsmittel die Mitwirkung auf ein gemeinwohlverträgliches Maß reduziert würden, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 266.

747 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 270 f. unter Bezugnahme auf die und Kritik der Überlegungen bei *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), Rdnr. 2.

748 Insoweit verweist *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 277 auf den in *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, *59* (91) konkretisierten Maßstab.

749 Dabei gesteht *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 278 f. insoweit ein, dass es in Ermangelung materieller Standards nahezu unmöglich ist, einen Legitimationsmaßstab zu entwickeln, der nicht maßgeblich auf die korrekte Beteiligung demokratisch legitimierter Personen abstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

heit und Gleichheit könne geschlossen werden, dass von den nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG vorgesehenen Möglichkeiten von Wahlen und Abstimmungen ein eher repräsentativer Ansatz zu wählen sei.[750]

Der konkrete Norminhalt ergebe sich dann aus der „Tiefenstruktur" des rechtsprinzipiellen Demokratieprinzips, das in Art. 20 Abs. 1 GG primär verortet und verschiedentlich und vor allem in den Art. 21 Abs. 1 Satz 3, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG aufgenommen und konkretisiert werde.[751] Dabei sei die grundsätzliche grundgesetzliche Verortung des Demokratieprinzips einzig in Art. 20 Abs. 1 GG und nicht auch in dessen Abs. 2 deshalb von Bedeutung, weil durch Verweise anderer Normen auf die „Demokratie" damit nur auf das allgemeine Demokratieprinzip verwiesen werde und nicht auch auf das Prinzip der Volkssouveränität in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG.[752] Die neben diesem allgemeinen Rechtsprinzip der Demokratie enthaltenen Vorgaben des Grundgesetzes stellten daneben hingegen Konkretisierungen dar, die als Rechtsregeln zu verstehen seien; diese kämen dann „rechtsregelhafte[n] Festsetzungen in das rechtsprinzipielle Nebeneinander von demokratischer Freiheit und demokratischer Gleichheit"[753] gleich. Insbesondere gehöre zu diesen regelhaften Konkretisierungen der Grundsatz der Volkssouveränität in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG: dieser gestalte das allgemeine Demokratieprinzip dahingehend aus, dass Träger des demokratischen Mitbestimmungsrechts auf Bundesebene ausschließlich das deutsche Volk sei.[754] Nicht jedoch seien konkrete Legitimationsmethoden enthalten, vielmehr führe Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG nur die unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten auf, die ihrerseits durch die allgemeine Vorgabe des Art. 20 Abs. 1 GG beschränkt

750 Diese Notwendigkeit ergebe sich aus der Begrenzung der eigenen Ressourcen: So gebiete die demokratische Gleichheit, dass nicht jedem die ständige Befassung zugemutet werden könne mit der Folge, dass diejenigen, die besonders viel Zeit investieren, ihre eigenen Interessen eher als andere durchsetzen können.

751 Hingegen stellten die Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 18 Satz 1, Art. 21 Abs. 2 Satz 1, Art. 73 Nr. 10b, Art. 87 Abs. 4 Satz 1 und Art. 91 Abs. 1 GG in Hinblick auf das allgemeine Demokratieprinzip nur Normen von untergeordneter Bedeutung dar, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 282 f.

752 Mit Verweis auf ein homogenes Demokratieverständnis dieser Normen *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 283 ff.

753 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 287.

754 Insoweit sei aber auch diese rechtsregelhafte Konkretisierung des allgemeinen Demokratieprinzips von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG mit umfasst, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 289.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

würden und austariert werden müssten.[755] Für die Länder sei über die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG allerdings auch lediglich Art. 20 Abs. 1 GG in Bezug genommen worden, weshalb auch erst die Art. 28 Abs. 1 Satz 2 und 4 GG Abweichungen im Begriff des Gemeindevolks möglich würden.[756] Erst recht bedeute dies, dass bei der Homogenitätsklausel des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG nicht die Volkssouveränität des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG in Bezug genommen werde, weil letztere Vorschrift nur eine bereichsspezifische Ausführungsbestimmung zu Art. 20 Abs. 1 GG darstelle – einzig für die Demokratie auf Bundesebene.[757] Die habe zur Folge, dass die Anforderungen an die demokratische Legitimation des Handelns der Europäischen Union sich nicht von denen staatlicher Gewaltausübung unterschieden, weil eine Anpassung des allgemeinen Gehalts (unter Außerachtlassung der hier unterstellt unanwendbaren Volkssouveränität) des Demokratiebegriffs durch Beachtung der „rechtsprinzipiellen Tiefenstruktur" möglich sei, weil hierdurch ausreichend Spielräume geboten würden, dem Wesen der Europäischen Union Rechnung zu tragen – dabei stelle das gegenwärtige Modell einer doppelgleisigen demokratischen Legitimation der Union durch einen mitgliedstaatlichen und einen europaparlamentarischen Legitimationsstrang nur eine kontingente, nicht jedoch eine zwingende Ausgestaltung dar.[758] Nach diesem Verständnis sei auch der Verweis auf das Demokratieprinzip in Art. 21 Abs. 1 Satz 3 GG unzweifelhaft auf dasselbe, unmodifizierte Prinzip gerichtet. Verstehe man dessen Kern nämlich insoweit als ausgestaltungsfähig, sei eine (sonst postulierte) Modifikation dieses Demokratieprinzips überhaupt nicht notwendig, sondern stelle wiederum nur eine fallbezogene Konkretisierung

755 Vgl. *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 289 f.

756 *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 290; dabei wird jedoch nicht berücksichtigt, dass das Bundesverfassungsgericht auch das Prinzip der Volkssouveränität mit in den Gehalt der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG mit einbezieht *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (51 f.); *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72).

757 Aus diesem Grund sei der Grundsatz der Volkssouveränität aus Sicht des Grundgesetzes für die Demokratie der Europäischen Union nicht von Bedeutung, *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 291.

758 Vgl. *Unger,* Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 292 f.; durch die Berücksichtigung beider Komponenten (Freiheit und Gleichheit) könnten allerdings auch die durch Wahlrechtsungleichheiten bei der europaparlamentarischen Legitimationskomponente ausgeglichen werden, weil die Kombination und die vorhandenen Einschränkungen sich zu einem zulässigen Maß ergänzten.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dar.[759] Für die Zusammenwirkung des allgemeinen Rechtsprinzips der Demokratie in Art. 20 Abs. 1 GG und der rechtsregelhaften Konkretisierung – beispielsweise im Grundsatz der Volkssouveränität des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG – ergebe sich in der Rechtsregel eine Aktualisierung des Prinzips. Gleichwohl erschöpfe sich letzteres hierdurch nicht, sondern bleibe jenseits des (eng zu verstehenden) Wortlauts von Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG weiter anwendbar. Dies bedeute, dass eine Erweiterung des Legitimationssubjekts (auf Bundesebene) auf andere als Staatsbürger keinesfalls zulässig sein könne; eine Beschränkung des zulässigen Legitimationssubjekts auf das Staatsvolk als Ganzes sei hingegen durch die rechtsregelhafte Festsetzung nicht enthalten, weshalb die allgemeinen prinzipiellen Erwägungen zum Tragen kämen. Hier gebiete der drängende Charakter des demokratischen Freiheitsgedankens, dass nicht explizit durch Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ausgeschlossene Partizipationsmöglichkeiten zumindest nicht grundsätzlich unzulässig seien.[760]

Mit dieser Annahme, der Begriff der Demokratie des Grundgesetzes sei in seinen verschiedenen Ausprägungen zugleich einmal als Rechtsprinzip anzusehen und in einem anderen Kontext als Rechtsregel, scheint *Unger* auf den ersten Blick eine Integration teils völlig konträrer Annahmen wichtiger Literaturauffassungen und den verschiedenen Entwicklungsstufen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu gelingen. Sein Modell erklärt die Striktheit der Notwendigkeit der Beschränkung des Legitimationssubjekts auf das Staatsvolk (und somit vor allem die Entscheidungen zur Schaffung eines Wahlrechts für Ausländer), aber auch die weitgehende Öffnung hinsichtlich der funktionalen Selbstverwaltung, wie sie das BVerfG in seiner Entscheidung zu den Wasserverbänden[761] vorgenommen hat. Diese Auffassung ist auch insoweit geeignet, die neuere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung[762] in das Modell zu integrieren, als das zu erreichende Legitimationsniveau von der Intensität des (Grund-

759 *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 294 ff.

760 *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 297 f.; dies sei auch noch fortzuführen, dass jedenfalls die Wertungen des Art. 20 Abs. 1 GG dann berücksichtigt werden müssten, wenn es um die Verleihung der Staatsangehörigkeit gehe, um auf diese Weise eine Mitwirkung weiterer Personen trotz der Vorgabe des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG erreichen zu können.

761 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (vgl. dazu Kapitel III.C.19).

762 Vgl. hier vor allem *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (vgl. dazu Kapitel III.C.34), *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (vgl. dazu Kapitel III.C.37) und *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (vgl. dazu Kapitel III.C.40).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechts-)Eingriffs anhängen soll. Zwar streitet *Unger* hier keinesfalls für eine Determination in Abhängigkeit eines *Grundrechts*eingriffs, seine Argumentation entspricht jedoch mit der zu erreichenden *demokratischen* Freiheit, deren Bedeutung auch von der Betroffenheit abhänge, dieser Schlussfolgerung und erscheint damit trotz unterschiedlicher Anknüpfung dem Wesen nach vergleichbar. Zudem findet sich bei *Unger* erstmals eine konsequent unternommene Untersuchung auf eine verfassungsrechtliche Nachweisbarkeit des Prinzipiencharakters des Demokratieprinzips im Grundgesetz, der nicht nur behauptet oder als zweckmäßig angesehen wird, sondern aus einer Auslegung der Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, sowie Art. 79 GG. Damit erfüllt die Vorgehensweise an sich die notwendigen Voraussetzungen für einen geeigneten Nachweis eines (denkbaren) Verfassungsprinzips. Ob die bloße Möglichkeit ausreicht, ein Gros der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fälle damit durch ein integrierendes Modell erklären zu können, um dieses verfassungsrechtlich zu verifizieren und nachzuweisen, erscheint indes zweifelhaft. Der Charme dieses Modells, ein allgemeines Rechtsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG vorzufinden, das seine Konkretisierung in vielen weiteren Verfassungsnormen gefunden habe, darf nicht dazu verleiten, dessen verfassungsrechtliche Fundierung zu vernachlässigen. Hier dürfte jedoch die Schwachstelle des gesamten Konstrukts liegen: Die gesamte Argumentation *Ungers* über den Charakter des in Art. 20 Abs. 1 GG enthaltenen Demokratie*prinzips* wird aus der Höherrangigkeit dieser Vorschrift über die sonstigen Bestimmungen des Grundgesetzes abgeleitet. Diese Grundannahme der unterschiedlichen Rangstufen verschiedener grundgesetzlicher Einzelnormen wird jedoch mit guten Gründen bestritten.[763] Zudem scheint der Schluss, der Prinzipiencharakter des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 1 GG leite sich aus Art. 79 Abs. 3 GG und seinem Charakter als Baugesetz ab und gleichzeitig stelle der Grundsatz der Volkssouveränität des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG nur eine (untergeordnete) Konkretisierung dar, keineswegs zwingend. Insoweit widerspricht dieser Schluss auch der Annahme des dogmatischen Grundsatzes zwingend erforderlicher demokratischer Legitimation überhaupt. Stellte Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG lediglich eine rechtsregelhafte Konkretisierung hinsichtlich des Legitimationssubjektes auf, ließen sich keine Legitimationsvermittlungsmethoden herleiten, wie es aber beim BVerfG mit der Annahme der Kombination personell-organisatorischer und sach-

763 Besonders deutlich bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (1999), 159-160; 235-236, dass es sich bei Art. 79 GG um nur Änderungsbedingungen handelt, die gerade keine verschiedenen Rangstufen begründen.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich-inhaltlicher Legitimation der Fall ist. Der Einwand, diese Legitimationsvermittlungskomponenten böten sich aus sachlogischen Erwägungen an, seien aber nicht zwingend, verdeckt dabei, dass bei der Zulassung unbestimmter Rückführungsmethoden bei gleichzeitiger Aufgabe des Kriteriums der notwendigen Rückführung auf die Gesamtheit des Volkes überhaupt kein kritischer Wert mehr enthalten wäre, also eine Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen einen Grundsatz demokratischer Legitimation (dann konsequent abgeleitet aus Art. 20 Abs. 1 GG) kaum denkbar sein könnte.

28. BVerfG: Vertrag von Lissabon (2009)

a) Entscheidung des Gerichts

Mit seinem Urteil vom 30. Juni 2009 äußerte sich der Zweite Senat umfassend[764] zu allen verfassungsrechtlichen Aspekten des Lissabonner Vertrages[765] und damit insbesondere auch zu Fragen demokratischer Legitimation der Europäischen Union und deren rechtlicher Bedeutung für das nationale Verfassungsrecht. In den (verbundenen) Verfahren der Verfassungsbeschwerden und Organstreitverfahren kommt das Gericht wie schon zuvor im Maastricht-Urteil[766] über eine geltend gemachte Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren dazu, die Bestimmungen des Vertrags nahezu umfassend auf ihre Vereinbarkeit mit Bestimmungen des Grundgesetzes zu prüfen.[767] Bereits hier wird unter Berufung auf das Maastricht-Ur-

764 Von einem „Kompendium neuerer Allgemeiner Staatslehre“ und gar einer „Enzyklika“ spricht *Isensee*, Integrationswille und Integrationsresistenz des Grundgesetzes, ZRP 2010, 33 (34).

765 Prüfungsgegenstand konnten zwar nur nationale Zustimmungs- und Begleitgesetze sein, gleichwohl nahm das Gericht eine eher umfassende inzidente Prüfung der inhaltlichen Neuerungen des EUV und AEUV vor, vgl. *Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, Der Staat 48 (2009), 497 (499).

766 *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (171 ff.).

767 Zur vielfach geäußerten Kritik an der damit verbundenen Prüfung von objektivrechtlichen Bestimmungen in Individualklageverfahren, siehe die Zustimmung insbesondere bei *Murswiek*, Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, JZ 2010, 702 und *Murswiek*, Schlusswort: Schutz der Verfassung als Bürgerrecht, JZ 2010, 1164, sowie die strenge Ablehnung bei *Schönberger*, Die Europäische Union zwischen "Demokratiede-

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

teil davon gesprochen, das „Demokratieprinzip" könne „unter dem Aspekt der Aushöhlung der Kompetenzen des Deutschen Bundestages" verletzt sein; die Verbürgung der Wahlrechtsgrundsätze erstrecke sich auch auf den „grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts".[768] Im Folgenden wird dieses Klagebefugnis auch für den Fall der Geltendmachung einer nicht hinreichenden demokratischen Legitimation der Europäischen Union erweitert.[769] Im Ergebnis kommt das Gericht zu einer Verfassungswidrigkeit allein des Ausweitungsgesetzes[770], soweit durch dieses Gesetz nicht im Wege von Verfahrensvorgaben sichergestellt war, dass auf Unionsebene die Zustimmung Deutschlands zu Kompetenzerweiterungen der Union nur bei vorheriger Zustimmung des Bundestags zulässig ist.[771]

b) Maßstabsfragen

Im Rahmen der Zulässigkeit äußert das Gericht sehr deutlich, welchen (weiten) Maßstab es mit dem subjektivierten Wahlrechtsgrundsatz aus Art. 38 Abs. 1 GG „in Verbindung mit dem Demokratieprinzip" anlegt. Offen bleibt hingegen, woraus genau sich dieser Demokratiebezug herleitet: zwar wird auf den demokratischen Charakter von Art. 38 Abs. 1 GG Bezug genommen, die verwendeten Begrifflichkeiten deuten jedoch eher auf eine Prüfung allgemeiner oder besonderer „Demokratiegrundsätze" hin. Ein Bezug auf Art. 20 Abs. 1 oder Abs. 2 GG wird hingegen nicht hergestellt, weshalb sich nicht zwingend ergibt, ob hier ein positivrechtlicher Demokratiebegriff (und damit welcher) gemeint sein soll.[772] Auch die Aussage, das Wahlrecht begründe einen „Anspruch auf Teilhabe an

---

fizit" und Bundestaatsverbot, Der Staat 48 (2009), 535 und *Schönberger*, Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht, JZ 2010, 1160.

768 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (329 f.).

769 Unter Verweis darauf, dass es bei der Zulässigkeit von Übertragung von Rechten auf die EU nicht ohne Bedeutung sein könne, ob diese auf europäischer Ebene ausgeübte Hoheitsgewalt auch demokratisch legitimiert ist, *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (331).

770 Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (Bundestagsdrucksache 16/8489).

771 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (432 ff.).

772 Lediglich bei der Frage der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen die Begleitgesetzgebung nimmt das Gericht Bezug auf diese Grundgesetzartikel, siehe *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (336); von einem „Durchein-

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt sowie auf die Einhaltung des Demokratiegebots"[773], klärt diese Frage nicht auf. Nachfolgend wird zwar der Zusammenhang zwischen Wahlrecht und Demokratie dadurch erklärt, dass die Staatsgewalt mit der periodisch wiederholten Wahl immer wieder neu vom Volke ausgehe (unter Verweis auf Art. 20 Abs. 2 GG) und das Wahlrecht das wichtigste vom Grundgesetz gewährleistete subjektive Anspruch der Bürger auf demokratische Teilhabe darstelle (mit Verweis auf Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG).[774] Vieles spricht an dieser Stelle dafür, dass dieses „demokratische Teilhaberecht" auch in Art. 20 Abs. 2 GG verortet wird, allerdings nicht mit dem rechtsdogmatischen Modell demokratischer Legitimation in Verbindung zu bringen ist, sondern einen weiteren Maßstab darstellt, der eher aus Art. 20 Abs. 1 GG, denn aus Art. 20 Abs. 2 GG abgeleitet wird.[775] Das Gericht spricht hier von einer „zentrale[n] Demokratieanforderung", die verfassungsrechtlich gefordert sei und auf der Grundlage verschiedener Modelle erfüllt werden könne. Für eines dieser Modelle habe sich das deutsche Wahlrecht mit der möglichst proportionalen Abbildung des Wählerwillens entschieden.[776] Zusammen mit der Schlussfolgerung, durch Art. 79 Abs. 3 GG und die Änderungssperre für die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze sei das „demokratische Prinzip" nicht abwägungsfähig und damit unantastbar,[777] wird deutlich, dass in diesem Zusammenhang nur das Verständnis des Demokratiebegriffs von Art. 20 Abs. 1 GG gemeint sein kann und kein dogmatischer Maßstab.[778]

---

ander in der Dogmatik" spricht hier *Classen*, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, 881 (889).

773 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (340).

774 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (340 f.).

775 Hierfür sprechen auch die Begrifflichkeit des BVerfG, „das Prinzip" der Volksherrschaft könne verletzt sein, und die Verortung des Anspruchs auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt in der in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Würde des Menschen, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (341).

776 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (342); ähnlich nochmals mit dem Begriff der „grundgesetzliche[n] Ausgestaltung des Demokratieprinzips" *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (344).

777 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (343) unter expliziter Bezugnahme auf *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (182); vgl. dazu die deutliche Kritik bei *Grawert*, Homogenität, Identität, Souveränität, Der Staat 51 (2012), 189 (212 f.).

778 *Halberstam/Möllers*, The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!", GLJ 10 (2009), 2 (11) bezeichnen die Heranziehung von Art. 79 Abs. 3

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei der konkreten Maßstabsentwicklung aus Art. 23 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 „in Verbindung mit" Art. 79 Abs. 3 GG[779] scheint zwar schon wegen des genannten Normbezugs ein (positiv-)rechtlicher Ansatz gewählt zu werden. Gleichwohl bezieht sich das Gericht hier nicht auf die früher selbst entwickelte Dogmatik,[780] sondern arbeitet im maßstabentwickelnden Abschnitt[781] überwiegend mit den Begrifflichkeiten „demokratische Grundsätze"[782] und „das Demokratieprinzip"[783]. Aus diesen grundlegenden Staatsstrukturprinzipien leitet das Gericht ab, welche Politikbereiche besonders zentral für das notwendige Maß an „Demokratie" von Bedeutung sind.[784] Nach Auffassung des Gerichts erreicht die EU bei gegenwärtigem Integrationsstand noch keine Ausgestaltung, die dem Legitimationsniveau einer [*sic!*] staatlich verfassten Demokratie entspricht.[785] Nachfolgend stellt das Gericht fest, das – gemessen an staatlichen Demokratieanforderungen – bestehende Defizit europäischer Hoheitsgewalt könne durch andere Regelungen des Vertrags von Lissabon nicht aufge-

---

GG als die normative Basis für die Transformation hoher Theorie („high theory") in unüberwindbare Dogmatik.

779 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (356).

780 An dieser Stelle geht das Gericht insbesondere nicht auf die im Maastricht-Urteil entwickelten Maßstäbe ein und auch eine Entwicklung des Maßstabs aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben des insoweit einschlägigen Art. 23 GG erfolgt nicht, vgl. hierzu *Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, Der Staat 48 (2009), 497 (507 ff.).

781 Insbesondere *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (356 ff.).

782 So an prominenter Stelle *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (356).

783 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (357).

784 Hierzu entwickelt das Gericht aus einer Ableitung von notwendigen Funktionsvoraussetzungen für das Gelingen einer Demokratie – ähnlich in der Staats*lehre* bei *Böckenförde* – Bereiche wie Staatsbürgerschaft, ziviles und militärisches Gewaltmonopol, Budgethoheit, Grundrechtseingrifftatbestände und Strafrecht, *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (358 f.); zur vielfach geäußerten Kritik am Ansatz bezüglich materieller Politikbereiche, die so nicht aus Art. 79 Abs. 3 GG ableitbar und mit diesem auch schwerlich in Einklang zu bringen seien, *Classen*, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, 881 (887); ähnlich *Halberstam/Möllers*, The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!", GLJ 10 (2009), 2 (8).

785 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (370); diese Formulierung legt wohl keinen positivrechtlichen, sondern eher einen staatstheoretischen oder rechtsvergleichenden Demokratiebegriff nahe. Zur Überflüssigkeit einer Kritik demokratischer Mängel anhand eines nationalen Maßstabs: *Classen*, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, 881 (882).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hoben und insoweit nicht gerechtfertigt werden.[786] Würde die Kommission einer Regierung noch weiter angenähert, würde mit der Wahl zum Europäischen Parlament zugleich über eine Regierung entschieden; wegen der unterschiedlichen Abgeordnetenkontingente reiche jedoch die demokratische Rückbindung zu den Mitgliedstaaten nicht aus und damit fehle es der Kommission bzw. einer europäischen Regierung an einer hinreichenden Legitimationsgrundlage.[787]

Bei der späteren Überprüfung der Zustimmungs- und Ergänzungsgesetze konkretisiert das Gericht auch seinen Prüfungsmaßstab. So wird beispielsweise die „Brückenklausel" in Art. 47 Abs. 7 EUV an Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG als zu beurteilende primärrechtliche Änderung der Verträge gemessen („Entstaatlichungsrüge").[788] Auch nachfolgend bedient sich das Gericht verschiedentlich des Maßstabs des Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 GG.[789] Als Maßstab für die Prüfung des Änderungsgesetzes zur Änderung der Artikel 23, 45 und 93 des Grundgesetzes benennt das Gericht den Art. 79 Abs. 3 GG, der die Prüfung der Berührung der Grundsätze der Art. 1 und 20 GG beinhaltet.[790] Gleichwohl misst das Gericht die Vereinbarkeit der Änderungen des Unionsvertrages nicht an Art. 23 Abs. 1 GG, sondern beruft sich hier auf den „Identitätsmaßstab" aus Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 GG.[791]

---

786 *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (377); wobei auch hier offengelassen wird, ob die „staatlichen" Demokratieanforderungen solche des positiven Rechts darstellen sollen.

787 *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (380 f.).

788 *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (390); Kritik an der Wahl des konkreten Maßstabs übt *Classen,* Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, 881 (884), der davon ausgeht, dass insbesondere bei einer denkbaren Kompetenzausweitung ohne Änderung der unionsvertraglichen Grundlage nicht Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern Art. 23 Abs. 1 Satz 3 oder Art. 59 Abs. 2 GG einschlägig seien.

789 *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (369), sowie auch bei der Prüfung des „Ausweitungsgesetzes" *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (432); mit Betonung, wie ernst das Gericht die Maßstäbe an dieser Stelle genommen habe *Gärditz/Hillgruber,* Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen, JZ 2009, 872 (876).

790 *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (431).

791 Kritisch zur Vernachlässigung der Prüfung der Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 Satz. 1 GG insbesondere *Jestaedt,* Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, Der Staat 48 (2009), 497 (507 ff.) und *Schönberger,* Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundestaatsverbot, Der Staat 48 (2009), 535 (551 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Beurteilung

Für die Beurteilung des Vertrags von Lissabon verwendet das Gericht einen materiellen Prüfungsmaßstab, der zum einen die Frage des Überschreitens der Schwelle zum Bundesstaat zum Gegenstand hat,[792] zum anderen die Notwendigkeit eines Legitimationszusammenhangs zwischen Legitimationssubjekt und (als defizitär erkannter) Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Europäische Union bzw. die Geeignetheit eines legitimationsstiftenden Unionsvolks.[793] Für das Gericht ergibt sich dieser Maßstab aus dem „Demokratieprinzip", sowie aus Art. 20 Abs. 1 und 2, 38 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG.

Wenn auch diese Maßstäbe nicht originär aus den grundgesetzlichen Einzelvorgaben abgeleitet sein mögen, ihrer Natur nach eher verfassungstheoretischer Natur sind und aus Überlegungen der Allgemeinen Staatslehre entspringen sollten, so hat sie das Gericht sie im vorliegenden Fall als Maßstab zur rechtlichen Überprüfung herangezogen mit der (hypothetischen) Möglichkeit, die in Frage stehenden Zustimmungs- und Beteiligungsgesetze an diesem Maßstab für rechtswidrig zu erklären. Unabhängig vom Zustandekommen dieses Prüfungsmaßstabs des Grundgesetzes für die weitere Europäische Integration ist damit ein weiterer bzw. weiter entwickelter Maßstab geschaffen worden,[794] der jedenfalls wegen seiner inhaltlichen Herkunft und seiner Begründung als wesensverschieden mit dem zuvor praktizierten und mehrfach in Bezug genommenen rechtsdogmatischen Legitimationsgebot angesehen werden muss.

29. Claus Dieter Classen (2009)

In seiner Betrachtung der demokratischen Anforderungen an die Ausübung staatlicher Gewalt auf innerstaatlicher und internationaler Ebene geht *Claus Dieter Classen* von einem mittlerweile deutlich weniger strengen

792 Hier insbesondere *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (364).

793 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (404).

794 Zu den rechtlichen und rechtssoziologischen Auswirkungen der vom BVerfG vorgenommenen Maßstabbildung und Argumentation: *Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, Der Staat 48 (2009), 497 (514 f.); zur Gefahr, dass sich das Gericht durch methodische Großzügigkeit in der Prüfung später durch diese Festlegung schwer tun werde, *Gärditz/Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen, JZ 2009, 872 (877).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Modell demokratischer Legitimation der Verwaltung aus.[795] Insbesondere die neuere Rechtsprechung zur funktionalen Selbstverwaltung und dem Selbstverwaltungsgedanken bei den Notarkassen zeige, dass nicht mehr von einer Fortentwicklung des bisher bekannten Verwaltungslegitimationsprinzips ausgegangen werden könne.[796] Vor allem träfen die Voraussetzungen des loyalen Verwaltungsvollzugs der parlamentarisch beschlossenen Gesetze durch die Verwaltung gemäß dem Grundmodell der Verwaltungslegitimation oftmals gar nicht mehr zu.[797] Bei der Entwicklung eines Maßstabs müsse aber vor allem der Rechtscharakter des besonderen Demokratieprinzips des Art. 20 GG beachtet werden, was eine Berücksichtigung beliebiger demokratischer Vorstellungen ausschließe; jedenfalls der Bezug auf das deutsche Staatsvolk ergebe sich dabei unzweifelhaft aus dem Wortlaut.[798] Inhaltlich sei der Zusammenhang der Demokratie mit der freien Selbstbestimmung der Bürger zu beachten, der inzwischen in der Rechtsprechung auch gefestigt anerkannt sei. Deshalb sei in gewissem Maße eine situationsgerechte Bestimmung der Legitimationsbasis möglich, sofern sie innerhalb der Vorgaben des Volksbegriffes blieben.[799] Statt der strengen Fixierung auf formale Ableitungszusammenhänge wie im Ministerialmodell müsse allerdings auch die inhaltliche Komponente mitbeachtet werden, weshalb rechtsstaatliche Elemente aus der notwendigen Legitimation nicht herausgenommen werden dürften; die rechtsstaatlichen Elemente seien daher geeignet, die Anforderungen an das Gebot demokratischer Legitimation zu modifizieren.[800] Damit sei der Auffassung zuzustimmen, dass der Output relevant sei, allerdings auf andere als die beschriebene Art und Weise. Dem Demokratieprinzip gehe es wie dem Rechtsstaatsprinzip

795 *Classen,* Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat (2009).

796 Mit Verweis auf *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 und *BVerfG,* B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 bei *Classen,* Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat (2009), S. 8 f.

797 Zumindest das idealisierte Modell lasse sich durch komplexe Verantwortungszusammenhänge und Externalisierungen nicht mehr aufrechterhalten, vgl. *Classen,* Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat (2009), S. 18 f.

798 Mit einer deutlichen Unterscheidung zwischen allgemeinen demokratischen Vorstellungen (und internationaler Konsensfähigkeit) und dem positivierten Demokratiebegriff des Art. 20 Abs. 2 GG *Classen,* Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat (2009), S. 28 f.

799 Vgl. *Classen,* Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat (2009), S. 35 ff.

800 Zu diesen gehörten dann aber auch Bereiche wie Betroffenheit, Interesse, Sachverstand, Akzeptanz, Entscheidungsrichtigkeit, vgl. *Classen,* Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat (2009), S. 38 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

deshalb darum, ein sachgerechtes Verfahren für die Ausübung der staatlichen Willensbildung zu bereiten.[801] Nicht in allen Fällen werde dies mittels der Ministerialverwaltung erreicht, vielmehr könne in einzelnen Fällen der Volkswille besser durch andere Vorgaben – wie der vorgegebenen Selbstverwaltung – umgesetzt werden.[802] Hierbei seien dann verschiedene Konstellationen denkbar, mit denen unterschiedliche Zielvorstellungen wie die Aktivierung besonderen Sachverstandes, einer besonderen Neutralität oder einer verfassten Gruppierung zur Bewältigung konfligierender Belange besser und damit sachgerechter verwirklicht werden könnten. Solche Bereiche seien teilweise grundgesetzlich vorgesehen (Justiz, Rechnungshöfe), könnten aber auch durch den Gesetzgeber aufgrund dessen Verantwortung selbst geschaffen werden.[803] Dieser sei allerdings auch nicht frei in der Strukturbildung, sondern unterliege einer sachlichen Rechtfertigungspflicht. Daneben erschöpfe sich seine Gestaltungsfreiheit nicht nur durch eine einmalige Organisation, sondern erfordere auch eine ständige Überwachung.[804]

Mit seiner Untersuchung zum positivrechtlichen Inhalt des durch Art. 20 Abs. 2 GG konkretisierten Demokratieprinzips legt *Classen* unzweifelhaft einen normativ-positivierten Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation im eingangs postulierten Sinne zugrunde. In Bezug auf Einzelfragen der Verwaltungslegitimation ist sein Ansatz sehr viel weniger streng als die ursprüngliche Annahme des Bundesverfassungsgerichts und kann damit auch sehr viel eher die weitergehenden Lockerungen der späteren BVerfG-Entscheidungen zur funktionalen Selbstverwaltung (und auch zu den erst später erfolgten Entscheidungen) erklären.

801 Insoweit seien beide Prinzipien auch wechselbezüglich, *Classen*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat (2009), S. 40.

802 *Classen*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat (2009), S. 43 unter Verweis auf *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (92).

803 Diese gesetzgeberische Freiheit sei aus der Offenheit des Wortlautes und den nur sehr dünnen verfassungsrechtlichen Vorgaben abzuleiten, daneben sei die grundsätzliche Gestaltungskompetenz des Gesetzgebers hierfür zu berücksichtigen.

804 Vgl. *Classen*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat (2009), S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

30. Sandra Köller (2009)

Anlässlich ihrer Untersuchung zur demokratischen Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung am Beispiel der Wasserverbände[805] beschäftigt sich *Sandra Köller* zunächst mit den allgemeinen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG. Hinsichtlich des Legitimationsniveaus geht sie zunächst von einer verfassungsrechtlichen Gleichwertigkeit der personellen und materiellen Legitimationskomponenten aus und sieht die funktionell-institutionelle Legitimation in diesem Zusammenhang als nicht niveaubestimmend an.[806] Das Legitimationsniveau dürfe nicht als Optimierungsprinzip verstanden werden, sondern als abgestuftes Niveau im Sinne eines Maßstabs.[807] Dieses bestimme sich durch das Regelmodell der Ministerial- und Kommunalverwaltung, davon abweichende in der Verfassung vorgegebene Modelle (vgl. Art. 86, 87 und 114 Abs. 2 GG) könnten allenfalls als Ausnahme oder Durchbrechung angesehen werden. Dabei könne man als Regelfälle die Ministerialverwaltung ansehen, aber auch die Kommunalverwaltung diesem Regelfall gleichstellen – es ergäben sich keine inhaltlichen Unterschiede, ob letztere Konstellation als zweites, gleichberechtigtes Modell angesehen werde oder als Ausnahme.[808] Dadurch, dass verfassungsrechtliche Regelfälle vorgesehen seien, werde das Legitimationsniveau durch diese bestimmt und die Prüfung könnte erfolgen, ob diese Vorgaben entweder eingehalten würden oder Abweichungen gerechtfertigt seien.[809] Daraus ergebe sich für Selbstverwaltungsträger

---

805 *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation (2009).

806 Dadurch, dass die institutionelle und funktionelle Legitimation als vom Verfassungsgeber vorgegebene Komponenten angesehen werden müssten, könnten diese innerhalb des Verfassungssystems nicht mehr modifiziert werden und seien deshalb für die Frage nach der Einhaltung des Legitimationsniveaus nicht mehr relevant, vgl. *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation (2009), S. 168 f.

807 Vgl. *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation (2009), S. 171: dies ergebe sich bereits deutlich aus dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG, der keine Anhaltspunkte für eine Maximierung vorsehe, sondern einzig die Einhaltung eines vorgegebenen Niveaus vorschreibe.

808 Dies ergebe sich daraus, dass diese Fälle nur punktuelle Regelungen darstellten, die wegen des Ausnahmecharakters nicht verallgemeinerungsfähig seien, *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation (2009), S. 172 ff.

809 *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation (2009), S. 175 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wie die Wasserverbände, dass wegen der fehlenden personellen Legitimation bei nicht völliger Totalsubstitution durch sachlich-inhaltliche Komponenten ein rechtfertigungsbedürftiges Defizit verbliebe; eine genügende Rechtfertigung sei jedoch nach geltendem Verfassungsrecht nicht ersichtlich,[810] deshalb sei eine Verfassungsbestimmung erforderlich, die eine derartige Einrichtung eines solchen Selbstverwaltungsträgers ermögliche. Damit wird deutlich, dass *Köller* hier eine rechtsdogmatische Betrachtung vornimmt, die auch die vorgeschlagene Verfassungsänderung dogmatisch untersucht.

31. BVerfG: Honeywell (2010)

Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil die hypothetische Möglichkeit der Ultra-Vires-Kontrolle aufgezeigt hatte, um die „Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes im Rahmen einer Identitätskontrolle" einfordern zu können,[811] kam es bereits ein Jahr später im Verfahren einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des BAG für das Bundesverfassungsgericht streitentscheidend hierauf an.[812] Im Ausgangsrechtsstreit war es um die Frage gegangen, ob die im Jahr 2002 erfolgte Neuregelung des § 14 Abs. 3 TzBfG[813] vor den unionsrechtlichen Antidiskriminierungsregelungen[814] Bestand haben konnte. Im Urteil zur Rechtssache Mangold war der EuGH zuvor zum

---

810 *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation (2009), 208-209, 311-313; insoweit sei durch die verfassungsnormative Ausgestaltung des Art. 20 Abs. 2 GG eine Rechtfertigung durch die ideengeschichtliche Nähe zwischen Demokratie und Selbstverwaltung, wie sie das Bundesverfassungsgericht in *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 annimmt, nicht gegeben.

811 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (353 f.).

812 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286.

813 Die Neuregelung des § 14 Abs. 3 TzBfG ermöglichte eine sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitnehmer zu Beginn der Beschäftigung das 52. Lebensjahr vollendet hat. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber beschäftigungspolitische Ziele verfolgen und besonders die Einstellungsbereitschaft gegenüber älteren Arbeitnehmern erhöhen, vgl. *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (289 f.).

814 Vgl. Art. 1 der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge und Art. 1 und 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Die später inhaltlich entsprechenden

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ergebnis gekommen, das Gemeinschaftsrecht und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG stünden einer derartigen Regelung entgegen.[815] Daraufhin ließ das BAG diese Regelung unangewandt, wogegen sich die Verfassungsbeschwerde richtete.

Das Gericht bezieht sich in der Zulässigkeitsprüfung auf eine nicht ausgeschlossene Verletzung der Beschwerdeführerin durch eine unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, die zur Nichtanwendbarkeit einer eventuell vertrauensschützenden nationalen Norm führen würde.[816] Im Folgenden konkretisiert es die Voraussetzungen für eine Überprüfung von Unionsakten durch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der „ultra-vires-Kontrolle". Eine Kontrolle durch das Gericht komme nur dann in Betracht, wenn in ersichtlicher Weise Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Grenzen ergangen sind;[817] Darüber hinaus müsste es sich aber um einen *ersichtlichen* Verstoß handeln, die Grenzen der Kompetenzen müssten also in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben.[818] Der Kompetenzverstoß müsse also „hinreichend qualifiziert", die Kompetenzüberschreitung also offensichtlich sein und zugleich müsste sie auch erheblich ins Gewicht fallen.[819] Im Kern treffe dies vor allem dort zu, wo Rechtsprechung über den Einzelfall hinaus politische Grundentscheidungen treffe oder durch Rechtsfortbildung strukturelle Verschiebungen zwischen Mitgliedstaaten und Union bewirkt würden; zugleich müsse dem Europäischen Gerichtshof jedoch auch eine Fehlertoleranz zugestanden werden.[820] Nach diesen Maßstäben kommt das Gericht jedoch zum Schluss, dass ein Verstoß durch den EuGH in der Rechtssache Mangold nicht vorgelegen habe, weil es an einem solchen hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß fehle.[821]

Vorschriften der Art. 19 Abs. 1 AEUV und Art. 21 Abs. 1 GRCh galten zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt im Ausgangsrechtsstreit noch nicht.

815 *EuGH*, Urt. v. 22.11.2005, Slg. 2005-I, 9981.

816 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (299 f.) mit explizitem und alleinigem Verweis auf *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (188) und *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (353 f.).

817 So schon *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (353).

818 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (304) unter Berufung auf Art. 23 Abs. 1 GG.

819 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (304).

820 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (306 f.).

821 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (307 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einen spezifischen Bezug der Ultra-vires-Kontrolle auf die demokratische Legitimation von Unionshandeln stellt dabei der Richter *Landau* in seinem Sondervotum her.[822] Ausgehend von der Senatsposition im Lissabon-Urteil, die Europäische Union könne ihre Legitimation mangels eigener geeigneter Legitimationsgrundlage nur von den Mitgliedstaaten ableiten, bedürfte es nicht nur einer konstruierten Legitimation, sondern vielmehr einer tatsächlichen, durchgehenden Anknüpfung und Rückbindung an das Staatsvolk; deshalb seien Tätigkeiten außerhalb der explizit eingeräumten Kompetenzen nicht mitlegitimiert.[823] Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts reiche nur so weit, wie die Bundesrepublik dem zugestimmt und dies auch gedurft habe.[824] Dadurch, dass die Senatsmehrheit als Maßstab für die Ultra-vires-Kontrolle einen „hinreichend qualifizierten" Kompetenzverstoß fordere, verkenne sie, dass die demokratische Legitimation für alles Handeln der Union erforderlich sei. Eine strukturelle Verschiebung sei nicht erforderlich, es könne nur darauf ankommen, ob die Kompetenzüberschreitung klar und offensichtlich ist.[825] Gemessen daran stellt *Landau* im konkreten Fall der Entscheidung zur Vereinbarkeit der Bestimmung des § 14 TzBfG mit der Richtlinie eine unzulässige Kompetenzüberschreitung fest.[826] In der Konsequenz legt *Landau* damit keinen eigenständigen, sondern vielmehr nur einen abgeschwächten Legitimationsmaßstab zugrunde: die notwendige demokratische Legitimation wird insoweit (nur) von der Einhaltung der Kompetenzvorschriften abhängig gemacht.

32. Niels Petersen (2010)

Ausgehend von der fortschreitenden Verlagerung von materiellen Entscheidungsbefugnissen von Parlamenten zu technokratischen Entscheidungsträgern erkennt *Niels Petersen* einen Trend zur Entparlamentarisierung der Demokratie, der sich mit dem Legitimationskettenmodell als

822 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (318 ff.).
823 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (319).
824 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (320).
825 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (322 f.).
826 In dem Mangold-Urteil sieht er eine Kompetenzüberschreitung, weil der EuGH nur durch unzulässige Verknüpfung mehrerer zumindest bedenklicher Schlüsse (wie der Begründung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien und des Verbots der Altersdiskriminierung) zur Unanwendbarkeit von § 14 Abs. 3 TzBfG kommen konnte, vgl. *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (325 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

herkömmlichen Demokratiekonzept nicht mehr oder nur unter Schwierigkeiten in Einklang bringen lasse.[827] Daraus ergebe sich die Konsequenz, dass viele externalisierte Entscheidungen als nicht mehr mit dem Legitimationsmodell vereinbar und damit als verfassungswidrig angesehen werden müssten oder eine Anpassung der Maßstäbe erfolgen müsste.[828] Zur Neuausrichtung des Legitimationsmodells (und somit des Legitimations*maßstabs*) sei ein (hiervon zu unterscheidender) Legitimitätsmaßstab heranzuziehen: Das allgemeine Freiheitsrecht in Art. 2 Abs. 1 GG zeige, dass Eingriffe der Rechtfertigung staatlicher Herrschaft bedürften, was in der Politikwissenschaft allgemein unter dem Begriff der Legitimität diskutiert würde.[829] Die Demokratie des Grundgesetzes sei dabei kein Selbstzweck, sondern diene der Legitimität staatlicher Herrschaft, weshalb sich letztere als Maßstab für die Bewertung eigne, ob eine Ausgestaltung als demokratisch angesehen werden könne.[830] Weil es auch für den verfassungsrechtlichen Diskurs notwendig sei, Vorverständnisse offen zu legen und nicht bloß der Verfassung zu unterstellen, handle es sich um eine rechtliche Diskussion auf Grundlage des Grundgesetzes und somit um eine zulässige transdisziplinäre Betrachtung.[831] Aus der theoretischen Konzeption ergebe sich ein „Angebot an den verfassungsrechtlichen Diskurs" als zulässige Konkretisierung eines Konzeptes für den in vielen Punkten statischen Verfassungstext.[832] Im Grundgesetz werde hiernach die Legitimität durch ein Zusammenwirken verschiedener Elemente erreicht, wozu auch das Zusammenwirken von input- und output-Legitimation gehörten. Durch die formalen und prozeduralen Vorgaben würde die input-Legitimation

827 *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (138 f.).

828 Dabei käme die erste Variante einem „Zurückdrehen des Rades" gleich, das die gewandelten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen außer Acht lassen würde; diese ließen sich gerade bei Betrachtung internationaler Zusammenhänge ohnehin nicht mehr wesentlich verändern, *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (139); insbesondere vereinfache das Legitimationskettenmodell zu stark, als dass es die komplexe Wirklichkeit angemessen beschreiben könnte, *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (171).

829 Mit dem Hinweis auf die Nähe dieses Begriffs zur grundgesetzlichen Konzeption, ohne dass der Begriff der Legitimität Eingang in das Grundgesetz gefunden hätte, *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (141).

830 *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (141).

831 Auch die Interpretation verfassungsrechtlicher Begriffe wie der Demokratie könne nur von den sozialen, historischen und politischen Annahmen des Betrachters ausgehen, weshalb diese transdisziplinären Aspekte ohnehin in jeder Untersuchung enthalten seien, *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (141).

832 *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (142).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bewirkt.[833] Jedoch weise das Grundgesetz auch Elemente einer output-Legitimation auf: Bereits die Entscheidung für die repräsentative Demokratie und das freie Mandat der Abgeordneten zeigten das Ziel eines effektiven politischen Systems, das nicht nur zur optimalen Durchsetzung des Wählerwillens diene, sondern auch eine gesteigerte Entscheidungsqualität und damit ein output-Element bewirken wolle.[834] Eine weitergehende Öffnung zeige hier die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Wasserverbandsentscheidung, in der nicht nur der Prinzipiencharakter des Demokratieprinzips angesprochen und zugrunde gelegt werde, sondern weitere output-Elemente wie die Einbeziehung externen Sachverstands mit dem Ziel der effektiveren Erreichung legitimationssteigernder Kriterien anerkannt habe.[835] Kritikwürdig sei das Legitimationskettenmodell, weil es derart vieler Ausnahmen bedürfe, um auch Phänomene wie die Selbstverwaltung (in funktionaler, aber auch in kommunaler Form) erklären zu können und neben der verfassungsrechtlichen (willkürlichen) Rechtfertigung keine theoretische Fundierung dieser Ausnahmen gegeben werde.[836] Zudem liege dem Modell ein kommunitaristisches Demokratieverständnis[837] zugrunde, dessen Prämissen mit dem Grundgesetz nicht vereinbar seien, weil die hierfür vorausgesetzte soziale, religiöse und kulturelle Homogenität mit der grundgesetzlichen Ausrichtung auf die Menschenwürde und individuelle Freiheit im Konflikt stehe. Hingegen sei eine derartige Auslegung des Begriffes des „Volkes" in Art. 20 Abs. 2 GG nicht zwingend. Zumindest wäre „eine organische Interpretation" des Volksbegriffes vom Wortlaut gedeckt und von der Annahme der Grundrechte zur Schaffung individualschützender Gegengewichte unterstützt.[838] Darüber hinaus sei die Grundannahme des input-orientierten Modells bereits unzutreffend,

833 *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (148 f.).

834 So sei auch die 5%-Hürde zu verstehen: die prozedurale Mitwirkung werde eingeschränkt, um die Funktionsfähigkeit (und damit die Ergebnisqualität) zu verbessern: *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (150).

835 Vgl. *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (152 f.) mit dem Verweis auf *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87 ff.).

836 *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (153 f.).

837 Durch die Beschreibung des Volkes als Ausgangspunkt staatlicher Demokratie würden die Entscheidungen nicht durch die Individuen, sondern nur durch das Volk als Ganzes getroffen, wodurch das Vorhandensein eines einheitlichen gemeinschaftlichen Willens suggeriert werde, *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (154).

838 *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (156).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

da das Ziel der Legitimationskette – die Steuerung staatlichen Handelns – durch das Volk praktisch nicht erreicht werden könne.[839]

Zur Kompensation dieser Defizite sei ein Alternativmodell zu entwickeln, das staatliche Entscheidungen im Sinne der Staatsbürger besser garantieren könne. Hierzu seien als wichtigste Faktoren die Verhinderung von Machtmissbrauch und die Schaffung besserer Rationalität politischer Entscheidungen mit dem Ziel der qualitativen Sicherstellung fachlich kompetenter Entscheidungen auf qualitativ ausreichender Grundlage zu erreichen.[840] Dies könne mit einem deliberativen Demokratiemodell bewirkt werden, welches dem Parlament als zentralem Entscheidungs- und Kreationsorgan erlaubte, Entscheidungskompetenzen an andere Stellen, beispielsweise an die Verwaltung oder externe Gremien, zu delegieren. Dabei müsste eine Verantwortlichkeit im Ergebnis sichergestellt sein, die durch hierarchische oder elektorale Formen bewirkt werden könne und verschiedenste Kontrollmöglichkeiten zulasse. Entscheidungsmechanismen müssten dabei möglichst deliberativ ausgestaltet sein und eine Diskussion mit internen und externen Stellen ermöglicht werden. Zugleich sollte eine möglichst große Pluralität der Meinungen bei der Diskussion durch die entscheidenden Personen sichergestellt sein, weil hierdurch der Input verbessert werden könnte. Schließlich sei durch Verfahrensausgestaltung eine Berücksichtigung fachlicher Expertise zu gewährleisten, beispielsweise durch die notwendige Beteiligung oder Anhörung besonders fachkundiger Experten. Das Zusammenwirken dieser Faktoren sei im Ergebnis entscheidend, nicht die Ausprägung einzelner Merkmale, die somit nur als Optimierungsgebote anzusehen seien.[841]

---

839 Die effektive Rückführung staatlichen Handelns auf das Volk scheitere bereits an der starken Mittlerstellung des Parlaments mit weisungsungebundenen Mandatsträgern, zudem sei auch empirisch nachweisbar, dass durch (Programm-)Wahlen der Wählerwille nicht notwendig optimal durchgesetzt werden könne, *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (157 ff.).

840 Hinsichtlich einer erwünschten besseren Rationalität kämen mit den Ansätzen der Konkurrenzdemokratie, der Legitimation durch Expertise und Sachverstand und der Theorie der deliberativen Demokratie in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen verschiedene Ansätze in Betracht, die jedoch sämtlich nicht als holistische Gesamtkonzeption verstanden werden könnten, *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (168).

841 Entscheidend soll hier eine Art „pareto-Kriterium“ sein: Defizite bestünden dann, wenn einzelne der vier vorgeschlagenen Elemente stärker hätten berücksichtigt werden können, ohne eines der anderen zu reduzieren; zur gesamten Konzeption *Petersen,* Demokratie und Grundgesetz, JöR 58 (2010), 137 (169 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Ansatzpunkt von *Petersens* Überlegungen orientiert sich an den theoretischen Schwachstellen des Modells, das sich aus dem Grundgesetz als dogmatische Grundlage ergibt. Der Legitimationsmaßstab des Art. 20 Abs. 2 GG stellt für ihn eine Konkretisierung eines übergeordneten Legitimitätsmaßstabs dar. Mittels dieser Annahme wird es möglich, das Demokratieverständnis nicht aus dem Verfassungstext abzuleiten, sondern aus dem *Legitimitäts*maßstab einen Demokratiemaßstab zu schaffen, der theoretische und dogmatische Annahmen vereinen soll. Dieses Ziel mag unter dem Aspekt verständlich sein, dass mittels einer einheitlichen Konzeption die Diskussion insofern vereinfacht werden könnte, als politikwissenschaftlichen Erkenntnissen in diesem gemeinsamen Modell Rechnung getragen werden könnte. Gleichwohl weist *Petersen* nicht die Notwendigkeit eines inhaltlich gleichen Maßstabs für die theoretische und die dogmatische Betrachtung nach. Vielmehr können beide Blickwinkel unabhängig voneinander existieren und in beiden Disziplinen differieren. Mag auch das (ursprünglich) hinter dem Legitimationskettenmodell stehende holistisch-monistische Konzept nicht mehr geeignet sein, die Verfassungswirklichkeit zu erfassen, ist der – durch Einzelausnahmen weit von der Grundkonzeption entfernte – Rechtsmaßstab für seine Aufgabe geeignet, nämlich als Grenze zu dienen, die von den zuständigen Entscheidungsträgern (für Fragen demokratischer Legitimation vor allem das BVerfG) auf einen konkreten Fall angewandt werden können. Hier zeigt sich die Flexibilität des einfachen, hier mit einem „grobrastrigen schwarz-weiß Fotoapparat" verglichenen dogmatischen Modells: es vereinfacht Sachverhalte auf Grundstrukturen, kann aber auf Subsumtionsebene bei der Rechtsanwendung konkretisiert werden und verschiedenste Erwägungen auf Ebene der Rechtfertigung berücksichtigen. Vor allem zeigt sich, dass jedenfalls auf Ebene des Grundgesetzes[842] jeder der vorgeschlagenen deliberativen Komponenten Rechnung getragen werden kann und eine Rechtfertigung der Abweichung vom Regel-Legitimationsniveau durch eine Berücksichtigung besonderer Expertise, besonderer Verantwortlichkeit oder anderer Faktoren stattfinden kann. Auch wenn damit ein politisches Modell epistemischer Deliberation verwirklicht werden soll, muss dies in der Verwirklichung nicht notwendig dem Maßstab des Art. 20 Abs. 2 GG widersprechen.

842 Denkbar wäre auch, dass eine Rechtfertigung auf einfachgesetzlicher Ebene geschaffen werden könne; jedenfalls könnte sich damit der Ansatz des BVerfG zur Zulässigkeit funktionaler Selbstverwaltung besser erklären, *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (vgl. dazu Kapitel III.C.19).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

33. BVerfG: Euro-Rettungsschirm (2011)

Anlässlich der Maßnahmen zur finanziellen Unterstützung Griechenlands in der Staatsschuldenkrise wurde das BVerfG durch verschiedene Verfassungsbeschwerden mit der Vereinbarkeit von deutschen und europäischen Rechtsakten, sowie weiteren Maßnahmen im Zusammenhang mit Versuchen zur Beilegung der Krise im Raum der Europäischen Währungsunion befasst.[843]

Dabei eröffnete das Gericht abermals die Kontrolle im Rahmen der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung von Art. 38 Abs. 1 GG, soweit eine Verletzung der dauerhaften Haushaltsautonomie des Deutschen Bundestags gerügt worden war.[844] Als Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit wird hier die Möglichkeit einer Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts aus „Art. 38 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG" herangezogen.[845] Unter Bezugnahme auf seine Maastricht- und Lissabon-Rechtsprechung setzt sich der Senat hier mit der in der Literatur vielfach geäußerten Kritik an der weiten Zulässigkeitsprüfung auseinander und kommt zu dem Schluss:

> *„Der letztlich in der Würde des Menschen wurzelnde Anspruch des Bürgers auf Demokratie (vgl. BVerfGE 123, 267 [341]) wäre hinfällig, wenn das Parlament Kernbestandteile politischer Selbstbestimmung aufgäbe und damit dem Bürger dauerhaft seine demokratischen Einflussmöglichkeiten entzöge."*[846]

Dabei sei davon auszugehen, dass herkömmliche Gewährleistungsermächtigungen im Sinne von Art. 115 Abs. 1 GG keine besonderen Risiken mit sich brächten. Die beschlossenen Rettungsmaßnahmen zugunsten Griechenlands hätten jedoch wegen ihres Umfangs ausnahmsweise das Potential, die politischen Einflussmöglichkeiten des Bundestages in verfassungsrechtlich unzulässigem Umfang einzuschränken.[847] Für die Zulässigkeitsprüfung wurde hier die Darlegung als ausreichend erachtet, die in Frage stehenden Gesetze wären wegen des enormen Finanzierungsumfangs geeignet, einer Ausgestaltung oder Umformung übertragener Hoheitsrech-

843 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124.
844 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (167 ff.).
845 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (167 f.).
846 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (169).
847 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (171).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te im Sinne des Art. 23 Abs. 1 GG zu entsprechen, oder sogar auf eine solche Gestaltung angelegt sein.[848]

Auch bezüglich des materiellen Prüfungsmaßstabs hält das Gericht fest, dass der Gewährleistungsgehalt des Wahlrechts die Grundsätze des Demokratiegebots im Sinne von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG umfasse, der durch Art. 79 Abs. 3 GG als Identität der Verfassung garantiert sei.[849] Um dessen Einhaltung zu prüfen, berücksichtigt das Gericht die bedeutsame Steuerungskomponente des Budgetrechts,[850] sowie die Notwendigkeit, die finanziellen Entscheidungen auch selbst zu treffen und nicht zu delegieren.[851] Der aus den genannten Grundgesetzbestimmungen hergeleitete Maßstab wird im Folgenden nicht näher präzisiert, sondern allenfalls eingegrenzt, indem festgestellt wird:

> *„Danach läge eine das Demokratieprinzip und das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag verletzende Übertragung wesentlicher Bestandteile des Budgetrechts des Bundestages jedenfalls dann vor, wenn die Festlegung über Art und Höhe der den Bürger treffenden Abgaben in wesentlichem Umfang supranationalisiert und damit der Dispositionsbefugnis des Bundestages entzogen würde (vgl. BVerfGE 123, 267 [361]).“*[852]

Das Gericht geht im Folgenden auch davon aus, dass die Betonung der nationalen Haushaltsautonomie nicht den europäischen Verträgen entgegen stehe, sondern dass die nationale Haushaltskompetenz der unmittelbar demokratisch legitimierten Parlamente der Mitgliedstaaten erst die hinreichende demokratische Legitimation schaffe, von der die Europäische Union ihre Legitimation ableiten könne.[853] In den Überlegungen zu einer maximalen Belastungsgrenze für die Mitgliedstaaten wird in den Entschei-

---

848 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (172).

849 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (177) unter expliziter Bezugnahme auf *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (340); in der Sache konkretisiert das Gericht den im Lissabon-Urteil entwickelten Prüfungsmaßstab, weil dort noch Art. 38 GG und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG nebeneinander genannt wurden und Art. 38 GG nur als einzelne Ausprägung des Demokratieprinzips angesehen wurde; im Urteil zum Euro-Rettungsschirm dagegen stellt das Gericht klar, dass Art. 38 GG die Grundprinzipien von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG umfasse, die Art. 79 Abs. 3 GG als Identität der Verfassung garantiere.

850 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (177 f.).

851 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (178 f.).

852 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (179).

853 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (181) unter Berufung auch auf die frühere Rechtsprechung aus *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (155 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dungsgründen jedoch offengelassen, ob sich aus dem Demokratieprinzip eine justiziable Begrenzung des Umfangs von Gewährleistungsermächtigungen herleiten lasse.[854]

Dass das Gericht trotz Nennung des Art. 20 Abs. 2 GG hier keinen spezifisch rechtsdogmatischen demokratischen Legitimationsmaßstab heranzieht, sondern ein aus allgemeinen und nicht spezifisch grundgesetzlichen Überlegungen geprägtes Demokratieverständnis, zeigt sich in der Herleitung aus seinem Rechtsgrund („in der Würde des Menschen wurzelnde Anspruch auf Demokratie") und darin, dass nicht das Verhältnis der Rechtslage nach dem Grundgesetz und den Europäischen Verträgen zueinander in Verhältnis gesetzt werden. Vielmehr stellt das Gericht wie schon zuvor im Lissabon-Urteil der Unionsebene ein auch durch staatstheoretische Elemente der allgemeinen Staatslehre geprägtes Demokratieprinzip entgegen, das wegen der Allgemeingültigkeit seiner ideengeschichtlichen Herkunft und dem weiten Geltungsanspruch wohl eher in Art. 20 Abs. 1 GG zu verorten sein dürfte. Darüber hinaus fehlt es für einen rechtsdogmatischen Legitimationsmaßstab an einer hinreichend konkreten maßstabstauglichen (und subsumtionsfähigen) Vorgabe. Eine Grenzziehung zwischen zulässiger Betätigung der Haushaltsautonomie und unzulässiger Supranationalisierung des Budgetrechts wird zwar angenommen und angedeutet, keineswegs jedoch präzisiert. Durch eine Selbstrücknahme in Bezug auf die Prüfung durch die Beschränkung auf evidente Verletzungen der Haushaltsautonomie und die Einräumung einer Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Tragfähigkeit der übernommenen Verpflichtungen für den Bundeshaushalt kam das Gericht jedoch auch ohne eine derartige Maßstabskonkretisierung aus. Insofern kann man im Urteil allenfalls eine angedachte rechtlich maßstabsetzende Grenze erkennen.

34. BVerfG: Privatisierter Maßregelvollzug/Vitos Haina (2012)

Anlässlich des Urteils über die Zulässigkeit der Privatisierung des Maßregelvollzugs in Hessen[855] befasste sich das Gericht neben der Prüfung am Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG auch mit der erforderlichen demokratischen Legitimation.

Die Regelungen des Hessischen Maßregelvollzugsgesetzes (HessMVollzG) überprüfte das Gericht hinsichtlich seiner Eingriffsbefugnisse zulasten

854 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (182).
855 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Untergebrachter am Maßstab des Art. 20 Abs. 2 GG. Bemerkenswert ist hier die Formulierung, alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter bedürfe „nach dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) der demokratischen Legitimation“,[856] die anders als in früheren Urteilen nicht nur von der Erforderlichkeit demokratischer Legitimation aus Art. 20 Abs. 2 GG ausgeht,[857] sondern diese Vorschrift mit „dem Demokratieprinzip“ verbindet und die demokratische Legitimation als Ausprägung bzw. Unterfall ansieht. Hinsichtlich der Konkretisierung des Maßstabs schließt sich das Gericht der früheren Rechtsprechung zum Erfordernis demokratischer Legitimation an und geht von einem notwendigen Zusammentreffen personeller und sachlicher Legitimationskomponenten aus. Auch bezüglich der wechselseitigen Substituierbarkeit entspricht die Vorgehensweise der früheren Rechtsprechung und nimmt diese auch explizit auf.[858]

Zur Bestimmung des erforderlichen Maßes demokratischer Legitimation bezieht sich das Gericht auf das Mitbestimmungs-Urteil[859] und nimmt an, das Legitimationsniveau müsse umso höher sein, je intensiver die in Betracht kommenden Entscheidungen die Grundrechte berührten.[860] Im Rahmen der Subsumtion betont das Gericht dabei die Bedeutung der verbleibenden Kontrolle durch personell legitimierte verbeamtete Einrichtungsleiter und die austarierten Kontrollmöglichkeiten auf Aufsichts- und Parlamentsebene.[861] Dass dieser Konnex von einzuhaltendem Legitimationsniveau und grundrechtlicher Bedeutung einer Angelegenheit im Mitbestimmungsurteil jedoch so nicht gezogen wurde, ist bereits oben

856 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (123).

857 So noch *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (71 f.); wohl auch *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66 ff.).

858 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124) verweist dabei unter anderem auf *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72); *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66 f.); *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87 f.).

859 Hier erfolgt der Verweis auf *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (73).

860 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124); wegen der Möglichkeit, durch parlamentarische Kontrolle steuernd auf die Unterbringung eingreifen zu können, wurde damit das erforderliche Maß demokratischer Legitimation aus eingehalten angesehen, vgl. dazu *Waldhoff*, Anmerkung zu BVerfG - Privatisierter Maßregelvollzug, JZ 2012, 683 (684 f.); in der Sache nähert sich der Zweite Senat mit diesem Maßstab an die Rechtsprechung des Ersten Senats im Notarkassenbeschluss an, soweit auch dort der Konnex aus gesetzgeberischer Vorgabe und Grundrechtsbetroffenheit Einzelner hergestellt wird, vgl. *BVerfG*, B. v. 13.07.2004, BVerfGE 111, 191 (217 f.); gleichwohl wird diese Rechtsprechung nicht in der Begründung herangezogen.

861 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

angesprochen worden.[862] Damit scheint die Herleitung des Legitimationsniveaus zweifelhaft, weil durch die Verknüpfung vom Erfordernis demokratischer Legitimation und die Stärke von Grundrechtseingriffen völlig unterschiedliche Zielrichtungen verfolgt werden. Während es bei den Grundrechten um eine materielle Vereinbarkeit mit den Gesetzen aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten geht, deckt die demokratische Komponente den formellen verfahrensrechtlichen Bezug ab. Nichtsdestotrotz wird deutlich, dass das Gericht den Maßstab demokratischer Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG als dogmatischen Rechtsmaßstab versteht und anwendet. Materiell scheint das Gericht nicht mehr davon auszugehen, das Legitimationsmodell ergebe sich aus organisationsbezogenen Vorgaben des Grundgesetzes. Die hier vorgenommene Herleitung des Legitimationsmaßstabs abhängig vom Grad der Grundrechtsbeeinträchtigung bleibt jedoch eine rechtsdogmatisch-technische.

35. BVerfG: Europäischer Stabilitätsmechanismus (2012)

Erneut musste sich das Bundesverfassungsgericht auf einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Ratifikation des Vertrags zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus mit den verfassungsrechtlichen Bezügen der Eurorettung auseinandersetzen. Mit Urteil vom 12. September 2012[863] entschied der Zweite Senat, dass eine Ratifikation nur unter einem völkerrechtlichen Vorbehalt erfolgen dürfe, dass ohne Zustimmung des deutschen Vertreters keine höheren Zahlungsverpflichtungen begründet werden dürften. Vor dem Hintergrund, dass Rechtsschutz wirksam nur vor einer Ratifikation möglich sein kann, unternimmt das Gericht dabei in der Sache eine materielle Prüfung der Verträge auf ihre Vereinbarkeit mit anwendbarem Verfassungsrecht.[864] In der nachfolgenden Zulässigkeitsprüfung wendet es den im Jahr zuvor konkretisierten Zulässigkeitsmaßstab[865] der möglichen Rechtsverletzung

862 Siehe oben im Abschnitt III.C.15.

863 *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195.

864 *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (232 ff.); gleichwohl nimmt das Gericht die Prüfung auf das Vorliegen ausbrechender Rechtsakte aus, weil dieses Vorbringen insoweit nicht geeignet war, eine Eilbedürftigkeit zu begründen, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (236).

865 Unter explizitem Verweis auf *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (167 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in Art. 38 Abs. 1, 20 Abs. 1 und Abs. 2 und 79 Abs. 3 GG an.[866] Hinsichtlich des Antrags im Organstreitverfahren schließt sich das Gericht mit der rügefähigen haushaltspolitischen Gesamtverantwortung an die Lissabon-Rechtsprechung an.[867]

Materiell legt der Senat die Grenze der Entäußerung der Haushaltsverantwortung zugrunde, die sich aus Art. 38 Abs. 1 GG ergebe.[868] Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG dienen dem Gericht hier nicht als Maßstab, sondern konkretisieren die vom Gericht angenommenen notwendigen Freiräume „im Sinne des Identitätskerns der Verfassung (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 79 Abs. 3 GG)".[869] Auch hinsichtlich der Notwendigkeit parlamentarisch informierter Entscheidungen führt das Gericht das „Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG" an,[870] jedoch auch hier als Hilfsmaßstab für die Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs des Art. 38 Abs. 1 GG.

Im Folgenden verknüpft das Gericht den Maßstab „des Demokratieprinzips"[871] und denkbare Zahlungs- oder Haftungsbegrenzungen, sieht jedoch keine betragsmäßig festgelegte Begrenzung, sondern die einzuhaltende haushaltspolitische Gesamtverantwortung als Grenze. Diesbezüglich nennt das Gericht das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung durch die Europäische Zentralbank als ein wesentliches Element zur unionsrechtlichen Absicherung der verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 20 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG.[872] Gleichwohl betont das Gericht, dies bedeute nicht, dass „eine demokratisch legitimierte Änderung in der konkreten Ausgestaltung der unionsrechtlichen Stabilitätsvorgaben von vornherein unvereinbar wäre", weil nicht jede einzelne Ausprägung durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79

866 *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (235).

867 *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (238) verweist insoweit auf *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (338 f.).

868 *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (239) unter Bezugnahme auf *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (177).

869 *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (240).

870 *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (241 f.); darüber hinaus bezieht das Gericht hier die „Verankerung" des Unterrichtungsanspruchs in Art. 79 Abs. 3 GG ein.

871 *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (242), wobei hier offenbleibt, ob auch weiterhin das Demokratieprinzip des Art. 38 Abs. 1 GG in Bezug genommen wird, eines aus Art. 20 GG oder aus einem allgemeinen Demokratieprinzip.

872 Unter Bezugnahme auf *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (204 f.); *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (181 f.) bei *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (244).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 3 GG geschützt sei.[873] Die durch Art. 79 Abs. 3 GG gesetzte Grenze müsse die Offenhaltung des demokratischen Prozesses und damit auch die haushaltspolitische Gesamtverantwortung absichern.[874] Deutlich werden die Anforderungen, die das Gericht voraussetzt, bei der Diskussion der Möglichkeit der Suspendierung von Stimmrechten.[875] In diesem Zusammenhang macht das Gericht das Erfordernis eines Legitimationszusammenhangs zwischen dem (deutschen) Parlament und dem Europäischen Stabilitätsmechanismus deutlich.[876] Bemerkenswert ist nachfolgend, dass das Gericht die Rückführbarkeit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse auf das Staatsvolk und die Verantwortung diesem gegenüber als nach Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Teil des Demokratieprinzips versteht.[877] Hier bezieht sich das Gericht zumindest in Ansätzen auf Erwägungen, die in früheren Urteilen Teil des Rechtsmaßstabs demokratischer Legitimation waren. Wegen der verhältnismäßig einfach zu rekonstruierenden Legitimationskette[878] bestand hier allerdings kein Bedarf einer weiteren Konkretisierung des Maßstabs.

---

873 *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (244).

874 *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (244); damit müsse sichergestellt werden, dass der demokratische Prozess offen bleibe, damit rechtliche Umwertungen zu späteren Zeitpunkte aufgrund geänderter Mehrheitsentscheidungen auch weiterhin möglich blieben, *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (247).

875 Nach Art. 4 Abs. 8 ESMV verliert ein Mitgliedstaat im Falle der Säumigkeit bei der Zahlung geforderter Kapitalanteile ipso iure bis zur Zahlung sämtliche Stimmrechte in allen Kollegialorganen des Europäischen Stabilitätsmechanismus, vgl. dazu *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (260 f.).

876 *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (264).

877 *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (272); bemerkenswert erscheint die Bezugnahme auf Art. 79 Abs. 3 GG an dieser Stelle, weil mit der Rückführbarkeit von Entscheidungen des Ratsvertreters auf das deutsche Staatsvolk kein unionsrechtlicher Legitimationszusammenhang betroffen ist, sondern die gesetzliche Bindung auf nationalem Recht beruht und somit unproblematisch an Art. 20 Abs. 2 GG gemessen werden kann.

878 Für den Finanzminister als deutschen Vertreter im Gouverneursrat ist diese leicht herzustellen; auch im Fall des Direktoriumsvertreters ist durch Vorschlags- und Entlassungsbefugnis diese nach herkömmlicher Dogmatik die Legitimationsvermittlung leicht nachvollziehbar.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

36. BVerfG: OMT-Vorlagebeschluss (2012)

Im ersten Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts an den EuGH legte es letzterem die Fragen der Vereinbarkeit des OMT-Beschlusses der Europäischen Zentralbank (EZB) mit den Unionsverträgen vor.[879] In den Gründen legt das Gericht ausführlich seine Rechtsprechungslinien zur Klagebefugnis aus Art. 38 Abs. 1 GG, der Ultra-vires-Konstellation und der absoluten Grenze durch Art. 79 Abs. 3 GG dar.[880] Insoweit werden die in den bisherigen Urteilen zur Europäischen Integration entwickelten Maßstäbe übernommen, aber nicht inhaltlich erweitert.[881] Zu einer Vorlage an den EuGH kommt das Gericht, weil es grundsätzlich die Verfassungsbeschwerden und Anträge im Organstreitverfahren als geeignet ansieht, wegen einer möglichen Verletzung des materiellen Wahlrechtsgehalts aus Art. 38 Abs. 1 GG die Bundesregierung und den Deutschen Bundestag zu verpflichten, gegen die Kompetenzverstöße vorzugehen.[882] Ausgehend hiervon erkennt das Gericht eine Verletzung der Kompetenzvorschriften des AEUV durch den OMT-Beschluss, weil dieser in die wirtschaftspolitische Kompetenz der Mitgliedstaaten falle.[883] Grundsätzlich hält das Gericht die im OMT-Beschluss enthaltenen Maßnahmen für unvereinbar mit den Europäischen

879 *BVerfG,* B. v. 14.01.2014, BVerfGE 134, 366.

880 *BVerfG,* B. v. 14.01.2014, BVerfGE 134, 366 (Rdnr. 16 ff.); vgl. auch zur inhaltlichen Reichweite der Rechtsprechung der Klagebefugnis und materiellen Prüfung aufgrund Art. 38 Abs. 1 GG *BVerfG,* B. v. 14.01.2014, BVerfGE 134, 366 (Rdnr. 51 ff.).

881 Vgl. hier insbesondere *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267; *BVerfG,* B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286; *BVerfG,* Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124; *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195.

882 *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (Rdnr. 34 ff.); hiergegen weist *Heun* darauf hin, dass in der Sache das Gericht sehr wohl von seinen eigenen Maßstäben abweiche, weil erstmals durch diese Art der Prüfung allgemeine, nicht näher spezifizierte Handlungspflichten eingeklagt werden sollen und diese Pflichten keineswegs konkretisiert würden: es sei schlicht nicht denkbar, was für eine konkrete Handlungspflicht resultieren könne; so werde der ohnehin kritikwürdige Prüfungsmaßstab des Art. 38 Abs. 1 GG noch einmal dahin erweitert, dass gegen alle möglichen Beeinträchtigungen – nicht notwendig durch Unionsrecht – von Befugnissen des Bundestags auf diesem prozessualen Wege vorgegangen werden könne, *Heun,* Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung – der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14.1.2014, JZ 2014, 331 (332).

883 *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (Rdnr. 55 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verträgen und legt sie dem EuGH mit dem Vorschlag einer unionsrechtskonformen Auslegung vor.[884]

Wenn auch die vom Gericht genannten Maßstäbe der vorherigen Rechtsprechung entsprochen haben mögen, so werfen die Richterin Lübbe-Wolff und der Richter Gerhard in ihren Sondervoten dem Gericht gerade vor, durch die Bejahung einer Maßstabsverletzung diese Maßstäbe weiter zu fassen, als durch die Maßstäbe eigentlich vertretbar wäre.[885]

37. BVerfG: Filmabgabe (2014)

Diese Verfassungsbeschwerden richteten sich gegen die Erhebung der Filmabgabe im ersten Halbjahr 2004 aufgrund § 66 FFG 2004[886]. In § 75 Abs. 1 FFG wurde dabei die Abgabepflicht zur Sonderabgabe auf die Videowirtschaft und die Fernsehveranstalter erstreckt. Bei der Filmförderungsanstalt handelt es sich um eine bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts, die zur wirtschaftlichen Förderung des deutschen Films gegründet wurde. Im Gesamtjahr 2004 wurden durch die Anstalt Fördermittel in Höhe von über 61 Millionen Euro aufgewendet.[887] Im Ausgangsrechtsstreit ging es dabei um die Rechtmäßigkeit von Abgabenbescheiden, die aufgrund dieses Gesetzes erlassen wurden. Bemerkenswert insoweit war die Tatsache, dass wegen der Verfassungswidrigkeit des Fehlens eines gesetzlichen Abgabemaßstabs 2010 mit § 67b FFG nachträglich ein gesetzlicher Abgabetatbestand geschaffen wurde.[888] Im Wesentlichen wurden

884 Daran anschließend wies *Heun*, Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung – der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14.1.2014, JZ 2014, 331 (336 f.) bereits vor der Entscheidung der EuGH auf die möglichen Entscheidungsszenarien und ihre Implikationen hin und sprach von einer Sackgasse, in die sich das Gericht manövriert habe.

885 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195: abweichende Meinung der Richterin Lübbe-Wolff, Rdnr. 13; abweichende Meinung des Richters Gerhard, Rdnr. 6 ff.

886 In der Fassung des am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Vierten Gesetzes zur Änderung des Filmförderungsgesetzes vom 22. Dezember 2003, BGBl. I S. 2771.

887 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 4 ff.).

888 Vgl. hierzu und zu den Ausgangsrechtsstreiten *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 27 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verstöße gegen die Gesetzgebungskompetenz des Bundes sowie gegen das Gebot der Abgabengleichheit gerügt.[889]

Explizit prüfte das Gericht neben den gerügten Verstößen auch das Vorliegen hinreichender demokratischer Legitimation der Abgabenerhebung und der mit der Abgabe finanzierten Aufgabenwahrnehmung der Filmförderungsanstalt.[890] Prüfungsmaßstab ist für das Gericht das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG.[891] Während sich die Herleitung des Rechtsprinzips auf die gesamte Rechtsprechungslinie stützt,[892] bezieht sich das Gericht hinsichtlich des Maßstabs ausschließlich auf die Urteile zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein und Vitos Haina und definiert den Maßstab allein in Abhängigkeit von der Grundrechtsberührung.[893] Eine Fortentwicklung des Maßstabs erfolgt insoweit, als aus der vom Gericht im Zusammenhang mit der funktionalen Selbstverwaltung für zulässig erachteten Möglichkeit abweichender Legitimationsformen durch „stärkeres Zurgeltungbringen der gleichfalls im Gedanken der Selbstverwaltung und damit im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundsätze der Selbstverwaltung und der Autonomie" eine Verallgemeinerung des Rechtsgedankens geschlossen wird:

> *„Auch außerhalb der funktionalen Selbstverwaltung können im Interesse sachgerechter, effektiver Aufgabenwahrnehmung begrenzte Abweichungen von der Regelanforderung uneingeschränkter personeller Legitimation zulässig sein (vgl. für den Fall der Beleihung BVerfGE 130, 76 <119 ff., 123 ff.>). Ob und inwieweit Lockerungen der Einbindung in den Zusammenhang einer durch Wahlen und Bestellungsakte vermittelten, auf das Gesamtvolk zurückgehenden personellen Legitimation mit dem Demokratieprinzip vereinbar sind, hängt auch davon ab, ob die institutionellen Vorkehrungen eine nicht Einzelinteressen gleichheitswidrig begünstigende, sondern gemeinwohl-*

889 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 39 ff.); vgl. dazu die Würdigung durch das Gericht in *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 99 ff.).

890 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 157 ff.).

891 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 157).

892 Hier nennt das Gericht in *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 157) die Rechtsprechung aus *BVerfG*, B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (40); *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (68 ff.); *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (123).

893 Insoweit findet sich bei *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 157) nur noch der Verweis auf *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (73); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

orientierte und von der Gleichachtung der Betroffenen geprägte Aufgabenwahrnehmung ermöglichen und gewährleisten (vgl. BVerfGE 107, 59 <93>; 130, 76 <123 ff.>). Wo der Gesetzgeber solche Lockerungen vorsieht, müssen zudem die Möglichkeiten parlamentarischer Beobachtung und Kontrolle der Aufgabenwahrnehmung unbeeinträchtigt bleiben (vgl. BVerfGE 130, 76 <123 f.>).“[894]

Bemerkenswert ist hier, dass der Senat erstmals die Konstellation, die der Entscheidung zur funktionalen Selbstverwaltung zugrunde lag, auf den gewöhnlichen Verwaltungsaufbau rücküberträgt. Während nach bisheriger Rechtsprechung die Sonderkonstellation der Beleihung im Zusammenhang mit der hierarchischen Verwaltung dadurch als möglich ansah, dass durch Überwachung des Beliehenen eine Kompensation personaler Legitimationsdefizite durch ein Mehr an materialer Legitimation erfolgt,[895] führt die hier angewandte Argumentation weg von den Legitimationsketten. Dies gelingt in der Begründung dadurch, dass das Gericht zwei Konstellationen, die in der bisherigen Rechtsprechung als zulässige Abweichungen vom verfassungsrechtlichen Gebot demokratischer Legitimation behandelt wurden (funktionale Selbstverwaltung und Delegation von Entscheidungsbefugnissen auf Beliehene), als gleichwertige bzw. gleichartige Ausnahmen ansieht, weil beide Fälle als „Lockerung“ des Legitimationszusammenhangs anzusehen seien. Das hier angedeutete Verständnis hat nicht mehr die kritische Frage zum Gegenstand, wie die Entscheidungsprozesse gestaltet sind und bei deren Entstehung die Legitimationskomponenten abgebildet werden, sondern ob ein demokratischer Zustand erreicht wird, der am Gemeinwohl orientiert ist und die Gleichachtung ermöglicht und gewährleistet. Damit entspricht dieses Modell nicht mehr einer input-Orientierung, sondern einer Ausrichtung auf eine output-Legitimation.[896]

Dieses geänderte Verständnis erschöpft sich im Rahmen des Urteils in der Maßstabsbildung. Im Übrigen entspricht die Vorgehensweise näm-

894 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 158); dieser Ausgangspunkt wird von *Kluth*, Der gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation (2015), S. 62 inzwischen als „Standardaussage“ des maßstabbildenden Teils verstanden.

895 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (125 ff.).

896 Vgl. zum output-Begriff *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 1, Rdnr. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich bekannten Mustern: Für die Beurteilung der Organisationsform hinsichtlich der Erforderlichkeit demokratischer Legitimation vergleicht das Gericht die Filmförderungsanstalt mit den im Lippeverband-Urteil diskutierten Formen funktionaler Selbstverwaltung und geht von einer Lockerung des Legitimationserfordernisses in personell-organisatorischer Hinsicht aus.[897] Im Rahmen der Subsumtion wird im Folgenden zunächst die personelle Rückkopplung geprüft, die insofern keine wesentlichen Probleme aufwirft, dass ohnehin eine Ernennung auf Vorschlag erfolgt und diese Form kollegialer Entscheidungsfindung schon seit langem geklärt scheint.[898] Wegen der verbleibenden Defizite in personell-organisatorischer Hinsicht differenziert das Gericht nach Art der Aufgabenbereiche und legt die verschiedenen Handlungsbereiche zugrunde. Bei Abgabeerhebung würde das wegen hoher Grundrechtsbedeutung erforderliche stärkere Legitimationsniveau durch stärkere Gesetzesbindung kompensiert, weil nach der Neuregelung der Gesetzesvollzug keine Spielräume einräume und in hohem Maße kontrollierbar sei.[899] Hingegen sei der Bereich der Filmfördertätigkeit sehr stark von Beurteilungen der zuständigen Gremien geprägt, soweit es um Entscheidungen der Vergabekommission geht.[900] Die Rechtfertigung sieht das Gericht hier durch eine Gemeinwohlorientierung des kollektiven Entscheidungsgremiums an, die durch die vom Gesetzgeber vorgesehene Zusammensetzung des Gremiums aus Vertretern verschiedener wirtschaftlicher und künstlerischer Interessen eine gemeinwohlwidrige Begünstigung von Sonderinteressen verhindere, sowie durch die Möglichkeit der Änderung im gesetzlichen Regelwerk an.[901] Maßstab für das Gericht war somit die Frage, ob die Entscheidungspraxis der Vergabekommission von Sonderinteressen verzerrt wird oder ob die dem (nicht

897 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 158); kritisch zur Vergleichbarkeit *Waldhoff*, Anmerkung zu BVerfG Filmförderung, JZ 2014, 407 (410 f.).

898 Vgl. beispielsweise zusammenfassend *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz (2000), S. 13 f.

899 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 164)

900 Hier sah das Gericht eine geringere Legitimationswirkung durch die Komponente personell-organisatorischer Legitimation, weil die Vergabekommission zumindest teilweise auf von Verbänden entsandten Vertretern zusammengesetzt ist, *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 169).

901 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 171); anders als noch zuvor bei der Prüfung der abgabenbezogenen Zuständigkeiten legt sich das Gericht jedoch nicht fest auf ein durch Grundrechtsbetroffenheit betroffenes erforderliches Legitimationsmaß fest.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verzerrten) Allgemeinwohl dient.[902] Mit dem letzten Punkt nimmt das Gericht im Ansatz seine oben genannten Überlegungen über die output-Legitimation als Rechtfertigung für Legitimationsdefizite auf, wobei allerdings auch durch die Berücksichtigung von externem fachlichen Sachverstand ein vergleichbares Ergebnis im bisherigen Modell erreicht werden kann.

38. StGH Bremen: Ausweitung des Wahlrechts auf Ausländer (2014)

Ähnlich wie schon im Jahr 1991[903] hatte sich der Bremer Staatsgerichtshof Anfang 2014 erneut mit der Zulässigkeit der Ausweitung des Wahlrechts auf Ausländer auseinanderzusetzen.[904] Zunächst erkannte das Gericht eine geänderte Sachlage seit seiner Entscheidung von 1991 an: Seit dieser Entscheidung sei Art. 28 Abs. 1 GG geändert worden und die Bundesrepublik habe sich gegenüber der Europäischen Union mit der Zustimmung zum Vertrag von Lissabon sehr viel weiter geöffnet.[905] Die Erstreckung des Wahlrechts auf Unionsbürger außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 28 Abs. 1 GG sieht es dabei als verfassungswidrig an: Zwar ergebe sich nicht wie im Grundgesetz oder in vielen anderen Landesverfassun-

---

902 *BVerfG,* Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 170); vgl. dazu *Waldhoff,* Anmerkung zu BVerfG Filmförderung, JZ 2014, 407 (411), der auf die inhaltliche Nähe des Maßstabs zum Facharztbeschluss (*BVerfG,* B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125) hinweist, vgl. oben bei III.C.2.

903 *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* E. v. 08.07.1991, StGHE BR 5, 36 = NVwZ-RR 1992, 149-152.

904 Das Gericht prüfte die Vereinbarkeit eines bereits in erster Lesung beschlossenen Gesetzesentwurfs, den die Bremische Bürgerschaft dem Staatsgerichtshof zur Prüfung vorlegte – die präventive Normenkontrolle nach Art. 140 Bremische Verfassung ermöglichte diese Vorabprüfung am Maßstab der Verfassung, weil eine hinreichend genau konkretisierte Formulierung bereits vorgelegen hatte, vgl. *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 30 ff.) = NordÖR 2014, 262-271.

905 Diese Einschätzung war insofern relevant, als die Frage einer unzulässigen Normwiederholung nach Verwerfung durch das Gericht im Jahr 1991 in Bezug auf die Wahlen zu Beiträten im Raum stand. Der Landtag hatte zuvor noch argumentiert, das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Lissabon-Entscheidung das Demokratieprinzip in einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem konstitutiven Prinzip personaler Freiheit gestellt und dadurch Ansatzpunkte für ein alternatives Verständnis des grundgesetzlichen Demokratieverständnisses geliefert; der StGH konnte dies aber dahinstehen lassen, *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 24) = NordÖR 2014, 262-271.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen aus dem Wortlaut (hier Art. 66 Abs. 1 Bremische Verfassung: „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus"), ob nur deutsche Staatsbürger zum Wahlvolk bzw. Legitimationssubjekt gehörten – wegen des Homogenitätsgebots des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG und der Auffassung des Staatsgerichtshofs, dass dieses auch inhaltsgleich Bestandteil der Bremischen Landesverfassung sei, dürfte der Begriff des Volks nur wie in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG verstanden werden.[906] Ausdrücklich stellt sich das Gericht auf den Standpunkt, es seien alternative Modelle der Definition des Staatsvolks denkbar, das Grundgesetz liefere jedoch – auch unter Berücksichtigung neuerer Grundgesetzänderungen und der Rechtsprechung – keinen Anhaltspunkt für ein geändertes Verständnis.[907] Insbesondere ergebe sich aus der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nichts Gegenteiliges.[908] Im Ergebnis könne ein Wahlrecht für dauerhaft im Land lebende Unionsbürger nur über zwei Wege erreicht werden: entweder durch Verleihung der Staatsangehörigkeit für Betroffene, worauf auch das Bundesverfassungsgericht stets hingewiesen habe, oder durch eine entsprechende Änderung des Grundgesetzes. Hier wird jedoch ausdrücklich offengelassen, ob eine solche grundgesetzliche Modifizierung vor Art. 79 Abs. 3 GG Bestand haben könne. Nachdrücklich stellt das Gericht fest, dass diese verfassungsrechtlich vorgegebenen Wege nicht durch Verfassungsinterpretation ersetzt werden könnten.[909] Auch die im Gesetzesentwurf enthaltene Ausweitung des aktiven und passiven Wahlrechts zu den Beiräten auf Drittstaatsangehörige sah das Gericht als Verstoß gegen

906 *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 45 ff.) = NordÖR 2014, 262-271 unter Bezugnahme auf *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (51) und *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* E. v. 08.07.1991, StGHE BR 5, 36 (47 ff.) = NVwZ-RR 1992, 149-152.

907 Damit könne auch explizit dahinstehen, ob die in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Menschenwürde zur Herstellung einer Kongruenz zwischen Wahlvolk und Betroffenen herzustellen sei, weil nach der für zulässig erachteten Konstruktion des Grundgesetzes die Staatsangehörigkeit das richtige Instrumentarium bereithalte, diese Kongruenz auch herbeizuführen, *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 51 ff.) = NordÖR 2014, 262-271.

908 *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 60 ff.) = NordÖR 2014, 262-271 unter Bezugnahme auf *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (340 ff.); das BVerfG gehe gerade davon aus, dass Art. 38 Abs. 1 GG die dort geprüften Rechte nur deutschen Staatsbürgern zugestehe, nur den Staatsbürgern stehe auch der gleiche Anteil an der Ausübung von Staatsgewalt zu.

909 *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 64 ff.) = NordÖR 2014, 262-271.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 66 Abs. 1 Bremische Verfassung an, den es wegen des grundgesetzlichen Homogenitätsgebots genau wie die Vorgabe in Art. 20 Abs. 2 GG versteht.[910] Die Beiräte übten nach seiner Auffassung Staatsgewalt aus, weil sie sich nicht auf bloße konsultative Tätigkeiten beschränkten. Hier wird der gleiche Maßstab wie in den frühen Legitimationsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen, die auch in der Begründung zitiert werden.[911] Der Maßstab der Legitimationserfordernisses wird nicht explizit benannt, ergibt sich aber aus der Prüfung des Gerichts: Der Mangel an personeller Legitimation könne nur durch ein Mehr an materieller Legitimation kompensiert werden – diese sei jedoch nicht besonders stark ausgeprägt, weil sich die Aufgaben der Beiräte nicht auf kontrollierbaren Gesetzesvollzug beschränkten, sondern wegen der „Fülle von Entscheidungs- und Mitentscheidungskompetenzen" einen hohen gestalterischen und politischen Anteil hätten.[912]

Deutlich wird die Bedeutung der Entscheidung des Staatsgerichtshofs in Abgrenzung zur abweichenden Meinung der Richterin *Sacksofski*, die hinsichtlich der Anwendbarkeit der Homogenitätsklausel zustimmt, die von der Gerichtsmehrheit erkannte inhaltliche Strenge des Art. 28 Abs. 1 GG, aber auch die materiellen Maßstäbe aus der früheren Judikatur nicht teilt.[913] Spätestens mit der Einfügung von Satz 3 zu Art. 28 Abs. 1 GG habe der verfassungsändernde Gesetzgeber klar gemacht, dass die Prämissen der vorherigen Entscheidungen nicht mehr aufrecht erhalten blieben: der neue Satz 3 dürfe nicht als Ausnahme, sondern müsse wegen der gebotenen Berücksichtigung des objektivierten Willens des Gesetzgebers als

910 Wegen der Änderung des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG war es aber zuvor schon Unionsbürgern möglich, an den Wahlen zu den Beiräten teilzunehmen, vgl. auch im Übrigen *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 68 ff.) = NordÖR 2014, 262-271.

911 Hier verweist *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 71) = NordÖR 2014, 262-271 auf *BVerfG*, B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (273); *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (73 f.); *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, E. v. 08.07.1991, StGHE BR 5, 36 (49) = NVwZ-RR 1992, 149-152.

912 *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 73) = NordÖR 2014, 262-271 mit Verweis auf den Maßstab für die Legitimation auf *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (74).

913 Abweichende Meinung der Richterin *Sacksofski*, *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 77 ff.) = NordÖR 2014, 262-271.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

typprägende Modifikation angesehen werden.[914] Danach hindere Art. 28 Abs. 1 GG die Länder nicht an einer entsprechenden Ausgestaltung des Wahlrechts unter Ausweitung auf Nicht-Staatsangehörige, die ohnehin wegen der Verankerung des Teilhabeanspruchs in der Würde des Menschen geboten sei.[915] Die abweichende Meinung kommt damit hinsichtlich des Aspektes des gewandelten Verständnisses der Legitimationsgrundsätze aus Art. 20 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 GG der Argumentation der Bürgerschaft recht nah. Umso deutlicher erscheint die Entscheidung des Gerichts in dieser Hinsicht, weil zum einen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Ausländerwahlrechten vom Staatsgerichtshof bestätigt und als abschließend erachtet wird: Die in späteren Urteilen des Bundesverfassungsgerichts anklingenden Möglichkeiten eines gelockerten Verständnisses insbesondere im Hinblick auf (funktionale) Selbstverwaltung werden nicht einmal diskutiert. Insofern werden hier diese Lockerungen nicht als typprägend für das Gebot demokratischer Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG herangezogen. Zumindest scheint der Staatsgerichtshof mit dieser Auffassung sehr viel näher an der Position des Bundesverfassungsgerichts von 1990 zu liegen, als es bei diesem zwischenzeitig selbst mittlerweile erkennbar ist.

39. BVerfG: ESM-Vertrag/Fiskalpakt (2014)

Im Hauptsacheverfahren zum ESM-Vertrag und SKS-Abkommen vertiefte das Bundesverfassungsgericht nach der anderthalb Jahre zuvor ergangenen Entscheidung über die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung[916] die Ausführungen zu den Währungsstabilisierungsmaßnahmen.[917] Hinsichtlich der gerügten Entleerung des Wahlrechts sieht das Gericht im Einklang mit der früheren Rechtsprechung die Möglichkeit der Verletzung von

914 *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 85 ff.) = NordÖR 2014, 262-271.

915 Insoweit wird allerdings trotz Bezugnahme auf *BVerfG,* Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (341) ausdrücklich offengelassen, ob dieser Anspruch allein philosophisch begründet sei oder auch rechtliche Wirkung habe, *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen,* Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 (Rdnr. 94 f.) = NordÖR 2014, 262-271.

916 *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195, siehe dazu oben bei III.C.33.

917 *BVerfG,* Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 38 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 79 Abs. 3 GG als ausreichend an.[918] Hingegen konkretisiert das Gericht deren Reichweite erstmals:

> *„Einen „Anspruch auf Demokratie" vermittelt Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG jenseits von Ultra-vires-Konstellationen (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 – 2 BvR 2728/13 u.a. -, juris, Rn. 53) nur insoweit, als durch einen Vorgang demokratische Grundsätze berührt werden, die Art. 79 Abs. 3 GG auch dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht […]."*[919]

Im Folgenden rechnet das Gericht dann auch die Zuständigkeitsverteilung im Bundestag zu dem nicht rügefähigen Kern des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, weil andernfalls der „Ausnahmecharakter der auf Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gestützten Verfassungsbeschwerde" verkannt würde.[920] In der materiellen Prüfung legt das Gericht wie in den vorherigen Entscheidungen[921] die Grenze der Einhaltung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung zugrunde.[922] Bemerkenswert sind die Ausführungen des Gerichts zur Notwendigkeit demokratischer Legitimation.[923] Insoweit fasst es nämlich zusammen:

> *„Auch unter dem Gesichtspunkt der von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG geforderten demokratischen Legitimation der Tätigkeit des Europäischen Stabilitätsmechanismus gibt es gegen die Ausgestaltung der Vertretung Deutschlands in den Organen des Europäischen Stabilitätsmechanismus nichts zu erinnern."*[924]

Dabei nähert sich der Senat in der Begründung an die Lissabon-Rechtsprechung an, die von einer nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG grundsätzlich

---

918 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 122) unter Bezugnahme auf *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (234) und *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (167 ff.).

919 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 125).

920 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 128).

921 Vgl. insoweit *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (177); *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (239).

922 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 161 ff.); in der Sache wurde dabei vom Gericht lediglich die Möglichkeit kritisch gesehen, Anteile am Stammkapital des ESM zu einem vom Nennwert abweichenden Kurs auszugeben; aus diesem Grund müsse eine vorherige Unterrichtung und Beratung des Bundestags erfolgen, bevor Deutschland einer solchen Maßnahme zustimmen dürfte.

923 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 233 ff.).

924 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 233).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erforderlichen demokratischen Legitimation ausgeht.[925] Hier wird jedoch erstmals nicht ein allgemeiner theoretisch geprägter Demokratiemaßstab zugrunde gelegt, sondern jenseits des grundgesetzlichen Anwendungsbereichs die Möglichkeit der Berücksichtigung des rechtsdogmatischen Maßstabs demokratischer Legitimation angedeutet. Gleichwohl entspricht die Zusammenfassung des im ersten Satzteil („geforderten demokratischen Legitimation der Tätigkeit des ESM") genannten Maßstabs nicht dem tatsächlich angewandten Prüfungsmaßstab. Im Folgenden beschränkt sich das Gericht nämlich auf die Einwirkungsmöglichkeiten auf den ESM insoweit, als bei der Tätigkeit der Vertreter Deutschlands in den Organen des ESM deren Handeln demokratisch legitimiert sein müsse.[926] Dies steht im Widerspruch zum Obersatz, weil durch Art. 20 Abs. 2 GG gerade – schon mangels Anwendbarkeit der Bestimmung – keine demokratische Legitimation der Tätigkeit des ESM gefordert wird, sondern ausschließlich die demokratische Legitimation deutscher Amtsträger bei der Ausübung von Hoheitsgewalt (zu der die Mitwirkung der deutschen Vertreter in den ESM-Organen gehört). In der Sache legt das Gericht auch den bekannten dogmatischen Maßstab für innerstaatliches Handeln zugrunde.[927] Mit Verweis auf das Mitbestimmungsurteil und das Urteil „Vitos Haina" festigt es dabei die Auffassung, das Legitimationsniveau sei aus dem Grad der Berührung von Grundrechten abzuleiten.[928] In der Subsumtion wird deutlich, dass allein die Rückkopplung der Entscheidungen deutscher Vertreter im Gouverneursrat und im Direktorium des ESM an Art. 20 Abs. 2 GG gemessen werden. In personell-organisatorischer Hinsicht äußerte das Gericht wegen der kurzen Legitimationsketten keine Bedenken: Die sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente sah es als ausreichend an, weil durch Weisungsmöglichkeiten durch Beschlüsse des Bundestags die inhaltliche Steuerung gegeben sei und durch die völkerrechtlich verbindliche

925 So beispielsweise *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (340 ff.).

926 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 237 ff.).

927 In den Gründen wird hier auf die Urteile *BVerfG*, B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (40); *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (71 f.); *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (182); *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66); *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87) und *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (123) verwiesen. Hier wird deutlich, dass von den Urteilen anlässlich Europäischer Verträge ausschließlich das Maastricht-Urteil zitiert wird und gerade nicht die sonstigen betreffend den Lissabon-Vertrag oder Maßnahmen zur Euro-Rettung.

928 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 235) mit Verweis auf *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (73); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auslegung der Regelungen über die Schweigepflicht eine Information des Parlaments ausreichend gesichert war[929].[930] Anders als in anderen EU-bezogenen Urteilen wendet das Gericht hier somit einzig den rechtsdogmatischen Maßstab demokratischer Legitimation des Art. 20 (Abs. 1 und) Abs. 2 GG an und prüft allein innerstaatliche Maßnahmen an diesem Grundsatz. Aus diesem Grund bedarf es auch keines Rückgriffs auf Art. 79 Abs. 3 GG, der ansonsten die Anwendbarkeit des Grundsatzes demokratischer Legitimation auf die EU erweitern soll. Das Nebeneinander dieser Maßstäbe wird dann im Folgenden deutlich, wenn das Gericht anschließend an die Prüfung des Art. 20 Abs. 2 GG eine Vereinbarkeit des Gesetzes zum SKS-Vertrag[931] mit Art. 38 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG prüft und sich hier auf den Prüfungsmaßstab bezieht,[932] den das Gericht in der Entscheidung über eine einstweilige Anordnung gegen den ESM-Vertrag entwickelt hat.

40. BVerfG: Weinabgabe (2014)

Im Beschluss vom 6. Mai 2014[933] hatte sich der Zweite Senat mit einer der Filmabgabe-Entscheidung[934] sehr ähnlichen Konstellation bezüglich der Weinabgabe und der Abgabe für gebietliche Absatzförderung zu beschäftigen. Diese Abgabepflicht betraf Weinerzeuger und Abfüller und war an den Deutschen Weinfonds zu entrichten, der unter Aufsicht des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz un-

929 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 240 ff.).

930 Anzumerken ist hier, dass das Gericht seinen eigenen genannten Maßstab insoweit gar nicht zugrunde legt: Statt das erforderliche Maß demokratischer Legitimation aufgrund der Intensität des Grundrechtsbezugs zu bestimmen und daran die Legitimationskomponenten zu messen, wählt das Gericht den umgekehrten Ansatz. Zunächst werden die einzelnen Legitimationskomponenten betrachtet und erst beim Zurückbleiben hinter einem angenommenen Niveau wird eine Rechtfertigung geprüft. Diese Vorgehensweise entspricht jedoch weniger dem grundrechtsdeterminierten Legitimationsniveau, sondern dem Modell rechtfertigungsbedürftiger Ausnahmen vom „Normalfall" der ministerialgesteuerten bürokratischen Verwaltung.

931 Gesetz zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKS-Vertrag).

932 Vgl. den Bezug auf *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (278 ff.) in *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 243 f.).

933 *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194.

934 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (dazu oben III.C.37).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

terstand und aus den Organen Vorstand, Aufsichtsrat und Verwaltungsrat bestand. Letzterer setzt sich nach § 43 WeinG aus 44 Personen als Interessenvertretern zusammen, die vom Bundesministerium nach Anhörung der entsendenden Institution berufen und abberufen werden.

Bei der Prüfung der Einhaltung des „Demokratieprinzips“[935] zieht das Gericht seine Rechtsprechung zur demokratischen Legitimation heran.[936] Für die Bestimmung des erforderlichen Legitimationsniveaus wird ausschließlich auf die Entscheidungen zur Mitbestimmung, zum privatisierten Maßregelvollzug und zur Filmförderung Bezug genommen und der Maßstab in Abhängigkeit von der Art der zu legitimierenden Entscheidungsfähigkeit, also insbesondere von der Intensität der damit verbundenen Grundrechtseingriffe beurteilt.[937] Bemerkenswert sind hier die Überlegungen zu möglichen Abweichungen der Rückführbarkeit von Entscheidungen auf das Gesamtvolk. Das Gericht wiederholt dabei im Wesentlichen seine Argumentation hinsichtlich zulässiger Abweichungen von der Regelanforderung uneingeschränkter personeller Legitimation.[938] Während die Schlussfolgerung im exakten Wortlaut wiedergegeben wird, unterscheiden sich allerdings die als Begründung herangezogenen zitierten Urteile. Während sich das Gericht im Filmförderungsurteil auf die Entscheidungen zur funktionalen Selbstverwaltung und zur Beleihung bezogen hatte,[939] führt es für den exakt gleichen Wortlaut und an jeweils gleicher Stelle statt dieser Urteile allein das Filmförderungsurteil an.[940]

Deutlich wird die inhaltliche Neuausrichtung des Maßstabs bei seiner Anwendung in der Prüfung der Zulässigkeit der Weinabgabe. Das Ge-

---

935 *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 167).

936 *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 168) verweist für die grundsätzlich notwendige Rückführbarkeit von amtlichen Handeln mit Entscheidungscharakter auf die Rechtsprechung *BVerfG*, B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (40); *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (71 f.); *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66); *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (123).

937 Vgl. dabei die Bezugnahme auf *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (72 f.); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124); *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 157) in *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 168).

938 Vgl. die oben bei III.C.37 im Wortlaut zitierte Passage.

939 Vgl. insoweit die Verweise in *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 158) auf *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (123 ff.).

940 Vgl. die Verweise in *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 169) auf *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 158).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richt sieht dabei die Mitglieder des Verwaltungsrates als legitimiert[941] und des Aufsichtsrates „mit gewissen Einschränkungen [als] personell demokratisch legitimiert" an, ebenso die Vorstandsmitglieder.[942] Die Einschränkung der personellen Legitimation sieht das Gericht darin, dass die Legitimationskette Akteure beinhalte, deren Status von einem typischen Amtsträger abweiche.[943] Erst recht verwundert dann der Umgang mit dieser abweichenden Gestaltung, geht das Gericht doch von einer „unschädlichen Abweichung" aus:[944] Während diese Formulierung allein ein Ergebnis einer Rechtfertigungsprüfung nahelegt, deuten Argumentation und Nachweise darauf hin, dass sich aus der Rechtsprechung zur Mitbestimmung, zu den Wasserverbänden und zur Filmförderung nicht eine Abweichungsbefugnis von einem Regelmodell ergibt, sondern eine Lockerungs- und Abweichungsbefugnis des Gesetzgebers. Die Abgabenerhebung sei zwar in nicht unerheblichem Maße grundrechtserheblich, aber durch ein hohes Maß an (nachträglicher) Kontrollierbarkeit gekennzeichnet und damit ausreichend legitimiert. Hingegen sei die Bewirtschaftung des Abgabenaufkommens zur Erfüllung der Aufgaben nach § 37 Abs. 1 WeinG nicht detailliert vorgeprägt, es könnten aber wegen der geringen Grundrechtsbetroffenheit Abgabepflichtiger oder Drittbetroffener keine beson-

941 Dabei ist es nach Auffassung des Gerichts ausreichend für die Vermittlung personeller Legitimation, dass der zuständige Bundesminister eine Auswahl aus einer Vorschlagsliste treffen kann. Dabei setze diese Form der Vermittlung formeller demokratischer Legitimation nicht voraus, dass die Kreise ein bindendes Vorschlagsrecht hätten, *BVerfG,* B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 171); dies verwundert insofern, als personelle Legitimation im Sinne grundgesetzlicher demokratischer Legitimation keinesfalls von der entsendenden Stelle vermittelt werden kann, sondern einzig durch die Ernennung. Die zur Begründung herangezogene Rechtsprechung (BVerfGE 26, 186 (194 ff.) belegt diese Aussage im Übrigen nicht, sondern befasst sich anlässlich der Einführung von Ehrengerichten für die Anwaltschaft mit Art. 12 GG und der Frage, inwieweit Entsendungsvorschläge so ausgestaltet werden dürfen, dass keine Auswahlmöglichkeit mehr besteht.

942 *BVerfG,* B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 172 f.); die Einschränkungen sieht der Senat darin, dass zwar alle Mitglieder des Verwaltungsrats durch den Bundesminister ernannt werden, diese aber nur in Interessengruppen die Aufsichtsratsmitglieder wählen und nicht in allgemeiner Wahl.

943 *BVerfG,* B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 174) unter Berufung auf die nicht einschlägigen *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (67 f.); *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (88).

944 Als Nachweis hierfür wird ausschließlich *BVerfG,* Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 164) genannt.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ders hohen Anforderungen gestellt werden.[945] Im Rahmen der Prüfung der Durchführungsgesellschaften, insbesondere der Werbeaktivitäten, geht das Gericht von Tätigkeiten aus, die nicht bis ins Detail amtliches Handeln mit Entscheidungscharakter darstellten. Durch die Gewährleistungsverantwortung seien die demokratischen legitimierten staatlichen Organe nicht gehindert, ihrer Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden, weshalb dies verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden könne.[946]

Im Ergebnis zeigt sich, dass das Gericht aufbauend auf seinen Entscheidungsgründen im Urteil zur Filmförderung eine deutliche Lockerung des strengen dogmatischen Legitimationsmodells vornimmt. Zum einen wird ohne besonderen Hinweis die Existenz einer Unerheblichkeitsschwelle angenommen, die bisher überwiegend abgelehnt wurde.[947] Darüber hinaus geht das Gericht zum anderen davon aus, dass von ihm die zuvor angenommenen Ausnahmen[948] verallgemeinerungsfähig sind. Zusammen mit dem mittlerweile feststehenden Maßstab der Legitimation, der sich in Abhängigkeit von der Bedeutung der Entscheidung, insbesondere vom Grundrechtsbezug bestimmen soll, scheint der Wesenskern der in den Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht entwickelten Linie endgültig aufgegeben worden zu sein.

41. BVerfG: Frage- und Informationsrechte des Bundestags (I, II)

a) Kriegswaffenexportkontrolle (2014)

Im Urteil über das Organstreitverfahren einiger Bundestagsabgeordneter gegen die Bundesregierung wegen nicht beantworteter dringlicher parlamentarischer Anfragen bezüglich erteilter Vorgenehmigungen für Rüstungsexporte[949] zog das Gericht als Prüfungsmaßstab Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG heran. Die Kontrollfunktion des Bundestages über die Bundesregierung würdigte es dabei zugleich als Ausfluss der aus dem Demokratieprinzip folgenden Verantwortlichkeit

945 *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 174).
946 *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 176 f.).
947 Vgl. insoweit die Literaturmeinungen zum Bagatellvorbehalt oben bei Kap. III.A.1.b).
948 Insbesondere die in *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 und *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 entwickelten.
949 *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Regierung gegenüber dem Parlament.[950] Für die Konkretisierung dieses Prinzips führt das Gericht die Rechtsprechungslinie zum rechtsdogmatischen Legitimationsmaßstab an,[951] die erfordere, dass ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht werden müsse.[952] Eine Geheimhaltung könne dabei die parlamentarischen Kontrollmöglichkeiten beschränken und deshalb den erforderlichen demokratischen Legitimationszusammenhang beeinträchtigen oder unterbrechen.[953] Ein erforderliches Maß an Legitimation wird hingegen in der Begründung nicht näher konkretisiert. Durch den Verweis auf die gewaltenteilungsbedingte Notwendigkeit eines Bereiches exekutiver Eigenverantwortung[954] erkennt das Gericht eine notwendige Abstufung an, die wohl der Sache nach der sonst diskutierten funktionellen demokratischen Legitimation entspricht. Ausgehend von der grundgesetzlichen Zuständigkeit der Bundesregierung nach Art. 26 Abs. 2 Satz 1 GG handle es sich um eine Zuweisung an die Regierung, die auch nicht durch einen allgemeinen Parlamentsvorbehalt unterlaufen werden könne; gleichwohl folge aus der Zuständigkeitszuweisung noch kein Ausschluss demokratischer Kontrolle durch das Parlament. Insoweit stellt das Gericht fest:

> *„Unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns tritt die parlamentarische Kontrolle an die Stelle der in dem Bereich ausschließlicher Zuständigkeit der Regierung fehlenden sachlich-inhaltlichen Mitwirkungsrechte des Parlaments."*[955]

Somit schaffe Art. 26 Abs. 2 Satz 1 GG allein keinen Raum gubernativen Entscheidens, der der parlamentarischen Kontrolle grundsätzlich entzogen

---

950 *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 132).

951 Insoweit verweist *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 132) auf *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72); *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (123).

952 Diesbezüglich wird neben den eben genannten noch auf *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87) verwiesen.

953 *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 133) verweist diesbezüglich auf *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (128); diese Schlussfolgerung ergibt sich jedoch aus letztgenanntem Urteil nur indirekt, weil in der zitierten Subsumtion zum einen nur festgestellt wurde, dass der dortige Legitimationszusammenhang nicht durch (vertraglich ausgestaltete) Formen der Geheimhaltung beschränkt wurde, zum anderen dort ein anderer, der Verwaltung untergeordneter Bereich der Ausübung von Hoheitsrechten betroffen war.

954 *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 136 f.).

955 *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 141).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wäre.[956] An dieser Stelle wird deutlich, dass – auch wenn das Gericht nicht explizit einen Legitimationsmaßstab entwickelt und benennt – in der Sache gerade doch von der Notwendigkeit einer sachlich-inhaltlichen Legitimationskomponente ausgeht. Insoweit stellt sich die Frage, ob das Gericht nicht doch einen allgemeinen Parlamentsvorbehalt voraussetzt, hier in einer Art Befassungsvorbehalt. Im Rahmen der Subsumtion wird daran anschließend eine Abwägung zwischen den aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG hergeleiteten Fragerechten der Abgeordneten und den berechtigten Geschäftsinteressen der beteiligten Rüstungsunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG vorgenommen.[957] Eine Subsumtion unter den im Maßstabsteil entwickelten bzw. wiederholten Rechtmaßstab demokratischer Legitimation aus Art. 20 Abs. 2 GG findet jedoch nicht explizit statt. Diese Bestimmung wird im zweiten Teil nur zur Begründung des Fragerechts der Abgeordneten in Verbindung mit der Bestimmung des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG herangezogen.

Wie das Gericht die Zulässigkeit der Delegation der Entscheidung der Bundesregierung (Art. 26 Abs. 2 Satz 1 GG) an das Gremium „Bundessicherheitsrat" beurteilt, wird in diesem Zusammenhang offengelassen, weil sich hierdurch keine außenwirksamen Konsequenzen ergäben.[958] Wie sich der erforderliche Maßstab demokratischer Legitimation nun darstellt, lässt sich wohl nur in einer Zusammenschau der Gründe erschließen. Dabei muss zum einen die grundgesetzliche Zuweisung der Entscheidung über Rüstungsexporte an die Regierung aus Art. 26 Abs. 2 Satz 1 GG berücksichtigt werden, die zugleich nach Auffassung des Gerichts demokratisch nicht

956 Ebenda.

957 *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 188 ff.).

958 *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 148); diese Art der Delegation der Entscheidung über eine Genehmigung an den Bundessicherheitsrat ist jedenfalls deshalb nicht streitentscheidend, weil das Gericht die Entscheidung gemäß Art. 26 Abs. 2 Satz 1 GG unter dem Aspekt der Gewaltenteilung prüft und die gewählte Form nicht den Bereich exekutiver Gewalt verlässt. Bemerkenswert ist an dieser Stelle das gerichtliche *obiter dictum*, dass die Bundesregierung den Bundessicherheitsrat durch Beschluss eingerichtet habe und deshalb auch dieses Gremium jederzeit durch entsprechenden Beschluss aufgelöst werden könne oder die Regierung einzelne Beschlüsse an sich ziehen könnte. Dies wäre jedenfalls bei einer Delegation an Dritte unproblematisch möglich; bedenklich erscheint diese Überlegung jedoch vor dem Hintergrund, dass eine teilweise Personenidentität besteht, weil alle stimmberechtigten Bundessicherheitsratsmitglieder zugleich Mitglieder der Bundesregierung sind. Berücksichtigt man darüber hinaus noch die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers, der zugleich Bundessicherheitsratsmitglied ist, dürfte eine Rückholbarkeit nahezu ausgeschlossen sein.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

allein durch die Bundesregierung zu verantworten ist, sondern ein Teil der Legitimationsleistung durch die Kontrolle durch das Parlament als Komponente sachlich-inhaltlicher Legitimation verantwortet werden muss.

Dass hier trotz begrifflicher Nähe nicht der zuvor entwickelte Maßstab demokratischer Verwaltungslegitimation, sondern ein grundlegenderer Demokratiemaßstab zugrunde gelegt wird, zeigt sich dabei am grundlegenden Anknüpfungspunkt: nicht die Legitimation einer einzelnen Entscheidung soll rekonstruiert, sondern grundlegende Fragen der Gewaltenteilung geklärt werden. Damit handelt es sich jedenfalls um völlig unterschiedliche Gegenstandsbereiche.

b) Unterstützungseinsätze der Bundespolizei (2015)

Kurze Zeit später befasste sich das Gericht anlässlich parlamentarischer Anfragen zu Unterstützungseinsätzen der Bundespolizei nach Art. 35 Abs. 2 Satz 1 GG erneut mit dem Umfang der Frage- und Informationsrechte des Deutschen Bundestages.[959] Prüfungsmaßstab war hier abermals Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, weil das Recht der Abgeordneten zu einer Fragestellung mit einer Pflicht der Regierung korrespondiere, diese zu beantworten.[960] Für die Reichweite zieht das Gericht die durch die Gewaltenteilung bedingte Kontrollfunktion des Parlaments heran, die zugleich als Ausdruck der aus dem Demokratieprinzip folgenden Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament angesehen wird.[961] Wie schon im vorangehenden Urteil befasst sich das Gericht mit dem Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft aus Art. 20 Abs. 2 GG, der einen hinreichenden Gehalt an demokratischer Legitimation und somit ein bestimmtes Legitimationsniveau fordere.[962] Hinsichtlich des Legitimationsmodells

959 *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194.
960 *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (Rdnr. 103).
961 *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (Rdnr. 105).
962 *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (Rdnr. 106); neben den bekannten Verweisen auf *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72); *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (67); *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124) zitiert das Gericht erstmals in diesem Zusammenhang auch *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 132); letzteres wird auch neben *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (67 f.); *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87 f.); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124) auch dafür herangezogen, dass (grundsätz-

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erfolgen später erstmals Konkretisierungen zur Legitimation im föderalen Aufbau und zur Art sachlich-inhaltlicher Legitimationsvermittlung: im Falle der Zuständigkeit eines Landes[963] werde die demokratische Legitimation durch die Verantwortlichkeit der Landesregierung gegenüber dem Landesparlament hergestellt. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Kontrollrechte in Anspruch genommen würden, sondern einzig darauf, ob die Möglichkeit parlamentarischer Kontrolle bestehe.[964]

Auch hier wird ein Maßstab für die Einhaltung demokratischer Legitimation nicht explizit benannt. Durch die Schlussfolgerung, dass im Fall des Handelns nicht durch unmittelbare Volkswahl legitimierte Amtsträger handelten (also dem verfassungsrechtlichen Normalfall) nur das vom Volk gewählte Parlament Legitimation vermitteln könne,[965] scheint jedenfalls ein allgemeiner Legitimationsvorsprung des Bundestags gegenüber der Bundesregierung vorausgesetzt zu werden.[966] Anders als im Fall der Anfragen zu den Kriegswaffenexporten konnte die Beurteilung anhand dieses Maßstabs jedoch offen bleiben, weil durch die fehlende Sachkompetenz des Bundes ohnehin die Legitimationsketten nicht zum Bundestag zurückgeführt werden konnten.

42. Winfried Kluth (2015)

In seinem Gutachten von 2015 zur Verfassungsmäßigkeit der Einrichtung des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) nach § 91 SGB V, das zu-

---

lich) sachlich-inhaltliche Legitimation durch Gesetzesbindung und Aufträge und Weisungen der Regierung vermittelt wird, diese aber wiederum die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament bedinge.

963 In diesem Fall bedingt durch die originäre sicherheitsrechtliche Länderkompetenz, die auch durch Inanspruchnahme der Bundespolizei im Wege der Amtshilfe ihren Charakter nicht verliert.

964 Hier ohne Verweis auf frühere Rechtsprechung *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (Rdnr. 115).

965 *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (Rdnr. 106).

966 Diese Konsequenz würde sich jedoch in Widerspruch zur Form funktionaler und institutioneller demokratischer Legitimation stellen; dass bedingt durch die Gewaltenteilung und das durch das Grundgesetz vorgesehene Organgefüge gerade nicht von einem Legitimationsvorsprung ausgegangen werden könne, zeigt *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gleich als selbständige Schrift veröffentlicht wurde[967] setzt sich *Winfried Kluth* umfangreich mit der Frage der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses auseinander. Den Maßstab für die von Verfassung wegen einzuhaltende demokratische Legitimation aus Art. 20 Abs. 2 GG leitet er dabei auch aus der Entscheidungsargumentation des Bundesverfassungsgerichts zu den Wasserverbänden[968] ab: Die vom Regelfall abweichenden verfassungsrechtlichen Konstruktionen müssten einen „überschaubaren Aufgabenbereich" betreffen, dieser Sachbereich müsste sich in Bezug auf die Organisationsform Selbstverwaltung bewährt haben und es dürfte keine zwingende Zuweisung einer solchen Entscheidung an die unmittelbare Staatsverwaltung vorgesehen sein.[969] Dieses Ergebnis und der darin enthaltene Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers werde durch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Filmförderung und Weinabgabe[970] bestätigt, weil dort von noch deutlich stärkeren Kompensationsmöglichkeiten ausgegangen worden sei. Zumindest außerhalb der funktionalen Selbstverwaltung könne somit eine größere Lockerung hinsichtlich der persönlichen Rückkopplung aller Mitwirkenden in Verwaltungsräten ausgegangen werden, wenn durch stärkere Rechtsaufsicht und gerichtliche Kontrolle für einen angemessenen Ausgleich gesorgt werde.[971] Für den konkreten Fall der Sozialverbände sei zudem noch relevant, dass es Fallkonstellationen unabhängiger Einrichtungen gebe, die nach dem Maßstab des Art. 20 Abs. 2 GG möglicherweise nicht als hinreichend demokratisch legitimiert anzusehen seien, sie jedoch durch die

967 *Kluth*, Der gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation (2015), S. 61 ff.

968 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (93).

969 *Kluth*, Der gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation (2015), S. 72 ff.

970 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (vgl. dazu Kapitel III.C.37) und *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (vgl. dazu Kapitel III.C.40).

971 Auffällig sei, dass in der zitierten Rechtsprechung nicht vollständig vom Erfordernis persönlicher Rückkopplung abgerückt würde, sondern die genannten Entscheidungen jeweils nur einen kleinen Teil der stimmberechtigten Mitglieder betroffen hätte, *Kluth*, Der gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation (2015), S. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Übernahme der Konstruktion aus Weimarer Zeit als historisch gewachsen und damit verfassungsrechtlich akzeptiert werden müssten.[972]

Bereits aus der Zielsetzung dieser Untersuchung (als Gutachten zum Nachweis der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Gemeinsamen Bundesausschusses und damit einer Aussage zum geltenden Recht) ergibt sich, dass ein normativ-dogmatischer Maßstab für die Beurteilung demokratischer Legitimation zugrunde gelegt wurde. Für ein laufendes gerichtliches Verfahren sollten damit Anhaltspunkte erarbeitet werden, die für eine Bewertung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einrichtung des Gemeinsamen Bundesausschusses als oberstes Beschlussgremium der gemeinsamen Selbstverwaltung der Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Krankenhäuser und Krankenkassen herangezogen werden sollen. Insofern mag es enttäuschen, dass im konkreten Verfahren der Erste Senat überhaupt nicht zu einer Prüfung der Vereinbarkeit mit Art. 20 Abs. 2 GG kam und diese Frage somit nicht geklärt werden konnte.[973]

43. BVerfG: Körperschaftsstatus für Religionsgemeinschaften (2015)

Im Beschluss zur Befugnis des Parlaments zum Erlass von Einzelpersonengesetzen, insbesondere zur Verleihung des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften durch Landesgesetz kam der Zweite Senat zu dem Ergebnis, dass Art. 61 S. 2 der Bremischen Verfassung mit dem im Grundgesetz verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung unvereinbar sei.[974] Dieser sah vor, dass anderen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften der Körperschaftsstatus durch Gesetz verliehen werden kann. Der Senat ging hier davon aus, der durch Art. 20 Abs. 2 GG vorgesehene Grundsatz der Gewaltenteilung schließe es aus, die im Einzelfall gebotene Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 140 GG

---

972 Für den Gemeinsamen Bundesausschuss könne diese Rechtfertigungslinie auch zugrunde gelegt werden, weil die (aktuelle) Gestaltung nicht über den historisch als anerkannt geltenden hinausgehe, *Kluth*, Der gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation (2015), S. 84.

973 Mangels genügender Substantiierung der Grundrechtsverletzung und unter Verweis auf die nicht beachtete Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde verwarf der Erste Senat die Verfassungsbeschwerde, in deren Verfahren das Gutachten eingeführt wurde, als unzulässig, weshalb auch keine materiellen Ausführungen mehr angezeigt waren, *BVerfG*, B. v. 10.11.2015, BVerfGE 140, 229.

974 *BVerfG*, B. v. 30.06.2015, BVerfGE 139, 321.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in Verbindung mit Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV dem parlamentarischen Gesetzgeber zuzuweisen.[975] Bei der Herleitung des Maßstabs beruft sich das Gericht auf seine ständige Rechtsprechung zum Gewaltenteilungsprinzip, welches das Ineinandergreifen der Gewalten und gegenseitige Mäßigung der Gewalten beinhalte.[976] Diesem Grundsatz zufolge sei dem Parlament die verfassungsrechtliche Aufgabe der Normsetzung zugewiesen, der Verwaltung idealtypisch die Aufgabe des Gesetzesvollzugs im Einzelfall.[977] Das Prinzip der Gewaltenteilung sah das Gericht im Folgenden nicht bereits deshalb als verletzt an, weil hier trotz angenommenem Anspruchs auf Statusverleihung[978] bei Vorliegen der Voraussetzung ein Ermessen eingeräumt wurde, sondern weil durch die Zuweisung dieser Entscheidung an den Gesetzgeber den Berechtigten der Rechtsschutz abgeschnitten würde, den sie bei einer gebotenen Entscheidung durch die Exekutive zur Verfügung gehabt hätten[979].[980]

Wenn auch das Gericht damit zum einen die Rechtsprechungslinie zum rechtsdogmatischen Prinzip demokratischer Legitimation heranzieht und den Gewaltenteilungsgrundsatz unmittelbar aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ableitet, so handelt es sich bei dem hier angewandten Maßstab nicht um einen demokratiebezogenen, sondern um einen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, weil nicht die Herleitung der Willensbildung, sondern die geschützten Rechtspositionen Einzelner, sowie deren Schutz in den Mittelpunkt gestellt werden.[981]

---

975 *BVerfG,* B. v. 30.06.2015, BVerfGE 139, 321 (Rdnr. 124 f.).

976 *BVerfG,* B. v. 30.06.2015, BVerfGE 139, 321 (Rdnr. 125) unter Verweis auch auf *BVerfG,* Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 131).

977 *BVerfG,* B. v. 30.06.2015, BVerfGE 139, 321 (Rdnr. 126); hier erstmals mit Bezug auf die bekannte Rechtsprechungslinie aus *BVerfG,* B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (1); *BVerfG,* Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72); *BVerfG,* B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66); *BVerfG,* B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87); *BVerfG,* Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (123).

978 *BVerfG,* B. v. 30.06.2015, BVerfGE 139, 321 (Rdnr. 88 ff.).

979 *BVerfG,* B. v. 30.06.2015, BVerfGE 139, 321 (Rdnr. 135 ff.).

980 Die Anwendbarkeit des bundesrechtlichen Gewaltenteilungsmaßstabs auf die Prüfung der Länderverfassung kritisiert hier *Möllers,* Anmerkung zu BVerfG - Verleihung des Körperschaftsstatus, JZ 2015, 1103.

981 Insoweit wirft *Möllers,* Anmerkung zu BVerfG - Verleihung des Körperschaftsstatus, JZ 2015, 1103 (1104) prägnant die Frage auf: „Wozu von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG sprechen, wenn Art. 19 Abs. 4 GG gemeint ist?“.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

44. BVerfG: OMT-Urteil (2016)

Nachdem der EuGH die Vorlagefrage aus dem OMT-Beschluss[982] mit Urteil vom 16. Juni 2015[983] die Vereinbarkeit des OMT-Programms mit dem Unionsrecht festgestellt hatte, verwarf das BVerfG mit Urteil vom 21. Juni 2016[984] die Anträge in den Ausgangsfragen teilweise, wies sie im Übrigen zurück und konkretisierte dabei die Anforderungen an die Klageberechtigung aus Art. 38 Abs. 1 GG, die Ultra-Vires-Kontrolle und die materiellen Demokratiegrenzen, die es aus dem Grundgesetz ableitet. Zwar äußert das BVerfG insoweit gewichtige Bedenken an der Auslegung der primärvertraglichen Grundlagen durch den EuGH hinsichtlich der Erhebung des Sachverhalts und des Ausmaßes an gerichtlicher Kontrolle.[985] Gleichzeitig erkennt das Gericht keine offensichtliche Kompetenzüberschreitung durch den EuGH, die erst die Annahme eines ultra-vires-Kontrollvorbehalts ermöglichen würde.[986] Unter Zugrundelegung des Verständnisses der Reichweite des OMT-Programms durch den EuGH kommt das BVerfG damit zu dessen Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen.[987]

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden legt das Gericht dabei seinen schon bekannten Maßstab aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG zugrunde.[988] Als zulässige Beschwerdegegenstände werden daher nur das Unterlassen des Vorgehens gegen den OMT-Beschluss durch die Bundesregierung und wegen Beeinträchtigung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung durch den Bundestag angesehen. Über die bisherige Judikatur hinausgehend stellt das Gericht die Ähnlichkeit der Hinwirkungspflicht der deutschen Staatsorgane mit der Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten fest.[989] Gleichzeitig wurde festgehalten, dass tauglicher Beschwerdegegenstand weiterhin nur Akte der deutschen öffentlichen Ge-

982 *BVerfG*, B. v. 14.01.2014, BVerfGE 134, 366 (vgl. dazu Kap. III.C.36).
983 *EuGH*, Urt. v. 16.06.2015, Slg. 2015, ECLI:EU:C:2015:400 = JZ 2015, 785 (vgl. dazu Kap. IV.C.10).
984 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123.
985 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 181).
986 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 184).
987 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 201).
988 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 77).
989 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 166 ff.); deshalb resultiere regelmäßig kein Anspruch auf ein konkretes Tätigwerden.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

walt sein können und deshalb die Akte der Europäischen Zentralbank selbst nicht vor dem BVerfG angegriffen werden können.[990]

In der Prüfung der Begründetheit der Anträge geht das Gericht dabei von einem dahingehend in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG konkretisierten Demokratieprinzip aus, dass nicht nur eine substantielle Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestages verboten und durch seine Konkretisierung im Grundsatz der Volkssouveränität gewährleistet sei, sondern dass auch das in Deutschland zur Anwendung gelangende Unionsrecht über ein hinreichendes Maß an demokratischer Legitimation verfügen müsse.[991] Dabei werde im Anwendungsbereich des Art. 23 Abs. 1 GG der Schutz insofern verändert, als Aufgaben und Befugnisse auf die Europäische Ebene verlagert würden; gleichwohl dürfe nicht die Kompetenz-Kompetenz übertragen oder Entsprechendes durch Aufnahme von Blankettermächtigungen erreicht werden.[992] In diesem Punkt bezieht sich das Gericht erstmals auf das durch „Einflussknicke" abgesenkte demokratische Legitimationsniveau bei Maßnahmen der europäischen Öffentlichen Gewalt.[993] Derartige Maßnahmen müssten jedoch auch durch eine hinreichend bestimmte Ermächtigung des Integrationsgesetzgebers legitimiert sein; deshalb könne nur das das demokratisch legitimiert sein, was parlamentarisch verantwortet werden könne.[994] Als Kern des Rechts aus „Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG" wird ein (auch im Urteil in Anführungszeichen dargestellter) „Anspruch auf Demokratie" gesehen, der auch bei Maßnahmen (also Akten öffentlicher Gewalt) der Europäischen Union nicht zur Disposition stehe.[995] Dieser „Anspruch", auch wenn er nachfolgend nicht mehr als solcher bezeichnet wird, ziele darauf, dass nur im grundgesetzlich vorgesehenen verfassungsrechtlichen Rahmen Kompetenzen an die EU übertragen werden dürften.[996] Bemerkenswert ist in diesem Falle die Veranke-

990 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 96 ff.).
991 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 115).
992 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 130).
993 Zum Begriff und dessen Herkunft vgl. *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 131).
994 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 131).
995 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 133).
996 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 134); dabei bezieht sich das Gericht zunächst auf verfahrensrechtliche Vorgaben, die eine hinreichend bestimmte Integrationsermächtigung fordere; daneben werden aber auch mit den haushalts- und wehrpolitischen Grenzen materielle inhaltliche Grenzen (unter Bezugnahme auch auf *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (340 ff.)) genannt, die einen absoluten materiellen Übertragungsausschluss darstellten.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rung dieses Anspruchs: Bei „Usurpation" von Aufgaben und Befugnissen werde der „durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Kern der Volkssouveränität verletzt", weil durch das so vorgefundene institutionelle Gefüge der Bürger einer von ihm nicht legitimierten öffentlichen Gewalt aussetzten, auf die er nicht „in Freiheit und Gleichheit wirkungsvoll Einfluss nehmen" könne.[997] Deshalb bleibe es Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, zu überprüfen, ob beim Vollzug des Integrationsprogramms ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau erreicht werde.[998] Dabei bedürfe es grundsätzlich einer offensichtlich außerhalb der übertragenen Kompetenzen liegenden Befugniswahrnehmung, um einen ultra-vires-Verstoß erkennen zu können, der allerdings nicht nur dann ausgeschlossen sein könnte, wenn keine andere Auffassung vertreten würde.[999] Dabei ähnelten sich ultra-vires- und Identitätskontrolle insoweit, als sie mit Art. 79 Abs. 3 GG den gleichen Geltungsgrund hätten; jedoch unterschieden sie sich insoweit, als erstere inhaltlich die Vereinbarkeit mit den vertraglich vorgesehenen Vereinbarungen befasse, letztere jedoch mit den Integrationsschranken absolute Integrationsgrenzen vorsehe, die in keinem Fall überschritten werden dürften.[1000] Für beide Fälle sei jedoch nicht allein auf die Auffassung des BVerfG abzustellen, vielmehr müsse auch die Auslegung der fraglichen Bestimmungen durch den Europäischen Gerichtshof berücksichtigt werden, soweit dieser methodisch anerkannte Grundsätze zugrunde lege und nicht objektiv willkürlich entscheide.[1001] Aus Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und Art. 20 Abs. 2 GG ergebe sich für ultra-vires-Akte die Verpflichtung für alle Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte, nicht am Zustandekommen oder der Umsetzung solcher Rechtsakte mitzuwirken. Entsprechend müsse auch bei einer „Identitätsverletzung" entgegengewirkt werden, wie sich aus dem Anspruch des Bürgers aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ergebe.[1002] Hinsichtlich der entsprechenden Umsetzungen treffe die deutschen Staatsorgane auch eine gesteigerte Überwachungspflicht hinsichtlich der Sicherung des demokratischen Legitimationszusammenhangs – insbesondere, wenn die öffentliche Gewalt nur durch schwach legitimierte Organe ausgeübt werde.[1003] Ähnlich der grundrechtlichen Schutzpflichtensystematik

997 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 135).
998 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 145).
999 Zur Anforderung *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 148 ff.).
1000 Vgl. zur Unterscheidung beider Fälle *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 153).
1001 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 161).
1002 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 162 f.).
1003 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 165).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

müssten deutsche Verfassungsorgane, voran dabei Bundestag und Bundesregierung, darauf hinwirken, dass zur Sicherung des „Rechts auf Demokratie" im Rahmen des Integrationsprogramms nicht noch weitergehende „Einflussknicke" geschaffen werden.[1004]

Im Subsumtionsschritt kommt das Gericht dabei wegen der insoweit verbindlichen Würdigung des Europäischen Gerichtshofs zur Vereinbarkeit des OMT-Beschlusses mit dem Unionsrecht.[1005] Dabei führt das BVerfG eine doppelte Vertretbarkeitsprüfung durch: Zunächst werden die primärvertraglichen Regelungen und der OMT-Beschluss selbst betrachtet, dann erfolgt eine Überprüfung der Argumentation des EuGH auf deren Vertretbarkeit, was die Möglichkeit zur kritischen Auseinandersetzung mit dem Ergebnis des EuGH gibt,[1006] aber gleichzeitig dazu führt, dass das Urteil des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren als noch akzeptabel anerkannt wird.[1007] Die vom EuGH festgestellten und zugrunde gelegten Grenzen der Reichweite des OMT-Beschlusses sieht das BVerfG dabei als letzte noch zulässige Grenze an, die für deren Zulässigkeit weiterhin beachtet werden müsse.[1008] Hierzu leitet es aus der Entscheidung des EuGH konkrete Anforderungen ab, welche die EZB materiell beachten müsse.[1009] Folglich dürften sich Bundesbank und deutsche Verfassungsorgane nur an einer Umsetzung der Beschlüsse beteiligen, wenn diese Voraussetzungen auch eingehalten werden; andernfalls ergebe sich eine Pflicht zum Tätigwerden.[1010]

Mit seinem Urteil zu den Europäischen Maßnahmen zur Rettung Griechenlands und der Finanzmärkte nimmt das BVerfG seine bisherigen Maßstäbe[1011] auf, fasst sie zusammen und ergänzt sie dergestalt, dass sich ein recht genaues Bild von den Funktionsvoraussetzungen und der Funktionsweise der Europäischen Union ergibt. Vor allem liefert das Urteil dabei eine Konkretisierung bezüglich der Reichweite der Klagerechte in

---

1004 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 166 f.).
1005 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 175 ff.).
1006 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 181 ff.).
1007 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 190 ff.).
1008 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 195 ff.).
1009 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 199) unter Bezugnahme auf *EuGH*, Urt. v. 16.06.2015, Slg. 2015, ECLI:EU:C:2015:400 (Rdnr. 106 ff.) = JZ 2015, 785.
1010 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 205 ff.).
1011 Vgl. insoweit die bisherige Rechtsprechung durch *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195, *BVerfG*, B. v. 14.01.2014, BVerfGE 134, 366, *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 und in gewisser Weise auch *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bezug auf finanzielle Verpflichtungen Deutschlands überhaupt und der Kontrollreichweite bezüglich der Europäischen Integration. Als terminologisch am weitestgehenden dürfte sich dabei der bereits in der Entscheidung zum ESM-Vertrag entwickelte[1012] und hier weitergeführte, in Anführungszeichen so benannte „Anspruch auf Demokratie" darstellen, dessen Reichweite und Verbindlichkeit allerdings noch sehr vage erscheinen.[1013] Inhaltlich korrespondiert dies mit der Inbezugsetzung von Demokratie, Volkssouveränität und der Menschenwürdegarantie.[1014] Dabei scheint das Gericht kein geändertes materielles Verständnis der Maßstäbe zugrunde zu legen, sondern überhaupt erst prozessual die Grundlage für die gerichtliche Kontrolle zu schaffen. Die Quasi-Schutzpflichten der deutschen Verfassungsorgane zum Schutz der nationalen Verfassungsidentität erfordern dabei die Schutzpflichtenargumentation, die durch den Anspruch auf Demokratie begründet wird, der erst durch die Menschenwürdeverankerung entsprechend subjektiviert wird. Bedeutsam ist dabei allerdings, dass zumindest die aus der Literatur angeführten Belege für die Verankerung in der Menschenwürde sich nicht auf eine nur prozessrechtsrelevante Auslegung beziehen, sondern aus der Verknüpfung materielle Folgerungen zum Prinzipiencharakter der grundgesetzlich verankerten Demokratie herleiten.[1015] Bezüglich der materiellen Anforderungen, vor allem an die ultra-vires- und Identitätskontrolle lassen sich hingegen nur Konkretisierungen, keine inhaltlichen Neuerungen feststellen. Vor allem finden sich bezüglich der Grenzen der Entleerung der parlamentarischen Kompetenzen (haushaltspolitische Gesamtverantwortung) und der Integrationsgrenzen keine insoweit neuen Prüfungsmaßstäbe. Dass dabei das Verständnis des OMT-Programms in der Auslegung durch den EuGH zugrunde gelegt wurde, erscheint wenig überraschend, wenn man schon die vom BVerfG

1012 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 125).

1013 Vgl. in einer ersten Einschätzung *Ruffert*, Das OMT-Urteil des BVerfG: Europarechtlich überzeugend, verfassungsprozessrechtlich fragwürdig, verfassungsblog.de vom 22.06.2016, der von einer gekünstelten Quasi-Terminologie spricht; zur unklaren inhaltlichen Reichweite dieses Anspruchs auch *Nettesheim*, Ultra-vires-Kontrolle durch Bundesregierung und Bundestag - Für eine materielle Subsidiarität des Vorgehens gegen das Parlament, verfassungsblog.de vom 24.06.2016.

1014 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 124).

1015 Vgl. die in *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 124) in Bezug genommenen Argumentationen von *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie (2008), S. 252 ff. und *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 19 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

präsentierten Auslegungsmöglichkeiten aus dem Vorlagebeschluss berücksichtigt.

45. BVerfG: Anleihekäufe der EZB (2017)

Anlässlich verschiedener Verfassungsbeschwerden gegen das nach dem OMT-Beschluss dritte Anleihekaufprogramm der EZB (Public Sector Purchase Programme, PSPP) ermöglichte das BVerfG abermals über Art. 38 Abs. 1 GG eine Prüfung wegen möglicher Verstöße gegen dieses grundrechtsgleiche Recht. Dieses wird abermals als „ein mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbares grundrechtsgleiches Recht auf demokratische Selbstbestimmung" bezeichnet.[1016] In der Beschreibung der Reichweite dieses Rechts bezieht sich das Gericht wie schon im OMT-Verfahren[1017] darauf, dass Art. 38 Abs. 1 GG nicht nur das Wahlrecht garantiere, sondern auch dessen demokratischen Gehalt, der eine Entleerung verbiete. Der hierin verankerte Anspruch auf demokratische Mitbestimmung beschränke sich dabei auf Strukturveränderungen im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge, wie sie bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union auftreten könne.[1018]

Inhaltlich ermögliche dieses Recht einen Anspruch auf Hinwirkung staatlicher Stellen zur Beseitigung von Missständen.[1019] Gleichzeitig erkennt das Gericht aber auch an, dass die Einflussmöglichkeiten des Bundestages nahezu vollständig zurückgenommen seien, soweit die EZB mit Unabhängigkeit gegenüber der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten ausgestattet sei. Dies sei aber als eine in Art. 88 S. 2 GG vorgesehene Modifikation des Demokratieprinzips mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar.[1020] Im Übrigen verweist das Gericht auf seine parallele Argumentation zur Vorlage im vorangegangenen OMT-Verfahren.[1021]

In seinem Urteil im nachfolgenden Vorabentscheiungsverfahren griff der EuGH nachfolgend die vom BVerfG abermals skizzierten spezifisch

1016 *BVerfG*, B. v. 18.07.2017, BVerfGE 146, 216 (Rdnr. 44).
1017 Vgl. dazu Kap. III.C.44.
1018 *BVerfG*, B. v. 18.07.2017, BVerfGE 146, 216 (Rdnr. 45 f.).
1019 Vgl. zu den gegenüber der früheren Rechtsprechung leicht eingeschränkten Möglichkeitenkatalog *Ruffert*, Vorlagebeschluss zu den Anleihekäufen der EZB, JuS 2017, 1229 (1230).
1020 *BVerfG*, B. v. 18.07.2017, BVerfGE 146, 216 (Rdnr. 59).
1021 Vgl. zur Auslegung der Art. 119 und Art. 127 ff. AEUV *BVerfG*, B. v. 18.07.2017, BVerfGE 146, 216 (Rdnr. 60 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

demokratischen Bezüge allerdings nicht auf und beschränkte sich auf eine Überprüfung des PSPP-Programms am Maßstab der einschlägigen währungsbezogenen Vorgaben der europäischen Verträge,[1022] wobei wie auch schon im vorherigen OMT-Verfahren kein Verstoß des EZB-Programms gegen das Primärrecht festgestellt werden konnte.

46. BVerfG: Frage- und Informationsrechte des Bundestags (III, IV)

a) Auskunftspflicht zum Einsatz von V-Leuten/ Oktoberfestattentat (2017)

Im Jahr 2017 hatte sich das BVerfG erneut mit der Reichweite der Verpflichtung der Bundesregierung zur Beantwortung parlamentarischer Anfragen zu befassen. Vor dem Hintergrund verschiedener Anfragen zum Oktoberfestattentat hatte die Bundesregierung die Auskunft zum Einsatz von V-Leuten bei BND und BfV im Umfeld des Attentäters mit der Begründung verweigern wollen, dass jeder Aussage zu diesem Themenkreis die Gefahr immanent sei, hierdurch geheimhaltungsbedürftige Vorgehensweisen offenzulegen und eine Aufdeckung aktueller V-Leute wahrscheinlicher zu machen.[1023]

Zur Maßstabsbildung zog das Gericht unter Bezugnahme auf seine früheren Entscheidungen zur Reichweite von Frage- und Auskunftspflichten der Bundesregierung Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG heran.[1024] Entscheidend sei insoweit der effektive Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt auf die besonderen Organe der Gesetzgebung.[1025] Der erforderliche parlamentarische Einfluss auf die Politik der Regierung stelle den Zurechnungszusammenhang her;[1026] dabei werde die

1022 *EuGH*, Urt. v. 11.12.2018, Slg. 2018, ECLI:EU:C:2018:1000 (Rdnr. 27 ff.) = NJW 2019, 907.

1023 *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 18).

1024 *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 84).

1025 *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 87) unter Verweis auf seine Entscheidungen *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72) (vgl. oben in Kap. III.C.8.b)); *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66) (vgl. oben in Kap. III.C.15); *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (123) (vgl. oben in Kap. III.C.34); *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (Rdnr. 106) (vgl. oben in Kap. III.C.41.b)).

1026 *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 87) unter Verweis auf *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 131) (vgl. oben in Kap. III.C.41.a)) und *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (Rdnr. 107) (vgl. oben in Kap. III.C.41.b)).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente durch die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber der Volksvertretung hergestellt.[1027]

Die Begrenzung dieses Auskunftsanspruches ergebe sich dann aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz, soweit die Zuweisungen einzelner Aufgaben und Verantwortungsbereiche nur bestimmte Staatsgewalten beträfen, wie beispielsweise den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung mit seinem grundsätzlich nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich.[1028] Hieraus leitet das Gericht dann einen Untermaßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der verweigerten Beantwortung parlamentarischer Anfragen aus dem Bereich der Tätigkeit von Nachrichtendiensten her,[1029] anhand dessen es einen zumindest teilweisen Verstoß gegen die Beantwortungspflicht feststellt.[1030]

Wie schon in den Entscheidungen zu Frage- und Auskunftsrechten hinsichtlich der Kriegswaffenexportkontrolle und der Unterstützungseinsätze der Bundespolizei erweckt der in Bezug genommene Entscheidungsmaßstab den Eindruck der Nähe zum Legitimationsmaßstab – auch wegen der Belege mit den Urteilen zur erforderlichen demokratischen Legitimation. Allerdings fehlt es hier ein einer entscheidungserheblichen Maßstäblichkeit des Legitimationsniveaus, vielmehr stehen auch hier die Gewaltenteilungsaspekte deutlich im Vordergrund.

b) Deutsche Bahn und Finanzmarktaufsicht (2018)

Vergleichbare rechtliche Fragen stellten sich dem Gericht nur kurze Zeit später bei seiner Entscheidung zum parlamentarischen Frage- und Auskunftsrecht mit Bezug zur Deutschen Bahn AG und zur Finanzmarktaufsicht. Gegenständlich waren hier parlamentarische Anfragen aus dem Jahr 2010 an die Bundesregierung zu Invesitionen in das Schienennetz und über ein Gutachten zum Themenkomplex „Stuttgart 21“, sowie aufsichts-

1027 *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 87), wobei das Gericht neben den bisher genannten Urteilen insoweit erstmals zusätzlich den Bezug auf *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87 f.) (vgl. oben in Kap. III.C.19) verweist.

1028 *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 91 f.).

1029 *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 109 ff.).

1030 *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 126 ff.), insb. hinsichtlich des Begründungserfordernisses bei lange zurück liegendem V-Mann-Einsatz ohne fortgeltenden Funktionsfähigkeitsbezug auf die Nachrichtendienste.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtliche Maßnahmen der BaFin gegenüber mehreren Banken in den Jahren 2005 bis 2008.[1031]

Wie auch schon in den vorangegangenen Entscheidungen zieht das Gericht als Prüfungsmaßstab Art. 38 Abs. 1 S. 2 und Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG als Maßstab heran.[1032] Dabei stellt es abermals den besonderen Zusammenhang zwischen der parlamentarischen Kontrollfunktion und der aus dem Demokratieprinzip folgenden Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG heraus. Nur wenn das Volk einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt durch die besonderen Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung habe, übe es auch die Staatsgewalt aus.[1033] Ergänzend tritt hier allerdings die Begründung hinzu, dass eine verantwortliche Teilhabe der Bürger an der politischen Willensbildung des Volkes voraussetze, dass der Einzelne genügend über die getroffenen Entscheidungen, Maßnahmen und Lösungsvorschlägen wisse, um sie beurteilen, billigen oder verwerfen zu können.[1034]

Vor dem Hintergrund der gestellten parlamentarischen Anfragen, die zumindest teilweise unter Verweis auf die Geheimschutzordnung nicht öffentlich beantwortet wurden, stellte das Gericht zudem heraus, dass die Repräsentationsfunktion des Deutschen Bundestages grundsätzlich in seiner Gesamtheit durch Mitwirkung all seiner Mitglieder ausgeübt werde und Abweichungen hierfür nur zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang zulässig sein könnten.[1035] Auch unterscheidet das Gericht sehr deutlich zwischen Informationen, die seitens des Parlaments zur Vorbereitung der Gesetzgebung beschafft werden, und solchen, die der politischen und der Rechtskontrolle dienen. Insbesondere diese sanktionierende

1031 *BVerfG*, Urt. v. 07.11.2017, BVerfGE 147, 50 (Rdnr. 1).

1032 *BVerfG*, Urt. v. 07.11.2017, BVerfGE 147, 50 (Rdnr. 195 ff.).

1033 *BVerfG*, Urt. v. 07.11.2017, BVerfGE 147, 50 (Rdnr. 197) mit Verweis auf *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 87) (vgl. dazu Kap. III.C.46.a)) und seine dort bereits zitierte Rechtsprechungslinie.

1034 *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 201) unter Bezugnahme auf *BVerfG*, Urt. v. 02.03.1977, BVerfGE 44, 125 (147).

1035 *BVerfG*, Urt. v. 07.11.2017, BVerfGE 147, 50 (Rdnr. 204); dabei verweist das Gericht auch auf verschiedene zulässige Abweichungen von diesem Grundsatz, wie beispielsweise die Übertragungsmöglichkeit auf beschließende Ausschüsse, das Parlamentarische Kontrollgremium und die Anwendungsmöglichkeit der Geheimschutzordnung, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 07.11.2017, BVerfGE 147, 50 (Rdnr. 205 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kontrolle mache das parlamentarische Fragerecht zu einem wichtigen Mittel der Opposition.[1036]

Neben diesen Ausführungen zur Anfragendimension von Art. 20 Abs. 2 GG leitet der Senat auch noch eine zweite Komponente ab, die in den Kontext demokratischer Legitimation gestellt wird, soweit es um staatliche Aufgabenwahrnehmung in privatrechtlichen Organisationsformen geht. Aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ergebe sich in solchen Fällen eine Pflicht des Staates, sich hinreichende Einwirkungsrechte auf ein Unternehmen in Privatrechtsform vorzubehalten, wobei die Art dieser Rechte damit nicht vorgegeben sei.[1037] Dabei müsse neben der Sicherstellung der personellen Legitimation des Vorstandes durch das Prinzip der doppelten Mehrheit auch die sachlich-inhaltliche Legitimation hergestellt werden, die jedoch nicht auf die Ausübung gesellschaftlicher Befugnisse beschränkt sei. Dabei wird jedoch explizit offengelassen, wann der Legitimationszusammenhang den Anforderungen des Demokratieprinzips genüge, weil auch dann die Antwortpflicht der Bundesregierung fortbestehe.[1038]

Betrachtet man bei der Entscheidungsbegründung nur die entscheidungserheblichen Rechtsmaßstäbe für die Reichweite parlamentarischer Frage- und Informationsrechte, ergibt sich aus dem Urteil keine nennenswerte Ergänzung der bisherigen Rechtsprechung. Lediglich die argumentative Erläuterung des Demokratiebezugs parlamentarischer Anfragen scheint mit jeder Entscheidung weiter verfeinert zu werden. Über die bisherige Rechtsprechung hinaus geht das Urteil nur hinsichtlich der Legitimationsverpflichtung für den Fall der Ausübung staatlicher Befugnisse durch privatrechtliche Organisationsformen. Thematisch betrifft dieser Bereich den „klassischen" Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation, weil hier die Frage nach dem erforderlichen Legitimationsniveau gestellt wird. Mangels Entscheidungserheblichkeit im vorliegenden Fall – weil auch bei ungenügendem Legitimationsniveau eine weitreichende Auskunfspflicht

1036 Mit Bezug auf die Wirksamkeitsabschwächung durch Anwendung der Geheimschutzordnung *BVerfG*, Urt. v. 07.11.2017, BVerfGE 147, 50 (Rdnr. 210) mit Verweis auf *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 201) (vgl. dazu Kap. III.C.41.a)).

1037 Es müsse stattdessen ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht werden, also ein bestimmtes Legitimationsniveau, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 07.11.2017, BVerfGE 147, 50 (Rdnr. 221 f.) mit Bezug auf die Rechtsprechung zum Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation und zu den parlamentarischen Frage- und Informationsrechten.

1038 *BVerfG*, Urt. v. 07.11.2017, BVerfGE 147, 50 (Rdnr. 225 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestehe – kann man dies nur als Andeutung zukünftiger Maßstabskonkretisierungen durch das Gericht auffassen.

47. Weitere Entscheidungen

Mit Beschluss vom 10. November 2015 verwarf der Erste Senat eine Verfassungsbeschwerde, die sich gegen die Nichtübernahme von Therapiekosten richtete, die sich aus der Arzneimittel-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses ergab, der nach § 91 Abs. 5 SGB V tätig war.[1039] Bereits im Vorfeld war erwartet worden, dass sich der Senat mit der in der Literatur aufgeworfenen Frage der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses beschäftigen würde.[1040] Wie schon zuvor in einer Entscheidung zur gesetzlichen Krankenversicherung[1041] geht er davon aus, dass sich die Frage der Einhaltung verfassungsrechtlicher Legitimationsvorgaben nicht stelle, weil die im Einzelfall getroffene Entscheidung – hier: die Nichtaufnahme bestimmter Medikamente – sich als rechtmäßig erweise.[1042] Insoweit erscheinen die Anforderungen des Ersten Senats an die Substantiierung einer Verfassungsbeschwerde bezüglich einer gerügten defizitären gesetzlichen Einrichtung[1043] strenger als die des Zweiten Senats, wenn man die die Gründe neuerer Entscheidungen bedenkt, die sich deutlich ausführlicher mit Fragen demokratischer Legitimation beschäftigen, auch wenn keine entsprechende Rüge im Raum stand.[1044]

Mit Beschluss vom 15. Dezember 2015 kam das BVerfG[1045] erstmals zu einer Anwendung der zuvor schon mehrfach angedeuteten Ultra Vires-Er-

1039 *BVerfG*, B. v. 10.11.2015, BVerfGE 140, 229.

1040 Vgl. nur *Kluth*, Der gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation (2015); *Mihm/Jahn*, Ärzte und Krankenkassen entscheiden selbst, FAZ.net vom 20.11.2015 über einen Vortrag des Vizepräsidenten *Ferdinand Kirchhof*, auf dem dieser kurz zuvor erhebliche Zweifel an der Legitimation geäußert hatte.

1041 *BVerfG*, B. v. 06.12.2005, BVerfGE 115, 25 (47), dort hatte sich die Frage in vergleichbarer Weise gestellt; ein Verweis auf sonstige Rechtsprechung erfolgte im Übrigen nicht.

1042 *BVerfG*, B. v. 10.11.2015, BVerfGE 140, 229 (Rdnr. 22).

1043 *BVerfG*, B. v. 10.11.2015, BVerfGE 140, 229 (Rdnr. 23).

1044 Vgl. hier die Entscheidungen *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76; *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155; *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194.

1045 *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

klärung und damit der Außerachtlassung von Unionsrecht im Einzelfall. Dabei hob es einen Beschluss des OLG Düsseldorf auf, der die Auslieferung eines US-amerikanischen Staatsbürgers nach Italien für zulässig erachtete. Die zugrundeliegende Verurteilung war jedoch in Abwesenheit des Angeklagten erfolgt und aus den durch die italienischen Behörden ausgefüllten Antragsformularen ergab sich für das Gericht nicht zweifelsfrei, ob und inwieweit dem Beschwerdeführer ein komplett neues Verfahren ermöglicht würde. Als Prüfungsmaßstab zog das BVerfG „Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 und Art. 79 Abs. 3 GG" heran.[1046] Ausgehend von seiner bisherigen Rechtsprechung[1047] ging es dabei davon aus, dass wegen der Begrenzung des Art. 23 Abs. 1 GG durch Art. 79 Abs. 3 GG die geschützte Verfassungsidentität (bestehend aus den in Art. 1 und 20 GG genannten Grundsätzen) nicht aufgegeben werden dürfte, weshalb dem Gericht für diesen Fall die Reservekompetenz genommen werden könnte.[1048] Wegen der angenommenen drohenden Verletzung der Menschenwürde durch die Verurteilung des Antragstellers durch ein italienisches Gericht in seiner Abwesenheit[1049] sah das Gericht damit die Voraussetzungen für einen solchen Fall ausnahmsweise[1050] als gegeben

1046 *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (Rdnr. 35).

1047 *BVerfG*, Urt. v. 18.07.2005, BVerfGE 113, 273 (296); *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (348); *BVerfG*, B. v. 14.01.2014, BVerfGE 134, 366 (384) Rdnr. 27.

1048 Vgl. insoweit zur Beurteilung der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Ultra Vires-Kontrolle durch das BVerfG aus eigener Sicht.

1049 Die Berührung der Menschenwürde in dieser Konstellation leitete das Gericht aus der angenommenen Verletzung des Schuldprinzips an, weil die Verknüpfung von Strafe und Schuld insoweit als Teil der Menschenwürdegarantie und damit der „unverfügbaren Verfassungsidentität", aber auch als unverzichtbares Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips angenommen wurde, *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (Rdnr. 48) mit Verweis auf *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (413); als wesentlicher und unverzichtbarer Bestandteil des Schuldprinzips folge, dass die Menschenwürde eines Angeklagten nur dann gewahrt werde, wenn dieser persönlich und „im Gegenüber von Angeklagtem und Richter" alle schuldspezifischen Merkmale darlegen könne, *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (Rdnr. 58); rechtspolitisch drängt sich hier die Vermutung auf, dass diese Annahme allein der dogmatischen Notwendigkeit geschuldet ist: Ohne eine Verletzung der Grundsätze der Art. 1 und 20 GG hätte eine Ultra Vires-Kontrolle nicht vorgenommen werden können.

1050 Den anderen Mitgliedstaaten sei im Auslieferungsverkehr ein grundsätzliches Vertrauen entgegen zu bringen, das nur in besonderen Ausnahmefällen erschüttert werden könnte, wie vorliegend durch die erfolgte Verurteilung in Abwesenheit, *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (67 ff.); der konkrete

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an. Die Absicherung des insoweit integrationsfesten Schuldprinzips rechtfertige hier ausnahmsweise eine Prüfung anhand des Grundgesetzes trotz unionsrechtlicher Determinierung.[1051] Nach Auffassung des BVerfG liege insoweit eine klare Rechtsprechung des EuGH zu der Frage vor, ob und inwieweit die Auslieferung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls davon abhängig gemacht werden könnte, dass die Verurteilung einer rechtlichen Prüfung unterzogen würde.[1052] Weil im Einzelfall durch die Zusicherung der Generalstaatsanwaltschaft in Florenz nicht ausreichend klar sei, hätte das OLG diese nicht zugrunde legen dürfen.[1053]

Trotz dieser umfangreichen Begründung des anwendbaren Prüfungsmaßstabs durch das BVerfG mit der entwickelten Identitätskontrolle erscheint fraglich, ob diese Erwägungen überhaupt als entscheidungserheblich angesehen werden müssen: Die Aufhebung der Entscheidung des OLG Düsseldorf erfolgte wegen einer Verletzung der gerichtlichen Ermittlungspflicht.[1054] Wenn dieser Aufklärungsmangel in teilweiser (aus Sicht des BVerfG) Verkennung des Prüfungsmaßstabs zustande kam, stellt sich im Hinblick auf die wohl nur unzureichende Mitwirkung der italienischen Behörden[1055] die Frage, ob durch den Nichtvollzug des Europäischen Haftbefehls überhaupt ein Unionsrechtsverstoß vorliegt.[1056]

In einem weiteren Beschluss vom gleichen Tage[1057] befasste sich das BVerfG mit einer Richtervorlage des BFH zur Verfassungsmäßigkeit einer Bestimmung des EStG (§ 50d Abs. 8 EStG), die eine abweichende Regelung von einer im Doppelbesteuerungsabkommen getroffenen und damit völkerrechtlichen Regelung vorsah. Der BFH hatte dabei in seiner Vorlagefrage vertreten, dass sich die fragliche Vorschrift in Widerspruch zu anwendbaren völkerrechtlichen Verpflichtungen verhalte und deshalb in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des BVerfG als nichtig

---

Vorwurf gegenüber dem Europäischen Haftbefehl, der von Italien beantragt worden war, ergab sich jedoch aus einer nicht korrekten Formularausfüllung, andernfalls hätte wohl von einer ordnungsgemäßen Nachholung des Verfahrens ausgegangen werden müssen, *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (72 ff.).

1051 *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (Rdnr. 76).

1052 Vgl. *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (Rdnr. 81 f.).

1053 *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (Rdnr. 111 ff.).

1054 *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (Rdnr. 119 ff.).

1055 Zu den missverständlichen und vagen Aussagen der Generalsstaatsanwaltschaft *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317 (Rdnr. 124).

1056 Insbesondere im Hinblick auf Art. 5 Nr. 1 RbEuHb erscheint fraglich, ob eine „eine als ausreichend erachtete Zusicherung" vorlag.

1057 *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 141, 1.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anzusehen sein müsste. Bei der Prüfung kam das Gericht zum Ergebnis, dass völkerrechtlichen Verträgen nur der Rang einfacher Bundesgesetze zukäme und daher ein späteres Bundesgesetz nach der Kollisionsregel *lex posterior* eine abweichende Regelung treffen könne.[1058] Neben dieser relativ banalen Feststellung äußert sich das Gericht noch dahingehend, dass mit dem Zustimmungsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG innerstaatlich ein hinreichendes Legitimationsniveau vermittelt werden solle[1059] und dass das Demokratieprinzip eine dauerhafte Bindung auch eines späteren Gesetzgebers an einfache Gesetze verbiete.[1060] Diese Begründung über die Anforderungen des Demokratieprinzips kritisiert die Richterin *König* in ihrer abweichenden Meinung stark[1061] und vertritt die Auffassung, es dürfe nicht allein technisch die innerstaatliche Wirkung mittels der Kollisionsregel berücksichtigt werden. Vielmehr müsse hier eine Kollision zweier Prinzipien im Sinne *Alexys* berücksichtigt und eine konkrete Abwägung von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gegeneinander vorgenommen werden.[1062]

Die Entscheidung auch der Senatsmehrheit stützt sich damit nicht allein auf die rechtlich klare Ausgangslage, dass die völkerrechtlichen Verträge (mit Ausnahme der grundlegenden menschenrechtlichen Verträge) gemäß Art. 59 Abs. 2 GG nur nach Maßgabe des Umsetzungsgesetzes Wirkung entfalten, sondern legt nahe, dass daneben dem Demokratieprinzip eine eigenständige Wirkung zukomme. Kritik an dieser Argumentation wird schon wegen der Begründung und damit der Legitimation des möglichen Treaty Override geäußert, weil die technische Möglichkeit des völkerrechtlichen Vertragsbruchs ohne Notwendigkeit spezifisch demokratisch gerechtfertigt wird.[1063] Bereits die Art der Prüfung legt damit nahe, dass insoweit das Gericht das Demokratieprinzip nicht nur als eigenständigen, rechtlich zu beachtenden Prüfungspunkt betrachtet, sondern als Ausle-

1058 *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 141, 1 (Rdnr. 33).
1059 *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 141, 1 (Rdnr. 53).
1060 Der Gesetzgeber müsse in der Lage sein, die völkerrechtlichen Verträge zu beenden und auch innerstaatlich innerhalb des Vereinbarten Änderungen vorzunehmen; eine Neuverhandlung sei aus Sicht des Demokratieprinzips kein milderes, aber ebenso geeignetes Mittel wie die Neuverhandlung, vgl. *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 141, 1 (Rdnr. 55).
1061 Abweichende Meinung der Richterin König, *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 141, 1 (45).
1062 *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 141, 1 (45).
1063 *Fastenrath*, Anmerkung zu BVerfG "Treaty Override", JZ 2016, 636 (639 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gungshilfe für dem Wortlaut nach klare Regeln ansieht und damit eine überpositive Begründung annimmt.

Auch im Urteil im NPD-Verbotsverfahren befasste sich das BVerfG am Rande mit der erforderlichen Rückführbarkeit aller Akte der Ausübung der Staatsgewalt auf den Willen des Volkes. Hierbei bedürfe es eines hinreichend engen Legitimationszusammenhangs, der den effektiven Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt durch die Organe sicherstelle.[1064] Dem kommt jedoch keine Entscheidungserheblichkeit zu, nachdem der hier thematisierte Maßstab des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG nur auf die grundsätzliche Bedeutung des Prinzips der Volkssouveränität Bezug nimmt.

Weitere Impulse für das Demokratieprinzip ergeben sich auch aus dem Urteil des BVerfG zum Zensus 2011, vor allem hinsichtlich der dortigen Ausführungen zur Wesentlichkeitslehre, die anhand der Delegationsreichweite für abgeleitete Rechtsetzung nach Art. 80 GG entwickelt wurden.[1065] Vor allem mit dem Blick auf das Verhältnis von Parlament zur Exekutive betont das Gericht dabei, dass es keinen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts gebe,[1066] allerdings liegen hier die Begrenzungen der (Sub-)Delegation von Rechtsetzungsbefugnisse im Mittelpunkt des Fokus.[1067] Damit ergeben sich die spezifisch demokratischen Bezüge vor allem aus dem Rückgriff aus Art. 20 Abs. 1 GG[1068], das Gericht legt dabei aber gerade keinen spezifischen Legitimationsmaßstab zugrunde.

1064 *BVerfG*, Urt. v. 17.01.2017, BVerfGE 144, 20 (Rdnr. 545) verweist hier hinsichtlich des Erfordernisses der ununterbrochenen Legitimationskette nur auf seine ältere Rechtsprechungslinie von *BVerfG*, B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (275) (dazu oben bei III.C.3) bis *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87) (dazu oben bei III.C.19).

1065 *BVerfG*, Urt. v. 19.09.2018, BVerfGE 150, 1 (Rdnr. 190 ff.) unter Bezugnahme vor allem auf *BVerfG*, B. v. 08.08.1978, BVerfGE 49, 89 (126).

1066 *BVerfG*, Urt. v. 19.09.2018, BVerfGE 150, 1 (Rdnr. 197).

1067 *BVerfG*, Urt. v. 19.09.2018, BVerfGE 150, 1 (Rdnr. 206 ff.).

1068 Vgl. beispielsweise zur Frage der Rechtsschutzmöglichkeiten und deren Begründung durch Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 2 GG, *BVerfG*, Urt. v. 19.09.2018, BVerfGE 150, 1 (Rdnr. 215 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

D. Die demokratische Legitimation im deutschen Recht

Bei der Betrachtung des dargestellten Diskurses über die demokratische Legitimation fällt schon bald auf, dass gerade von einem einzigen und einheitlichen Diskurs kaum gesprochen werden kann. Vielmehr zeigen sich bei den beteiligten Akteuren sehr verschiedene Maßstäbe, die auch sehr unterschiedliche Schwerpunktsetzungen aufweisen.

1. Demokratiemaßstäbe des BVerfG

Der wohl bedeutendste Akteur für die Entwicklung eines Rechtsmaßstabes demokratischer Legitimation dürfte das Bundesverfassungsgericht sein. Mit seinen Leiturteilen vor allem des Zweiten Senats hat das Gericht eine Struktur vorgegeben, der den gesamten rechtswissenschaftlichen Diskurs wesentlich geprägt hat.

Vergleicht man dabei die vom Gericht in den verschiedenen Entscheidungen zugrunde gelegten Maßstäbe, wird schnell deutlich, dass weder vom „Demokratiemaßstab" noch von dem einen „Maßstab demokratischer Legitimation" des Gerichts gesprochen werden kann, weil diese viel zu unterschiedlich gebraucht wurden und werden. Vielmehr muss von verschiedenen Prüfungsmaßstäben in diesem Umfeld ausgegangen werden, die das Gericht praktisch nutzbar und damit zum Gegenstand seiner Prüfungen macht.

a) Demokratieprinzip

Während in den früheren Entscheidungen (Bremer Personalvertretung[1069], Facharztbeschluss[1070], Nordrhein-westfälische Gemeindeparlamente[1071]) noch unter dem Begriff „Demokratieprinzip" Ausprägungen angesprochen wurden, die später in spezielleren Maßstäben aufgegriffen wurden, erfolgt in der jüngeren Vergangenheit die Bezugnahme auf „das Demokratieprinzip des Grundgesetzes" vor allem in den Urteilen zur Europäischen Inte-

1069 *BVerfG*, Urt. v. 27.04.1959, BVerfGE 9, 268, dazu oben III.C.1.
1070 *BVerfG*, B. v. 09.05.1972, BVerfGE 33, 125, dazu oben III.C.2.
1071 *BVerfG*, B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253, dazu oben III.C.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gration.[1072] Insoweit wird unmittelbar deutlich, dass unter diesem Begriff verschiedenste Maßstäbe zusammengefasst sind und ihm somit kein spezifisches Differenzierungspotential zukommt. Soweit im letztgenannten Fall pauschal auf „das Demokratieprinzip" verwiesen wird, handelt es sich wohl um einen allgemeinen, aus Art. 20 Abs. 1 GG abgeleiteten Maßstab ohne spezifische rechtsdogmatische Konsequenzen. Für einen Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation nach dem eingangs definierten Suchmaßstab fehlt es schon an den sich anschließenden Rechtsfolgen. Unmittelbar hieraus wurden noch keine Anforderungen abgeleitet, anhand derer eine Streitentscheidung festgemacht werden konnte. Die vom Gericht vorgenommenen Bezugnahmen insbesondere in den Urteilen zur weiteren Integration legen jedoch nahe, dass hiermit ein Oberbegriff gemeint wird, aus dem einzelne Anforderungen (wie auch der dogmatische Legitimationsbegriff) abgeleitet werden.

b) Rechtsdogmatischer Legitimationsmaßstab

Mit den Entscheidungen zum Untersuchungsausschuss „Neue Heimat",[1073] zum kommunalen Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein[1074] und zum Ausländerwahlrecht Hamburgs[1075] legte das Gericht die Grundlage für die Rechtsprechungslinie zum rechtsdogmatischen Maßstab demokratischer Legitimation, den es aus Art. 20 Abs. 2 GG in Anlehnung an die Vorarbeiten *Böckenfördes*[1076] entwickelte. Hieraus ergeben sich im Wesentlichen die notwendige Identität von Staatsvolk und Legitimationssubjekt und die Notwendigkeit der Einhaltung eines hinreichenden Legitimationsniveaus. Auch wenn es sich hier um einen rechtsdogmatischen Maßstab handelt, bezieht sich das Gericht darüber hinaus mehrfach auf diesen Maßstab als Nachweis für ein Verfassungsprinzip, ohne diesen in

1072 Vgl. hier insbesondere *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (dazu oben III.C.13), *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (dazu oben III.C.28.a)), *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (dazu oben III.C.31), *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (dazu oben III.C.33), *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (dazu oben III.C.35) und *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (III.C.39).

1073 *BVerfG*, B. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (41), dazu oben III.C.7.

1074 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (51 f.), dazu oben III.C.8.

1075 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72), dazu oben III.C.8.b).

1076 Vgl. hier insbesondere *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl (1974).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der konkreten Prüfung zugrunde zu legen.[1077] Der Rechtsmaßstab wurde maßgeblich durch einige wesentliche Urteile geprägt und verschiedentlich vom Gericht modifiziert. Vor allem erfolgte in den Urteilen zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein[1078], zu den Wasserverbänden[1079] und zum privatisierten Maßregelvollzug[1080] eine Korrektur der ursprünglichen strengeren Linie. Insbesondere in der letztgenannten Entscheidung zeigte deutlich die bereits im Mitbestimmungsurteil angedeutete Inbezugsetzung von Legitimationsniveau und Intensität des Grundrechtseingriffs, die jedenfalls seit der Entscheidung zum privatisierten Maßregelvollzug die Obersätze des Legitimationsmaßstabs prägt. Durch die Entscheidung zu Lippeverband und Emschergenossenschaft hingegen hatte das Gericht das Verständnis des Legitimationssubjekts insofern schon vorher erweitert, als spezifisch demokratische Legitimation nicht mehr nur vom Staatsvolk in seiner Gesamtheit ausgehen könne, sondern das Grundgesetz die Selbstverwaltung anerkenne und somit die Möglichkeit der Legitimation des Selbstverwaltungsträgers durch ein Verbandsvolk. Inhaltlich ergab sich in den Urteilen zur Filmförderung[1081] und zur Weinabgabe[1082] eine weitere Verschiebung. Indem das Gericht die Ausnahmen aus dem Mitbestimmungsurteil und der Entscheidung zu den Wasserverbänden als Grundlage dafür heranzog, dass „auch außerhalb der funktionalen Selbstverwaltung […] im Interesse sachgerechter, effektiver Aufgabenwahrnehmung begrenzte Abweichungen von der Regelanforderung uneingeschränkter demokratischer Legitimation zulässig sein [können]"[1083], wird deutlich, dass eine alleinige Anknüpfung an das gesamte Staatsvolk als Legitimationsbasis wohl nicht mehr aufrechterhalten wird, weil nicht mehr nur Modifikationen am Merkmal der Legitimationsniveaus als ursprünglichem rechtlichen Maßstab vorgenommen wurden, sondern nunmehr weiterreichende Ab-

1077 So beispielsweise in den Entscheidungen zu Frage- und Informationsrechten des Bundestags, *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (vgl. oben III.C.41.a)) und *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (vgl. oben III.C.41.b)) zum Beleg des Gewaltenteilungsprinzips, ohne dass eine Subsumtion unter den Maßstab erfolgt.

1078 *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37, dazu oben III.C.15.

1079 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59, dazu oben III.C.19.

1080 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76, dazu oben III.C.34.

1081 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155, dazu oben III.C.37.

1082 *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194, dazu oben III.C.40.

1083 *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 169).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weichungen in der gesamten Legitimationsableitung als zulässig erscheinen.[1084]

Mit dieser Entwicklung zeigt sich, dass man nicht von einem einzigen unveränderten Legitimationsmaßstab des BVerfG ausgehen kann, sondern durch verschiedentliche Modifikationen in der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung entweder von verschiedenen Maßstäben oder zumindest von verschiedenen Abstufungen ausgegangen werden muss, die sich über die Jahrzehnte verändert haben. Das Gericht selbst erweckt in seinen Entscheidungen den Eindruck der Kontinuität, wenn die jeweilige Entwicklung der Maßstäbe in einer Entscheidung durch einen umfangreichen Rückgriff auf die bisherigen Entscheidungen dargestellt wird.[1085] Ein Vergleich der anfänglichen Maßstäbe aus den Ausländerwahlrechtsentscheidungen mit dem inzwischen erreichten, eher differenzierenden Modell deutet jedoch eher darauf hin, dass man von einer Maßstabskontinuietät gerade nicht mehr ausgehen kann und dass das Gericht seit den Entscheidungen von 1990 einen Paradigmenwechsel vollzogen hat, auch wenn die einzelnen Schritte der Maßstabsentwicklung für sich genommen jeweils eher nur eine Modifikation der bisherigen Maßstäbe zu sein schienen.

Dieser so vom BVerfG entwickelte Maßstab erfüllt dabei die Kriterien, die eingangs für einen Suchmaßstab (bzw. Meta-Maßstab) entwickelt wurden. Dass dieser Maßstab hierbei als normativ-positivierter verstanden wird, lässt sich daraus erschließen, dass das Gericht als für die Entscheidung zuständigem Organ diesen Maßstab seinen Prüfungen zugrunde legt und per definitionem über die Auslegung des Grundgesetzes (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG) und bei Meinungsverschiedenheiten (erg.: über dessen Auslegung) zu entscheiden hat (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 2a und 3 GG).[1086]

1084 Mit Blick darauf, dass das Gericht in diesen Entscheidungen zudem die kompensatorische Bedeutung von Rechtsaufsicht und gerichtlicher Kontrolle besonders betont wird, erkennt *Kluth* eine deutliche Abweichung vom Modell der Legitimationsketten, *Kluth*, Der gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation (2015), S. 82.

1085 Vgl. der Verweis in *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124) auf *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72); *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66 f.); *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87 f.) und später in *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 158) der Verweis auf *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (124), sowie die (alleinige) Bezugnahme in *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 169) auf *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 158).

1086 Gleiches gilt auch für die Entscheidung in den übrigen in Art. 93 Abs. 1 GG genannten Fällen und ergibt sich aus Art. 97 Abs. 1 und Art. 100 Abs. 1 GG.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Weiterhin wird dieser Maßstab direkt aus dem Grundgesetz und damit aus den höchstrangigen Normen abgeleitet und ist auch innerhalb des Grundgesetzes durch die Bezugnahme von Art. 79 Abs. 3 GG auch auf Art. 20 GG besonders geschützt.[1087]

Auch thematisch ist der Maßstab nach den zu Anfang entwickelten Kriterien als spezifisch demokratischer Ansatz anzusehen, was in Hinblick auf die inhaltliche Nähe des positivrechtlichen Maßstabs zu dem spezifischen verfassungstheoretischen und politikwissenschaftlichen Maßstab wenig überrascht, dem er ursprünglich inhaltlich angelehnt war. Der Maßstab stellt dabei verschiedenste Anforderungen zum notwendigen Verantwortungszusammenhang bei der Delegation von Entscheidungsbefugnissen dar und bewirkt damit wesentliche Schranken für die Verlagerung von Entscheidungsverantwortlichkeiten. Vor allem knüpft sich an die aus Art. 20 Abs. 2 GG entwickelte Dogmatik demokratischer Legitimation ein weitreichendes und differenziertes Rechtsfolgenbündel an. Dies zeigt sich am deutlichsten durch die Urteile, in denen Gesetze für teilweise unvereinbar mit dem Grundgesetz und insoweit für nichtig erklärt wurden.[1088] Auch trotz der Bejahung der Verfassungsmäßigkeit der Wasserverbände ergibt sich aus der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage des BVerwG zur demokratischen Legitimation der Verbände die rechtspraktische Bedeutung und damit der Rechtserheblichkeit dieser Frage.[1089] Die Möglichkeit der weiteren Differenzierung von Rechtsfolgen ergibt sich dabei aus allgemeinen verfassungsprozessrechtlichen Vorgaben. Dabei bewirkt ein Verstoß gegen diesen Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation nicht

1087 Damit soll allerdings nicht die Behauptung verbunden sein, dass der Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG notwendigerweise so weit geht, auch die Dogmatik zur demokratischen Legitimation als unveränderbar festzuschreiben; die verschiedenen möglichen Auslegungsmöglichkeiten des gleichbleibenden Wortlauts (vgl. dazu in der Rechtswissenschaft vertretene Auffassungen hierzu in Kap. III.A; vgl. insbesondere auch die Diskussion über das Verständnis von Art. 20 Abs. 2 GG als Prinzip oder Regel, vgl. dazu Kap.III.B) von Art. 20 Abs. 2 GG sprechen m.E. eher dagegen, einen so weitreichenden Schutz anzunehmen.

1088 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37; *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60; *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37; hier handelt es sich zwar um frühere Entscheidungen, deren Maßstäbe nach hier vertretener Auffassung so nicht beibehalten wurden, die Konsequenz einer möglichen Verfehlung eines notwendigen Maßstabs demokratischer Legitimation mit vergleichbaren Rechtsfolgen scheint sich das Gericht allerdings vorzubehalten.

1089 Vgl. zu den unterschiedlichen Konsequenzen einer Verfassungsmäßigkeit und einer Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Grundlagen wegen (Nicht-)Einhaltung der Voraussetzungen notwendiger demokratischer Legitimation *BVerwG*, B. v. 17.12.1997, NJW 1999, 870 (Rdnr. 65 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur die Angreifbarkeit der jeweiligen gewählten organisatorischen Struktur (beispielsweise im Organstreitverfahren), sondern durch die materiellen Rechtmäßigkeitserfordernisse des Art. 2 Abs. 1 GG eine grundsätzliche Angreifbarkeit auch der hierauf basierenden Einzelentscheidungen.[1090]

Wenn sich auch mit der weiter fortgesetzten inhaltlichen Veränderung des Legitimationsmaßstabs durch das Gericht in der Rechtsprechungslinie immer mehr „dogmatische Lücken, Zweideutigkeiten und Halbheiten" aufzeigen, die schon der Entscheidung zu den Wasserverbänden vorgeworfen wurden,[1091] bleibt allerdings die Beurteilung dieses Maßstabs als rechtsdogmatischer Legitimationsmaßstab im Sinne der anfangs entwickelten Kriterien unberührt. Selbst der Vorwurf eventueller methodischer Unzulänglichkeiten ändert nichts daran, dass auch die neuen Kriterien vom BVerfG als für die Auslegung des Grundgesetzes kompetenten Organ durch Auslegung aus Art. 20 Abs. 2 GG (und weiteren Bestimmungen) abgeleitet wurden und somit der rechtsinhaltlich-verbindliche Charakter des Demokratieprinzips nicht in Frage gestellt ist. Damit ist die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines solchen Rechtsmaßstabs demokratischer Legitimation unabhängig von der Frage, ob dieser Maßstab einen monistischen oder eher einen pluralistischen Legitimationscharakter hat. Damit erfüllt dieser Maßstab vollumfänglich die eingangs entwickelten Voraussetzungen an einen Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation.

c) Wahlrechtskern

Eng verbunden mit dem Demokratieprinzip oder auch dem Gebot demokratischer Legitimation wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Kerngehalt des Wahlrechts aus Art. 38 Abs. 1 GG, wie sich aus der regelmäßigen Zitierung mit Berufung auf die durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 1 und 2 GG garantierte Demokratie[1092] ergibt. Aus der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Gerichts ergibt sich, dass Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gerade nicht nur das subjektive Recht des Einzel-

1090 Vgl. beispielsweise das Verfahren *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194, in dem zwei Abgabebescheide angegriffen wurden und ein Verstoß der Organisationsstruktur des Weinfonds gegen das Gebot demokratischer Legitimation der Verwaltung auch zur Rechtswidrigkeit der Abgabebescheide hätte führen können.

1091 *Jestaedt*, Demokratische Legitimation - quo vadis?, JuS 2004, 649 (653).

1092 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (340).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen auf Teilnahme an einer Bundestagswahl schützt, sondern auch ein prozessuales Recht des Einzelnen zur Einhaltung objektiver Verfassungsbestimmungen.[1093] In der Literatur wird dieser Sonderfall der Verfassungsbeschwerde aufgrund vermeintlicher Entleerungen des Wahlrechts durch explizite oder implizite Kompetenzübertragungen an die Europäische Union auch als „Integrationsverfassungsbeschwerde" bezeichnet.[1094]

Diesen prozessualen Ansatz hatte das Gericht bereits in seiner Entscheidung anlässlich des Vertrags von Maastricht gewählt, war dort aber nur davon ausgegangen, dass der Kerngehalt des Wahlrechts nicht entleert werden dürfte; im Lissabon-Urteil ging das Gericht dann sehr viel weiter, indem auch der materielle Demokratiegehalt in den beschwerdefähigen Schutzbereich mit einbezogen wurde.[1095] Dabei geht die Prüfung über eine bloße verfassungsprozessuale Zulässigkeitsfrage hinaus und ergänzt das (ansonsten objektiv verstandene) Verfassungsprinzip der Demokratie um individualbezogene Faktoren.[1096] Vor allem ermöglicht dieser Maßstab für weitere Entscheidungen zur europäischen Integration eine Möglichkeit zur Prüfung materieller Vertragsinhalte, auch wenn die Mehrheiten für einen (ursprünglich für derartige Fälle vorgesehenen) Antrag im Organstreitverfahren nicht vorhanden sind.[1097] Folglich ermöglichte

1093 Dazu kritisch *Schönberger,* Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundestaatsverbot, Der Staat 48 (2009), 535 (539 ff.), der darin eine faktische Subjektivierung auch von Art. 23 Abs. 1, 79 Abs. 3 und 146 GG erkennt.

1094 Vgl. zur Herleitung *Lehner,* Die Integrationsverfassungsbeschwerde nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: Prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde, Der Staat 52 (2013), 535 (540 f.).

1095 Vgl. insoweit hinsichtlich der Analyse noch übereinstimmend bei *Murswiek,* Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, JZ 2010, 702 (702 f.) und bei *Schönberger,* Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundestaatsverbot, Der Staat 48 (2009), 535 (540).

1096 *Schönberger,* Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundestaatsverbot, Der Staat 48 (2009), 535 (541 f.) sieht darin erhebliche materielle Auswirkungen, die auch die Verknüpfung von Demokratie und Menschenwürde erst ermögliche und damit eine „radikal individualrechtliche Rekonstruktion" vornehme.

1097 Als prozessualen und strukturellen Ersatz für nicht vorhandene parlamentarische Mehrheiten für das Anstreben eines Normenkontrollverfahrens bezeichnet *Lehner,* Die Integrationsverfassungsbeschwerde nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: Prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde, Der Staat 52 (2013), 535 (562) die Integrationsverfassungsbeschwerde; vom „Repräsentationsersatz" spricht *Lepsius,* ESM-Vertrag, Fiskalpakt und das BVerfG, EuZW 2012, 761 (762).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der „Wahlrechtskern-Maßstab" auch in den späteren Entscheidungen erst eine gerichtliche Prüfung.[1098] Bemerkenswert ist hierbei, das anders als in den sonstigen Verfahren der Verfassungsbeschwerde gerade nicht eine Geltendmachung der Verletzung eigener Rechte im Einzelfall erforderlich ist, sondern sich diese Verletzung bereits aus der Übertragung von Kompetenzen selbst ergeben kann.[1099] Diese inhaltliche Neuausrichtung des Demokratieverständnisses insbesondere im Lissabon-Urteil leitet das Gericht jedoch aus Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG und nicht unmittelbar aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ab, weshalb dies zwar anlässlich, aber nicht aufgrund des erweiterten Prüfungsmaßstabs der Verfassungsbeschwerde entwickelt wurde. Nach dem Verständnis des Gerichts stellt damit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG in derartigen Konstellationen keinen eigenen materiellen Maßstab dar, sondern eröffnet die Prüfung der Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG durch Subjektivierung und Eröffnung einer Klagemöglichkeit für Einzelne.[1100]

Damit stellt der Maßstab des Wahlrechtskerns keinen materiellen Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation im Sinne der oben hierfür entwickelten Kriterien dar: Hierfür fehlt es bereits an einer (unmittelbaren) Rechtsfolge. Eine Berührung des Wahlrechtskerns hat dabei in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG nicht selbst eine materielle Rechtsfolge zum Gegenstand, sondern ermöglicht erst prozessual die Prüfung anhand anderer (demokratischer) Maßstäbe. Damit ist außerdem fraglich, ob Art. 38 Abs. 1 GG selbst Aussagen über die Reichweite zulässiger Delegation von Entscheidungsbefugnissen vom Bundestag an (Europäische) Akteure trifft. Bei der inhaltlichen Nähe zu den materiellen Prüfungsmaßstäben des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG kommt dem aus Art. 38 Abs. 1 GG entwickelten Maßstab des Wahlrechtskerns somit kein wesentlicher eigener materieller Charakter zu.

1098 Vgl. *BVerfG,* Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124; *BVerfG,* Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195; *BVerfG,* B. v. 14.01.2014, BVerfGE 134, 366; *BVerfG,* Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317.

1099 Mit der Würdigung als „abstrakte Verfassungsbeschwerde" deshalb *Lehner,* Die Integrationsverfassungsbeschwerde nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: Prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde, Der Staat 52 (2013), 535 (545).

1100 Zur Reichweite dieser verfassungsprozessualen Kontrollbefugnis und ihrer Möglichkeit der Kontrolle der Einhaltung notwendiger demokratischer Legitimation nicht nur im Zusammenhang mit Fragen der Europäischen Integration *Murswiek,* Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, JZ 2010, 702 und *Murswiek,* Schlusswort: Schutz der Verfassung als Bürgerrecht, JZ 2010, 1164.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Gewaltenteilungsgrundsatz

Zumindest durch den Verweis auf Art. 20 Abs. 2 GG und die inhaltliche Bezugnahme auf Obersätze aus dem Feld demokratischer Legitimation ergibt sich eine inhaltliche Nähe der Rechtsprechung des Gerichts zum Gewaltenteilungsgrundsatz und zur demokratischen Legitimation. So stellt das Gericht gerade in den jüngeren Entscheidungen zu Fragerechten des Parlaments einen entsprechenden Bezug hierzu her. Aus der Notwendigkeit der Einhaltung eines bestimmten Legitimationsniveaus wird geschlossen, dass dieses nur bei Vorliegen einer genügenden sachlich-inhaltlichen Legitimation gewahrt werden könne, was wiederum die Notwendigkeit parlamentarischer Kontrolle bedeute. Diese könne nur bei Wahrung des Grundsatzes der Gewaltenteilung genügend eingehalten werden.[1101] Trotz der inhaltlichen Nähe der Gewaltenteilung zum Prinzip demokratischer Legitimation und dem damit verbundenen Argumentationsraster stellt damit wohl der in diesen Entscheidungen genannte Gewaltenteilungsgrundsatz einen eigenen, hiervon unabhängigen Prüfungsmaßstab dar, der allenfalls als vorbereitend bzw. ergänzend für den dogmatischen Legitimationsgrunsatz angesehen werden kann.

e) Identitätskontrolle

Erstmals im Urteil zum Lissabon-Vertrag und der deutschen Umsetzung brachte das BVerfG explizit den Maßstab der Verfassungsidentität ins Spiel und leitete diesen aus dem durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Demokratieprinzip des Art. 20 GG ab („Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 GG").[1102] Dieser wurde in den späteren Entscheidungen anlässlich weitergehender Schritte der Integration wieder aufgegriffen und für die Prüfung herangezogen.[1103] In der Sache unterscheidet sich die Identitätskontrolle

---

1101 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 (Rdnr. 132) (dazu oben III.C.41.a)); *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (Rdnr. 106) (dazu oben III.C.41.b)); *BVerfG*, B. v. 13.06.2017, BVerfGE 146, 1 (Rdnr. 87) (dazu oben III.C.46.a)); *BVerfG*, Urt. v. 07.11.2017, BVerfGE 147, 50 (Rdnr. 201) (dazu oben III.C.46.b)).

1102 *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (344).

1103 *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286; *BVerfG*, B. v. 19.07.2011, BVerfGE 129, 78; *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195; *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317; vgl. zu den unterschiedlichen Bezeichnungen als Identitäts-, Entstaatlichungs- und Entäußerungskontrolle durch das Gericht

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur insoweit von einer „gewöhnlichen" Überprüfung der Übertragung von Kompetenzen an die EU, als in diesem Fall – vornehmlich durch den Europäischen Gerichtshof – aus dem bestehenden Recht eine neue Kompetenz abgeleitet wird (was auch implizit durch ein Urteil geschehen kann) und diese ungeschriebene Kompetenz überprüft wird. Die Kontrolle kann damit aber auch inzident erfolgen, wenn im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde eine Grundrechtseinschränkung geltend gemacht wird, die auf eine Rechtsprechung des EuGH im Einzelfall zurückzuführen ist.[1104]

Unzweifelhaft wird dieser Maßstab vom BVerfG als Rechtsmaßstab angesehen und hat auch durch den unmittelbaren Demokratiebezug auf Art. 20 GG eine thematische Ähnlichkeit hierzu. Dessen Zielrichtung scheint jedoch eine andere zu sein: die Identitätskontrolle ermöglicht dem Gericht eine Prüfung anhand grundrechtlicher Bestimmungen in Bereichen, die ansonsten wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts der Prüfung nicht zugänglich wären. Damit erfüllt die demokratische Komponente nur eine unterstützende Funktion, um andere Prüfungen und Maßstäbe zu ermöglichen, und bedeutet weniger eine Stärkung persönlicher Verantwortlichkeit bestimmter Akteure, dafür aber eine Verstärkung des materiellen Rechtsschutzes.[1105]

f) Haushaltspolitische Gesamtverantwortung

In sehr engem Zusammenhang mit dem Zulässigkeitsmaßstab des aus Art. 38 Abs. 1 GG hergeleiteten Wahlrechtskerns steht die Grenze der in den Urteilen zum Euro-Rettungsschirm[1106] und dem ESM-Vertrag bzw.

---

selbst bei *Lehner*, Die Integrationsverfassungsbeschwerde nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: Prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde, Der Staat 52 (2013), 535 (544).

1104 *Lehner*, Die Integrationsverfassungsbeschwerde nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: Prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde, Der Staat 52 (2013), 535 (542).

1105 Deutlich im – soweit ersichtlich – ersten Fall einer anerkannten Durchbrechung unionsrechtlicher Zuständigkeiten durch Zugrundelegung des grundgesetzlichen Maßstabs aus Art. 1 GG bei *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317, dazu oben III.C.45.

1106 *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (244) (dazu oben III.C.33).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fiskalpakt[1107], sowie dem Vorlagebeschluss im OMT-Verfahren[1108] entwickelten „haushaltspolitischen Gesamtverantwortung".[1109] Dieser Maßstab wurde durch das Gericht aufgegriffen und als Teil des „durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Budgetrechts" angesehen. Hieraus resultierten dann materielle Höchstgrenzen für die Übernahme finanzieller Verpflichtungen, weil bei bedeutender quantitativer Steigerung der finanziellen Garantien und Einstandspflichten ein quantitativer Sprung erreicht werden könnte, der dermaßen weitgehende Einschränkungen des Gesetzgebers bedeuten würde, dass eine autonome Politik nicht mehr denkbar wäre.

Damit erfüllt dieser Prüfungsmaßstab auch die Anforderungen an einen demokratischen Rechtsmaßstab: Die Herleitung durch das Gericht erfolgt aus einer Auslegung der grundgesetzlichen Vorgaben der Art. 38 Abs. 1, 20 Abs. 1 und Abs. 2 und 79 Abs. 3 GG, womit es sich um einen Maßstab des positiven Rechts handelt. Durch diese (grund-)gesetzliche Verknüpfung mit dem demokratischen Wahlrecht erfüllt er auch *per definitionem* die Anforderung eines spezifisch demokratischen Maßstabs. Weiterhin knüpfen sich auch insofern Rechtsfolgen an diesen Prüfungsmaßstab, als ein Überschreiten der Grenze dazu führen würde, dass bestimmte Verpflichtungen nicht übernommen werden dürften.[1110] Mehrfach betont das Gericht dabei den besonderen Ausnahmecharakter dieser angenommenen Bindung und die damit einhergehende (geschützte) Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.[1111]

Gegen die Einordnung als *Legitimations*maßstab im eingangs skizzierten Sinne spricht jedoch dessen materielle Zielrichtung: Geschützt durch die „haushaltspolitische Gesamtverantwortung" wird ausschließlich die Entscheidungsfähigkeit des Bundestages in der Zukunft, nicht aber auch ein

---

1107 *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (Rdnr. 161 ff.) (dazu oben III.C.39).

1108 *BVerfG*, B. v. 14.01.2014, BVerfGE 134, 366 (Rdnr. 42) (dazu oben III.C.36).

1109 Der Zusammenhang mit dem aus Art. 38 Abs. 1 GG geschützten Wahlrecht resultiere dabei ähnlich wie schon bei den vorangegangenen Integrationsentscheidungen daraus, dass dessen materieller Kerngehalt nicht so weit entleert werden dürfte, dass durch Ausübung des Wahlrechts faktisch kein Einfluss mehr genommen werden könnte, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (Rdnr. 124 f.).

1110 Die praktische Durchsetzung könnte am ehesten im Organstreitverfahren als ein Verbot der Zustimmung zu einem dahingehenden Abkommen erreicht und durch eine einstweilige Anordnung des BVerfG nach § 32 BVerfGG gesichert werden.

1111 *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (Rdnr. 130 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anderes Organ. Somit geht es einzig um eine unzulässige Selbstbindung (des Akteurs, von dem die Legitimation weitervermittelt wird), nicht jedoch um Grenzen der Delegation von Entscheidungsbefugnissen an andere Akteure und somit nicht um eine Verlagerung zwischen den Gewalten oder um eine Kontrollverringerung außerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens. Insbesondere liegt dieser materiellen Grenze anders als dem oben genannten rechtsdogmatischen Legitimationsmaßstab nicht die Frage der zulässigen Verlagerung von politisch-materiellen Entscheidungsbefugnissen auf andere Stellen zugrunde.

2. Entwicklungsphasen in der Rechtsprechung des BVerfG

Betrachtet man die Entwicklung der Rechtsprechung zur demokratischen Legitimation der Verwaltung und die zugrunde gelegten Rechtsmaßstäbe, lassen sich unterschiedliche Phasen erkennen und voneinander abgrenzen.

a) Dahinschlummern

Bin in die 1980er Jahre hinein war die Bedeutung des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG als Strukturprinzip anerkannt, kam bei Auslegungsfragen insbesondere demokratischer Ausprägungen des Grundgesetzes (wie bei den Wahlgrundsätzen) vereinzelt zum Tragen, fristete aber mehr oder weniger ein Schattendasein.[1112] Im Nachhinein und unter Berücksichtigung der erst später explizierten Legitimationskettendogmatik in den Urteilen zum Ausländerwahlrecht lassen sich schon in dieser Zeit wesentliche Begriffselemente hiervon finden, so beispielsweise in den Entscheidungen zu den Nordrhein-westfälischen Gemeindeparlamenten, Kalkar I und den Schleswig-Holsteinischen Ämtern. Gleichwohl fehlte dem hier möglicherweise schon zugrunde gelegten Legitimationsmodell bzw. der Legitimationsvorstellung die juristische Wirkkraft, weil allenfalls allgemeine Schlussfolgerungen ohne kritischen Wert gezogen wurden und streitentscheidend andere grundgesetzliche Einzelbestimmungen waren. Von Bedeutung war somit lange eher die Befassung mit dem Rechtsstaatsprinzip, das Demokratieprinzip fristete ein Schattendasein.

1112 Dazu *Ossenbühl*, Gedanken zur demokratischen Legitimation der Verwaltung, in: *Horn* (Hrsg.), Recht im Pluralismus (2003), S. 109 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Explizierung eines Rechtsmaßstabs

Mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht von 1990, die das zuvor von *Böckenförde* konzipierte dogmatische Modell nahezu unverändert zugrunde legten,[1113] begann ein neues „Zeitalter" in der rechtswissenschaftlichen Diskussion um die demokratische Legitimation der Verwaltung. Durch die Nichtigerklärungen der fraglichen Bestimmungen war erstmals und unzweifelhaft klargestellt, dass es sich bei dem Modell demokratischer Legitimation („Legitimationskettenmodell") nicht nur um eine verfassungstheoretische Konzeption handelt, sondern dieses den Rang eines dogmatischen Maßstabs des positiven Rechts einnimmt. Damit verbunden war ein erstmals wirklich kritischer Wert des Demokratiemaßstabs, der selbst und unmittelbar geeignet war, Auswirkungen auf die Verwaltungsorganisation zu entfalten und damit die Loslösung von parlamentarischer Verantwortlichkeit zu begrenzen. Die Nichteinhaltung konnte auch im Falle nur suboptimaler Verwirklichung einer Verantwortlichkeit nur zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit führen; Abstufungen hingegen, bedingt durch die Deutlichkeit der Verfehlung des erforderlichen Maßstabs, waren der Rechtsfolge dieser Verfassungswidrigkeit und damit dem gerichtlichen Ausspruch vorbehalten, weshalb der Legitimationsmaßstab hier nur zu den Ergebnissen verfassungsmäßig oder verfassungswidrig kommen kann, also einen nur binären Maßstab darstellt.

Die enthaltenen Elemente des Modells können nur als grobgerastert und rudimentär angesehen werden: Alle Staatsgewalt müsse auf ein einziges (immerhin in verschiedenen Untergliederungen), einheitliches Staatsvolk über zwei grundlegende Legitimationsvermittlungsmethoden (personell und materiell) zurückgeführt werden. Letztere seien nur in begrenztem Maße wechselseitig substituierbar und müssten ein verfassungsvorgegebenes Legitimationsniveau erreichen, das sich entweder aus dem

1113 Vgl. *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl (1974); *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl. (1987), § 22; auf den Zusammenhang dieser Konzeption *Böckenfördes* mit der unter seiner wohl federführenden Mitwirkung als Richter des Bundesverfassungsgerichts in den Entscheidungen *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 und *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 weist *Jestaedt*, Democratic Legitimization of the Administrative Power, in: *Pünder/Waldhoff* (Hrsg.), Debates in German Public Law (2014), S. 186 f. hin.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grundmodell der Verfassung oder aus Abweichungen rechtfertigenden Sondervorschriften ergeben müsse.

Trotz – oder gerade wegen – der Einfachheit dieses Modells war hiermit die größte Bedeutung der demokratischen Legitimation als Rechtsmaßstab erreicht. Auch in der Anwendung spiegelt sich diese Bedeutung wider, nachdem die drei großen Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht[1114] und zur kommunalen Mitbestimmung[1115] (wenn auch hinsichtlich des dogmatischen Modells schon abweichend) in der Zeit von 1990 bis 1995 jeweils zur Nichtigerklärung von Normen führten. Hier fällt auch der zeitliche Zusammenhang mit der Diskussion um eine gesamtdeutsche Verfassung und um den Vertrag von Lissabon auf. Insoweit scheint erstmals eine (nachgeholte) Emanzipierung des Demokratieprinzips vom Rechtsstaatsprinzip erkennbar.

c) Pluralisierung und Marginalisierung

Jedenfalls ab Beginn der 21. Jahrhunderts kann man die Erreichung einer neuen Evolutionsstufe des Legitimationsprinzips auszumachen. Insbesondere die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Wasserverbänden[1116] dürfte hier als Wendepunkt in der Rechtsprechung angesehen werden. Nach dem zuvor praktizierten (und noch vom Bundesverwaltungsgericht in der Vorlageentscheidung[1117] zugrunde gelegten Modell) hätte das noch als monistisch anzusehende vorherige Modell wohl dazu führen müssen,[1118] dass die hier streitgegenständliche Verwirklichung der funktionalen Selbstverwaltung als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme vom Demokratieprinzip anzusehen sei.[1119] Hingegen wird aus dem Urteil erkennbar, dass wegen des „Prinzipiencharakters“ und der „Entwicklungsoffenheit“ des Demokratieprinzips[1120] an dem strengen Modell des

1114 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (dazu oben III.C.8.a)) und *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (dazu oben III.C.8.b)).
1115 *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (dazu oben III.C.15).
1116 *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (dazu oben III.C.19).
1117 *BVerwG*, B. v. 17.12.1997, NJW 1999, 870 (dazu oben III.C.19).
1118 *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation (2009), S. 172 ff. (dazu oben III.C.30).
1119 *Jestaedt*, Demokratische Legitimation - quo vadis?, JuS 2004, 649 (652 f.), *Jestaedt*, Democratic Legitimization of the Administrative Power, in: *Pünder/Waldhoff* (Hrsg.), Debates in German Public Law (2014), S. 188.
1120 Beide *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (91).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Regel-Ausnahmeverhältnisses gerade nicht mehr festgehalten wird. Konnten unmittelbar nach dieser Entscheidung noch Zweifel bestehen, ob und inwieweit das alte dogmatische Modell noch beibehalten hätte werden können,[1121] ergibt sich spätestens und deutlich aus den neueren Entscheidungen zum privaten Maßregelvollzug,[1122] zur Filmabgabe[1123] und Weinabgabe,[1124] dass auch durch die Inbezugsetzung der legitimationsbedürftigen Ausübung von Staatsgewalt und der Intensität des Grundrechtseingriffs die Abkehr vom ursprünglichen Modell vollzogen wurde. Auch die immer wiederkehrende Würdigung als entwicklungsoffenes und entwicklungsbedürftiges Verfassungsprinzip als wohl schon aktuell vorherrschende Meinung in der Literatur[1125] zeigt die vollzogene Pluralisierung des Demokratieprinzips.

Dieses lässt sich für alle Elemente des dogmatischen Legitimationsprinzips verdeutlichen: Hinsichtlich der Legitimationssubjekts, das noch in den Ausländerwahlrechtsurteilen, aber auch in der Literatur einheitlich als Gesamtheit des deutschen Staatsvolks als verfasste unbestimmte Allgemeinheit verstanden wurde,[1126] ist dahingehend eine deutliche Lockerung zu erkennen, als der Geltungsgrund nun im Zusammenhang mit Art. 1 GG (sogar als zentral geprägt hierdurch) gesehen wird und damit das Allgemeinheitserfordernis nicht mehr in seiner Striktheit aufrecht erhalten bleibt.[1127] Ähnliches gilt auch für das Legitimationsobjekt. Während in den 1990er Jahren von einer ausnahmslosen Legitimationsverpflichtung

---

1121 So zumindest nicht ausgeschlossen bei *Jestaedt*, Demokratische Legitimation - quo vadis?, JuS 2004, 649 (653).

1122 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (dazu oben III.C.34).

1123 *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (dazu oben III.C.37).

1124 *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (dazu oben III.C.40).

1125 Allen voran *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006) (dazu oben III.C.11), *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6 (dazu oben III.C.26).

1126 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 26 ff. (dazu oben III.C.1), so auch noch *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (348 ff.) (dazu oben III.C.11).

1127 In der Literatur vgl. vor allem *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, Rdnr. 18 f. (dazu oben III.C.26); in der Rechtsprechung erkennbar *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (92) (dazu oben III.C.19) und unter Bezugnahme hierauf bei *BVerfG*,

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ohne jeglichen zulässigen Bagatellvorbehalt ausgegangen wurde,[1128] geht das BVerfG in seiner Entscheidung zur Weinabgabe davon aus, dass es sich bei der Legitimationsverpflichtung nicht „bis ins Detail" um amtliches Handeln mit Entscheidungscharakter handle, das die Legitimationsverpflichtung auslöse und kommt damit einer solchen Bagatellgrenze nahe.[1129] Umgekehrt scheint damit aber die Vorstellung verbunden zu sein, dass bei Annahme einer Legitimationsverpflichtung nicht mehr nur die schlussendlich abschließende staatliche Entscheidung zum Gegenstand genommen wird, sondern eine Vielzahl von Faktoren, die sämtlich zum Zustandekommen dieser Entscheidung beitragen können.[1130] Erst recht lassen sich beim Legitimationsniveau in der neueren Rechtsprechung und Literatur deutlich unterschiedliche Akzente finden, nachdem seit der Entscheidung zum privatisierten Maßregelvollzug endgültig das Legitimationsniveau von der Intensität des Grundrechtseingriffs abhängig gemacht wird.[1131] Von einem Fortbestehen der früheren Annahmen kann also spätestens hiermit nicht mehr ausgegangen werden.

Gerade durch die Vielzahl der möglichen Ansatzpunkte hinsichtlich des weit verstandenen Legitimationsobjekts und der denkbaren Anknüpfungspunkte bei der Betrachtung der vielfältigen Legitimationsmethoden wird leicht der Eindruck enorm steigender Komplexität und einer korrespondierend steigenden Bedeutung erweckt. Vieles spricht aber gegen eine solche Einschätzung: Auch wenn das Modell immer komplexer und komplizierter wird und in weitaus größeren Anwendungsbereichen diskutiert wird, verliert es seine praktische Handhabbarkeit[1132] und zugleich seinen kritischen Wert. Mit steigender Zahl der berücksichtigungsfähigen

---

Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (Rdnr. 158) (dazu oben III.C.37) und *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 169) (dazu oben III.C.40).

1128 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 12 (dazu oben III.C.1); *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000), S. 237 ff. (dazu oben III.A.1.b)(2)).

1129 *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 176) (dazu oben III.C.40).

1130 Vgl. oben zum Legitimationsobjekt des pluralistisch verstandenen Legitimationsobjekts III.A.2.b).

1131 *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (Rdnr. 178 ff.) (dazu oben III.C.34); *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (Rdnr. 169) (dazu oben III.C.40).

1132 Von einem „overkill an berücksichtigungsfähigen Legitimationseffekten" spricht insoweit *Jestaedt*, Democratic Legitimization of the Administrative Power, in: *Pünder/Waldhoff* (Hrsg.), Debates in German Public Law (2014), S. 196.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einflussfaktoren erscheint es schwer vorstellbar, dass es zum vollständigen Fehlen von Rückanknüpfungspunkten im Einzelfall kommen könnte. Zugleich bleibt das Modell allerdings wie schon die vorherige „einfache" Evolutionsstufe demokratischer Legitimation auch schlicht unterkomplex, wenn es an tatsächlichen Steuerungseinflüssen für jegliche staatliche Entscheidung gemessen wird. Ob und welche Bedeutung das menschliche Verhältnis eines Sachbearbeiters zu seinem Vorgesetzten oder auch nur die Temperatur und Qualität des morgendlichen Kaffees eines Behördenmitarbeiters auf die Auswahl einer von verschiedenen denkbaren und zulässigen Entscheidungsalternativen hat, lässt sich auch in der weit verstandenen pluralistischen Ansicht nicht berücksichtigen – gleichwohl dürfte es naiv erscheinen, derartigen Faktoren jeglichen noch so geringen Einfluss bei einer (auch unterbewussten) Entscheidungsfindung abzusprechen.

Damit steht einer (vermeintlich) enormen Betonung der Bedeutung eines Demokratie- und Legitimationsmaßstabs durch die mittlerweile wohl (zahlenmäßig) überwiegenden Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung eine – in rechtlicher Hinsicht – schwindende Bedeutung entgegen. Diese könnte jedenfalls in den praktischen Auswirkungen verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung gesehen werden. In keiner der Leitentscheidungen nach dem Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein kam es zur Feststellung der Unvereinbarkeit mit den Erfordernissen demokratischer Legitimation des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG.[1133] Denkbar wäre zwar, dass sich mittlerweile die (auch gesetzgeberische) Vorstellungen den Notwendigkeiten demokratischer Legitimation so sehr den rechtlichen Erfordernissen angenähert haben, dass überhaupt kein gerichtliches Einschreiten mehr nötig ist. Bedenkt man, dass insbesondere durch die Bestrebungen der Europäischen Union zur Schaffung weiterer unabhängiger Einrichtungen die Entwicklung in eine völlig andere Richtung geht, erscheint eine solche Annahme nicht sonderlich wahrscheinlich.

Der vermeintlich immer weiter gesteigerten Bedeutung des Rechtsgrundsatzes demokratischer Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG steht damit ein tatsächlicher juristischer Bedeutungsverlust entgegen. Vieles spricht dafür, die Problematik der demokratischen Legitimation der Verwaltung nach dem Grundgesetz als Scheinriesen anzusehen. Die enorme

1133 Eine Ausnahme lässt sich hier nur auf landesverfassungsgerichtlicher Ebene erkennen: *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, Urt. v. 31.01.2014, NVwZ-RR, 497 = NordÖR 2014, 262-271 (dazu oben III.C.38), wobei hier unzweifelhaft noch das frühere Verständnis des BVerfG von der verfassungsrechtlich notwendigen demokratischen Legitimation zugrunde lag.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Erweiterung der Möglichkeiten der Herstellung einer genügenden Legitimation führt allerdings dazu, dass faktisch immer ein genügendes Legitimationsniveau erreicht ist, weil nahezu beliebige Rückkopplungen hierfür ausreichen können. Damit stellt sich dann aber die Frage, ob ein nur noch in der Theorie, nicht aber in der praktischen Anwendung relevanter Maßstab noch als wirklicher (effektiver) Rechtsmaßstab im Sinne des eingangs entwickelten Suchrasters angesehen werden kann.

3. Verhältnis zum Literaturdiskurs

Die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgefundenen Entwicklungsphasen lassen sich auch mit der Entwicklung des Diskurses in der juristischen Fachliteratur erkennen. Dies lässt sich bereits am zeitlichen Zusammentreffen wesentlicher Neuerungen in der Rechtsprechung mit diskursprägenden Literaturbeiträgen beobachten.

So sind bis zu den Entscheidungen des BVerfG zum Ausländerwahlrecht nur sehr wenige Beiträge vorhanden, die von einem bedeutenden, praktisch wirksamen Rechtssatz erforderlicher demokratischer Legitimation ausgingen. Das zeitliche Zusammentreffen dieser Urteile mit bedeutenden Veröffentlichungen von *Böckenförde*[1134], *Emde*[1135], *Schmidt-Aßmann*[1136] und *Jestaedt*[1137] innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums (Veröffentlichungsjahre 1987-1993) gab der Diskussion einen derartigen Schub, dass den Begriff der „demokratischen Legitimation" in den Rechtswissenschaften von einem zuvor unbekannten oder dahinschlummernden Betrachtungsgegenstand zu einem praktisch enorm bedeutsamen Rechtsmaßstab katapultierte. In der Retrospektive sind schon zu dieser Zeit die späteren enormen Unterschiede angelegt, die allerdings zeitgenössisch noch nicht besonders deutlich zu Tage traten: Die inhaltlichen Differenzen hinsichtlich der Art und Bestimmung des erforderlichen Legitimationsniveaus waren bereits erkennbar, hier scheinen jedoch die Gemeinsamkeiten zu überwiegen, nachdem über die – ebenfalls relativ jungen – Kategorien des Legitima-

---

1134 *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl. (1987), § 22.

1135 *Emde,* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991).

1136 *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329.

1137 *Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993).

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionssubjekts, der Legitimationsobjekts und der Vermittlungsmethoden relativ weitgehende Einigkeit bestand.

Parallel zur nachfolgenden Entwicklung in der Rechtsprechung lässt sich auch in den Literaturbeiträgen zur demokratischen Legitimation nach der Entscheidung zu den Wasserverbänden 2002 eine wesentliche Diskursverschiebung erkennen: Vor allem durch die Arbeiten von *Schmidt-Aßmann*[1138] und *Trute*[1139] wurden viele weitere inspiriert und begleiteten und prägten die Phase der Pluralisierung. Insoweit treffen die Liberalisierung des vormals strengen Modells des BVerfG mit der erkannten Pluralisierung in vielen Stimmen der Literatur zeitlich aufeinander. Ob hier insoweit auch eine vollständige inhaltliche Deckungsgleichheit mit den Annahmen der neueren Rechtsprechung besteht, lässt sich wohl allerdings nicht abschließend feststellen. Sicherlich lassen sich viele Elemente der neueren Rechtsprechung durch die pluralisierten Modelle kontingent erklären. Gleichwohl hält sich das Gericht beim Umgang mit dem rechtsdogmatischen Maßstab demokratischer Legitimation anders als im „Integrationsrecht" mit Äußerungen zu seinem zugrundeliegenden Verständnis zurück und legt sich damit gerade nicht fest, ob es tatsächlich seine eigenen Maßstäbe im Wesentlichen modifiziert beibehält oder trotz vergleichbarer Terminologie eine Abkehr vom früheren Verständnis erfolgt sein soll. Insofern dürfte spannend werden, ob sich das Gericht zukünftig entscheidungserheblich mit den unterschiedlichen Auffassungen auseinandersetzen muss.

4. Einheitlichkeit des Diskurses

Auch mit der vielschichtigen und diffusen Vielfalt der Auffassungen zu Demokratie und demokratischer Legitimation im Hinterkopf erscheint der Fachdiskurs weit einheitlicher und homogener als zunächst vermutet. Beschränkt man sich bei der Betrachtung des Maßstabs auf die Frage der (verfassungs-)rechtlichen Erforderlichkeit der Rückkoppelung hoheitlicher Entscheidungen an ein Legitimationssubjekt, findet sich eine sehr fokussierte Diskussion, die Art und Reichweite der Legitimationsverpflichtung

1138 *Schmidt-Aßmann,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2006), vgl. dazu oben Kap. III.C.17.

1139 *Trute,* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6, vgl. dazu oben Kap. III.C.26.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus Art. 20 Abs. 2 GG zum Gegenstand hat. Auch wenn im Ergebnis keine Einigkeit über dessen Verständnis erreicht wird und man deshalb wohl nicht von einer herrschenden Meinung sprechen können wird, zeigen sich zwei Grundverständnisse, auf deren Grundelemente im Wesentlichen die Diskursbeiträge zurückzuführen sind. Deutlich wird auch das Zusammenspiel von Literaturauffassungen und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, somit stellt sich die Diskussion um diese konkrete Einzelfrage nach dem Legitimationsniveau im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG als einheitlicher Diskurs dar.

Ob und inwieweit die demokratische Legitimation rechtsdogmatisch als monistisch oder pluralistisch zu verstehen ist, muss wohl ausweislich dieses Überblicks über den Diskurs als noch ungeklärt gelten. Nach hier vertretener Meinung dürfte mehr dafür sprechen, dass das rechtsdogmatische normativ-positivierte Legitimationserfordernis nur grundlegende und schematische Anforderungen stellen kann und deshalb ein monistischer Ansatz zur Beschreibung des geltenden Verfassungsrechts besser geeignet ist, soweit er aus einer grundgesetzlich zulässigen Konstellation ein Legitimationsniveau ableitet. Betrachtet man die Legitimationsvermittlung sodann allerdings aus dem Blickwinkel der Staatslehre und versucht man, (beispielsweise rechtssoziologisch oder rechtspolitisch motiviert) Steuerungseffekte aufzuzeigen, leuchtet unmittelbar ein, dass hierfür genau dieses Modell völlig unterkomplex und damit ungeeignet ist und viel differenziertere Modelle erforderlich werden.

Damit wird deutlich, dass sich die wirklich zu beantwortende Rechtsfrage darauf beschränkt, inwieweit diese weitergehenden Auffassungen neben wissenschaftlich nachvollziehbaren Grundannahmen (und damit ihrer Relevanz für die Rechtswissenschaften) auch den Nachweis der Verankerung im geltenden Verfassungsrecht (Positivierungsnachweis) erbringen können. Die rechtswissenschaftlichen Fragen im Übrigen gehen hingegen deutlich über derartige Überlegungen hinaus.

https://doi.org/10.5771/9783748927112-66, am 12.10.2024, 04:32:11
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb