

# Öffentliches Recht im Umbruch

Fritz Ossenbühl

Rechtsordnungen entwickeln sich normalerweise in evolutionären Bahnen. Konzeptionelle Kehrtwendungen und fundamentale Umbrüche sind regelmäßig Folgen von Revolutionen oder tiefgreifenden Veränderungen des politischen oder gesellschaftlichen Systems. Das deutsche Staats- und Verwaltungsrecht hat sich nach dem 2. Weltkrieg in einer gewissen Introvertiertheit der Entwicklung des neu begründeten Verfassungsstaates gewidmet. Am Ende der Jahrtausendwende haben sich die Schwerpunkte verlagert und teilweise zu einem Paradigmenwechsel geführt. Der Verfassungsstaat hat sich nach außen und innen geöffnet: durch die europäische Integration, die Ökonomisierung und Privatisierung der Staatsaufgaben sowie durch die damit zusammenhängende Globalisierung. Diese Entwicklungen führen zu großen Umbrüchen im Staats- und Verwaltungsrecht und werfen neue Fragen nach dem Schicksal des Verfassungsstaates auf.

## Aufbau des Verfassungsstaates nach dem 2. Weltkrieg

Der empirisch-deskriptive Typusbegriff des Verfassungsstaates verbindet die demokratischen und rechtsstaatlichen Grundstrukturen und Wesenselemente zu einer integralen Einheit im Staat. Dazu gehören Volkssouveränität, parlamentarische Repräsentation, Gewaltenteilung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit. Nach dem Willkürstaat des nationalsozialistischen Regimes ist es 1949 mit dem Erlaß des Grundgesetzes in einem Glücksfall deutscher Verfassungsentwicklung gelungen, diesen Verfassungsstaat in einer vorbildlichen Form auf deutschem Boden zu etablieren.

Ein halbes Jahrhundert hat fast ausschließlich das Grundgesetz die Aufmerksamkeit der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre auf sich gezogen. Das Staatsverständnis hatte sich nicht geändert. Der Staat ist der mit Souveränität begabte Hoheitsträger. Die Bürger unterstehen seiner Hoheitsgewalt, die prinzipiell durch einseitige Hoheitsakte ausgeübt wird. Aber das Verhältnis zwischen Staat und Einzelnen wurde fundamental neu gesehen und rechtlich durchkonstruiert. Der vormalige Untertan avancierte zum Staatsbürger, nicht nur durch verstärkte Teilhabe an der öffentlichen und staatlichen Willensbildung, sondern auch und insbesondere durch den unvergleichlichen Ausbau des Bürgerrechtsschutzes. Dem in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgten Zugang des Bürgers zum Richter bei hoheitlichen Rechtsverletzungen entsprach der institutionelle Ausbau der verschiedenen Gerichtszweige ebenso wie die Einrichtung von Staatsgerichtshöfen in den Ländern und die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts. Der Verfassungsstaat der Nachkriegszeit in Deutschland ist

damit insbesondere als ein Staat der Rechtswege und der Richter apostrophiert worden. Es gibt im öffentlichen Recht kaum „gerichtsfreie“ Räume und nur wenige, in denen sich der Kontrollzugriff der Gerichte lockert und sich auf Willkürprüfungen beschränkt. Dahinter steht nicht nur ein hohes Selbstbewußtsein der dritten Gewalt im Staate, sondern auch das Vorverständnis einer zur Willkür neigenden staatlichen Exekutive, die es im Zaume zu halten gilt. Dieses „Feindbild“ hat sich auch auf einem anderen Felde des Staats- und Verwaltungsrechts ausgewirkt, nämlich beim Vorrang des Gesetzes und bei der Frage der demokratischen Legitimation. Die demokratische Legitimation und damit die demokratische Verantwortung und Kompetenz zu hoheitlichem Handeln wurde nahezu monopolistisch beim Parlament verankert. Von ihm muß die Exekutive demokratische Legitimation für ihr Handeln ableiten. So wurde das parlamentsbeschlossene Gesetz zum Grund- und Eckstein staatlichen Handelns. Doch wie sich bald zeigen sollte, ist weder eine Dämonisierung der Exekutive berechtigt noch der Gesetzesvorbehalt in der anfangs vertretenen radikalen Form realistisch. Die Funktionsfähigkeit der Exekutive forderte ihren demokratischen Tribut. Die Verankerung der demokratischen Legitimation beim Parlament wird für die Exekutivverordnung nur noch notdürftig aufrechterhalten. Was sich lange Zeit bewahrt hat, war das Verständnis, daß der Staat seine Hoheitsgewalt in Befehlen und Anordnungen, also wie man sagt in ordnungsrechtlichen Instrumentarien, betätigt und sich nicht auf Abkommen, Vereinbarungen und Deals einläßt. Ein weiteres hervorstechendes Merkmal der deutschen Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit ist die starke Ausformung des Grundrechtsschutzes, die insbesondere durch das Bundesverfassungsgericht vorangetrieben worden ist. Die

Grundrechte werden nicht nur in ihrer herkömmlichen Bedeutung als Abwehrrechte gegen den Staat gedeutet, sondern darüber hinaus als objektive Wertentscheidungen und auf diese Weise zu höchsten Maßstäben der gesamten Rechtsordnung erhoben, was zwangsläufig dazu führen mußte, daß das Bundesverfassungsgericht zu einer obersten Instanz aller Fachgerichte avancierte und ständig am Rande der Funktionsfähigkeit steht.

Ist der bundesrepublikanische Verfassungsstaat in seiner 50jährigen Geschichte damit in vielen Punkten durch eine Dogmatisierung und Hypertrophie von Verfassungsprinzipien an seine realisierbaren Grenzen gestoßen, so findet etwa seit der Jahrhundertwende ein durch viele Umstände verursachter Umbruch in der deutschen Staats- und Verfassungsrechtsordnung statt, der auf Dauer zu einem Systemwandel führt, der wesentliche Merkmale des in den ersten 50 Jahren aus grundgesetzlich introvertierter Sicht konstruierten Verfassungsstaats hinter sich lassen wird.

### Europäisierung des öffentlichen Rechts

Eine starke, mit hoher Dynamik in diese Richtung gehende Bewegung resultiert aus der Europäisierung des öffentlichen Rechts. Allerdings gibt es die europäische Integration nicht erst seit der Jahrhundertwende oder seit den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts. Aber etwa bis in diese Zeiträume hinein ist die europäische Entwicklung von der deutschen Staatsrechtslehre verdrängt worden. Man hat sie den „Europarechtlern“ überlassen, einigen Fachspezialisten, die ihr Augenmerk mehr auf die Fortentwicklung des Europarechts als auf die Rückwirkung des Europarechts auf das nationale Verfassungs- und Verwaltungsrecht richteten. Erst der Maastricht-Vertrag, mit dem der Integrationsprozeß „auf eine neue Stufe“ gehoben werden sollte und sich die Frage stellte, ob damit auch eine verfassungsrechtliche Wende stattfand, hatte die deutsche Staatsrechtslehre aufgeweckt. Seit 1992 hat also die Diskussion um die europäische Integration aus der Sicht des nationalen öffentlichen Rechts Konjunktur. Das Wort von der „Europäisierung“ des Staats- und Verwaltungsrechts macht die Runde.

Die Europäische Union ist kein Staat, auch kein Bundesstaat, aber – in der Sprache des Bundesverfassungsgerichts – ein „Staatenverbund“ und insoweit eine eigene Rechtsgemeinschaft mit eigenen Organen und eigener Gerichtsbarkeit. Die hoheitlichen Kompetenzen zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten sind aufgeteilt. Insbesondere der weite Bereich des Wirtschaftsrechts sowie das Umweltrecht mit annexen Materien gehören zum Kompetenzbereich der Gemeinschaft. In diesem Raum entwickelt sich ein eigenes gemeineuropäisches Recht, in welchem die Rechtsprinzipien höchst unterschiedlicher nation-

aler Rechtssysteme aufgehen und verschmolzen werden. Dieses europäische Recht geht dem nationalen Recht vor, auch den nationalen Verfassungen. Der Grundrechtsschutz gegen Hoheitsakte der Gemeinschaft wird deshalb heute nicht mehr in Karlsruhe, sondern in Luxemburg vor dem Europäischen Gerichtshof vertreten. Der verbleibende Raum nationaler, von Brüssel unbeeinflusster Rechtsetzung ist stark geschwunden und weiter im Schwinden begriffen. Die nationalen Parlamente werden von den Exekutiven der Gemeinschaft dominiert. (Exekutiv-)Verordnungen der Gemeinschaft sind in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Recht. Richtlinien der Gemeinschaft bilden detaillierte Direktiven für die nationale Gesetzgebung.

Im rechtlichen Bereich befindet sich die europäische Integration bereits auf dem Wege zu einer Verschmelzung unterschiedlicher Rechtskulturen in Europa. Dieser Verschmelzungsprozeß wird nicht einseitig von oben dirigiert, sondern vollzieht sich in einem gegenseitigen Geben und Nehmen. Nationale Grundsätze werden von den Organen der Europäischen Union, namentlich auch dem Europäischen Gerichtshof aufgenommen und europaweit verbreitet wie beispielsweise der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit. Andererseits werden die nationalen Rechtsordnungen in diesem „Angleichungsprozeß“ erheblich modifiziert. Aus deutscher Sicht bedeutet dies eine Rückführung des perfektionierten Rechtsschutzes, eine Rückführung allerdings, die im nationalen Raum immer wieder für notwendig befunden wird. Insbeson-



*Treppenhaus des Justizpalastes Berlin-Moabit, in: Erich Dittmann, „Nieder mit den schwarzen Paragafenhengsten!“ Zeichnungen aus deutschen Gerichten. 1963-1999, München 2002, S. 161*

dere der Grundrechtsschutz tritt hinter das Bestreben nach einem möglichst reibungslosen Integrationsprozeß zurück und bedeutet mit seiner Überführung in die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofes eine Senkung des Schutzes auf den nach dem Grundgesetz "unabdingbaren Standard", was auch immer man darunter verstehen mag.

Ein umfassender, luxuriös ausgebildeter Rechtsschutz kostet nicht nur Geld, sondern auch viel Zeit und ist deshalb ein Hemmnis für eine rasche wirtschaftliche Entwicklung, was uns gerade auch im Zusammenhang mit dem nach der Wiedervereinigung notwendigen Aufbau in den neuen Bundesländern vor Augen geführt worden ist. Für sie war das Wohlstandsverwaltungsrecht der alten Bundesrepublik kein realistisches Rezept. Gefragt war ein Notstandsverwaltungsrecht, zu dem es allerdings nur ansatzweise gekommen ist. Die für die europäische Integration typischen Merkmale der Stärkung der Exekutiven einerseits und der Absenkung des Rechtsschutzes andererseits erweisen sich als gegenläufige Tendenzen zu den Wesensmerkmalen des deutschen Verfassungsstaates der Nachkriegszeit. Deshalb sind insbesondere diese beiden Punkte immer wieder Gegenstand der Auseinandersetzungen. Die Bundesrepublik möchte im Prozeß der europäischen Integration ihre verfassungsrechtliche Identität nicht verlieren und versucht, dies durch die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG zu gewährleisten. Doch es stellt sich die Frage, ob die überkommenen Paradigmen des Verfassungsstaates noch stimmen. Jedenfalls sind sie nicht ohne weiteres auf Europa übertragbar. Ein europäisches Volk, welches repräsentiert und in einen europäischen Gesetzgebungsprozeß eingebaut werden könnte, gibt es nicht. Damit entfällt eine wesentliche Grundlage für das Profil des überkommenen Verfassungsstaates.

Der gegenwärtige Zustand ist gekennzeichnet durch eine Zerteilung der Rechtsordnung: auf der einen Seite das Europarecht, welches das nationale Recht überwölbt und dominiert, dem nationalen Recht vorgeht, jedoch auf den europarechtlichen Zuständigkeitsbereich beschränkt bleibt, der sich allerdings immer mehr ausweitet; auf der anderen Seite der verbleibende Raum nationalen Rechts, der vom Europarecht (zunächst) unberührt bleibt. Spannend bleibt, wie sich die Grenzen zwischen diesen beiden Hemisphären des Rechts in Zukunft verändern werden.

Wichtig ist außerdem, daß sich die Rechtskulturen verändern, nicht nur durch die Zuführung neuer aus Europa kommender Prinzipien, Gedanken und Rechtsanschauungen, sondern durch die Art und Weise, ein Rechtssystem zu gestalten, die Rechtsordnung rational zu halten und die Methode, Recht zu finden. Insoweit ist die bisherige deutsche Rechtsordnung durch ein stark aus-

geprägtes systematisches Denken gekennzeichnet, während der Aufbau einer neuen Rechtsordnung, wie in Europa, selbstredend nur Schritt für Schritt möglich ist und nicht aus einem Guß erfolgen kann. Demzufolge ist für das Europarecht der kasuistische Ansatz dominierend. Dieser Ansatz, der auch im herkömmlichen deutschen Recht bereits weite Teile beherrscht, wird sich weiter verstärken.

## Ökonomisierung und Privatisierung

Anderer Herkunft und anderer Art sind jene Tendenzen, die in gleicher Weise wie die Europäisierung das überkommene System und die herkömmliche Dogmatik der rechtsstaatlichen Ordnung, so wie sie sich in Deutschland nach dem 2. Weltkrieg entwickelt hat, in Frage stellen. Dieses Infragestellen betrifft freilich nicht die Legitimation oder die Konsistenz oder die Werthaftigkeit dieser Ordnung, sondern deren Funktionsfähigkeit im Hinblick auf die Anforderungen der Gegenwart. Nicht zuletzt unter der Flagge des Sozialstaatsprinzips ist der bürgerliche Rechtsstaat zum alles regelnden und bestimmenden Wohlfahrts- und Interventionsstaat aufgebläht worden. Der Staat hat sich übernommen, er ist zu korpu lent geworden, damit überfordert und unbeweglich. Die hoheitlichen Aufgaben können nicht mehr sinnvoll bewältigt werden. Nicht nur die Aufgabenfülle, sondern auch die Komplexität und Dynamik der Lebensverhältnisse sowie die unanschätzbaren Risiken namentlich im Bereich des Technik- und Umweltrechts führen den Staat an den Rand seiner Leistungs- und Funktionsfähigkeit. Die Steuerungskraft hoheitlicher Anordnungen zeigt in Vollzugsdefiziten ihr Ungenügen. Das Gesetz, dieser „Eckstein des neuen Staatsrechts“, ist brüchig geworden. Gesucht wird nach neuen Strukturen, die eine funktionsgerechte, sinnvolle und effektive Aufgabenerfüllung ermöglichen und gewährleisten; und man glaubt sie in den Formen und „Gesetzen“ der Marktordnung gefunden zu haben oder finden zu können. Die damit einhergehende Ökonomisierung und Privatisierung zielt ab auf den „schlanken Staat“, der sich nicht nur ganzer Aufgabefelder entledigen, sondern der auch seine Aktionen neu organisieren soll.

Ökonomisierung und Privatisierung bedeutet also Abkehr von den überkommenen Formen und Strukturen hierarchischen Verwaltens. Die Verwaltung soll sich in ein Leistungsunternehmen wandeln, die Behördenleitung wird zum Management, der Bürger zum Kunden, die Behörde zur Agentur und der Verwaltungsakt zum Produkt umetikettiert. Dadurch soll ein neues effektives Klima und organisatorisches Ambiente für die Aufgabenerfüllung entstehen. Schon immer haben sich die Hoheitsträger, namentlich die Kommunen privatrechtlicher Gesellschaftsfor-

men bedient, um die ihnen obliegenden Leistungsaufgaben zu erfüllen, weil ihnen adäquate öffentlichrechtliche Organisationsformen nicht zur Verfügung standen. Lange ist darüber gestritten worden, ob die privatrechtlichen Organisationsformen den verfassungsrechtlichen Grundformen einer rechtsstaatlich-demokratischen Verwaltung hinreichend gerecht werden können.

Die gegenwärtigen Tendenzen gehen jedoch weit über diesen Frageansatz hinaus. Sie zielen darauf ab, der öffentlichen Verwaltung sowohl die Prinzipien und Erfahrungen der privaten Unternehmensführung nutzbar zu machen wie auch die Regeln des Marktes und damit des Wettbewerbs in den Dienst der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu stellen. Dies hat, wie leicht einzusehen ist, weittragende und tiefgehende Konsequenzen für eine Neuorientierung der öffentlichen Verwaltung und für das gesamte Staatsverständnis. Der Staat gibt seinen Hoheitscharakter weithin auf. Der gewaltunterworfenen Bürger wird zum Vertrags- und Verhandlungspartner, mit der er einen Deal macht (siehe etwa Atomkonsens). Die demokratische Legitimation tritt hinter die Effektivität der Aufgabenerfüllung zurück. Akzeptanz und Konsens sind die neuen Zauberworte des Regierens und Verwaltens. Vergleich und Kompromiß erscheinen erstrebenswerter als die klare Lösung und Entscheidung, auch dort wo eine solche Entscheidung verfassungsrechtlich gefordert ist (vgl. das vom Bundesverfassungsgericht eingeleitete Kompromißverfahren im Falle LER Brandenburg). Wichtig ist nicht mehr so sehr, was dem Recht entspricht, sondern was akzeptiert und konsentiert wird.

Das rechtsstaatliche Verfassungs- und Verwaltungsrechtssystem beruht vor allem auf den Kategorien der Kompetenz und Verantwortung. Klare Kompetenz- und Verantwortungszuweisungen sind die Voraussetzungen für legitime Machtausübung, Kontrolle und Rechenschaft. Dieser Zusammenhang geht verloren, wenn an die Stelle klarer Kompetenzzuweisungen Vereinbarungen, Deals, Bündnisse, runde Tische, formelle Absprachen, gentlemen's agreements und andere Formen des Zusammenwirkens treten, die Verbindlichkeit für sich nicht beanspruchen und deshalb auch Verantwortlichkeiten als nebensächlich erscheinen lassen. Mit der Privatisierung des öffentlichen Rechts wird eine Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten angestrebt. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben soll Privaten überlassen werden, aber der Staat soll sich nicht aus der Garantenstellung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung verabschieden können. Dieses Zusammenspiel wird als „regulierte Selbstregulierung“ bezeichnet. Der Staat gibt die Spielregeln vor, nach welchen sich die Aufgabenerfüllung in privater Hand vollziehen soll und überwacht sie. Er zieht sich auf eine Gewährleistungsverantwortung zurück. Vormal-

hoheitliche Aufgaben werden von zertifizierten Privatinstitutionen wahrgenommen. Ob dies besser funktioniert, muß abgewartet werden (vgl. etwa BSE-Testskandal in Privatlabors).

Diese nur sporadischen Bemerkungen und Hinweise zeigen, daß es nicht nur um einige neue Trends geht, sondern, daß es sich um eine Neuorientierung handelt, die die Fundamente der überkommenen Verfassungsordnung berührt und zu neuen Vermessungen oder sogar neuen Grundlegungen zwingt.

## Globalisierung

Mit dem Schlagwort von der Globalisierung wird wiederum eine Tendenz eingefangen, die ebenfalls dominierend von der Ökonomie her geprägt ist. Insofern weist diese Tendenz eine sachliche Verwandtschaft sowohl mit der Europäisierung wie auch mit der (staatsinternen) Ökonomisierung und Privatisierung im dargestellten Sinne auf. In allen Fällen wird deutlich, daß ökonomische Prinzipien und Kategorien dominieren und ihrerseits die Rechtsordnung vorformen und bestimmen. Die Globalisierung bedeutet wie jede Internationalisierung eine Öffnung des Verfassungsstaates nach außen, angesichts der Kommunikationsmöglichkeiten auch eine Entgrenzung des Nationalstaates als historischer Grundlage des Verfassungsstaates. Mit der Entgrenzung verliert der Nationalstaat eines seiner kennzeichnenden Wesensmerkmale, und es stellt sich deshalb sofort die Frage, wie die auf den Nationalstaat bezogenen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Kategorien und Prinzipien in einer globalisierten Welt „fortleben“ können. Entscheidend wird es dabei darauf ankommen, wie den veränderten Umständen entsprechend die durch historische Erfahrungen gewonnenen Verfassungswerte, die sich in der Freiheitsgewährleistung und in der Machtbändigung dokumentieren, auf dem Hintergrund veränderter Strukturen erhalten und in gewandelter Form zur Wirksamkeit gebracht werden können.

### *Anschrift des Verfassers:*

Prof. Dr. Fritz Ossenbühl  
Im Wingert 12  
53340 Meckenheim

### *Literatur*

- Udo Di Fabio, Der Verfassungsstaat der Weltgesellschaft, 2001,  
Maximilian Wallerath, Der ökonomisierte Staat, Juristenzeitung,  
2001, S. 209 ff.  
Jens-Peter Schneider, Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und  
Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung, 2001, S. 317 ff.  
Friedrich Schoch, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungs-  
rechts, Juristenzeitung 1995, S. 109 ff.  
Thomas von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäi-  
sche Integration, 1996.