

---

# BERICHT

---

## Grundrechte und Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in Deutschland<sup>1</sup>

**Helmut Goerlich**

Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in Deutschland pflegt die Habilitationsschrift. Sie ist hier immer noch ein besonderes Instrument ihrer Kultur. In den letzten Jahren sind diese Arbeiten wieder zunehmend mit den Grundrechten vor allem in Deutschland, aber auch in Europa, befasst. Diese Rechte werden in ihrer Eigenschaft als Freiheitsrechte Gegenstand.<sup>2</sup> Sie treten als Einrichtungsgarantien erneut auf.<sup>3</sup> Sie feiern als Abwehrrechte Urständ.<sup>4</sup> Und ihre Ausgestaltung durch die Gesetzgebung wird ein selbstständiges Thema.<sup>5</sup> Sie sind aber auch Anknüpfungspunkt höherer Durchdringung im Sinne einer Theorie der Grundrechtsdogmatik.<sup>6</sup> Und sie wirken strukturprägend im Sinne einer neuen Zuordnung ganzer Rechtsgebiete zu ihnen, etwa des Staatshaftungsrechts.<sup>7</sup> Daneben erhalten die Grundrechte der Verfassung – nun schon in Lehrbüchern – normativ vorrangig prägende Leitbilder in Gestalt der EU-Grundrechte, also nicht mehr nur völkerrechtliche Entsprechungen von – noch immer – geringerer normativer Stärke.<sup>8</sup> Und

1 Zugleich Besprechung der in Fn. 2–10 genannten Schriften.

2 Vgl. W. Cremer, Freiheitsgrundrechte, Funktionen und Strukturen, XXI (= Jus Publicum, Bd. 104), Tübingen 2003.

3 Siehe U. Mager, Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts (= Jus Publicum, Bd. 99), Tübingen 2003.

4 Vgl. R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, XI (= Jus Publicum, Bd. 98), Tübingen 2003.

5 Vgl. M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte. Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers (= Jus Publicum, Bd. 126), Tübingen 2005.

6 So J. F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik (= Jus Publicum, Bd. 120), Tübingen 2005.

7 Dazu B. Grzeszick, Rechte und Ansprüche – Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten (= Jus Publicum, Bd. 92), Tübingen 2002.

8 Vgl. H. D. Jarass, EU-Grundrechte – Ein Studien- und Handbuch, Juristische Kurzlehrbücher für Studium und Praxis, München 2005.

zahllose kleinere Schriften befassen sich mit ihren historischen Vorgängern<sup>9</sup> oder ihrem dogmatischen Schicksal in Abwägungstechniken, wie sie die Praxis liebt.<sup>10</sup>

Sieht man mit Rainer Wahl die Entwicklung des Öffentlichen Rechts nach 1949 in zwei Abschnitten – zuerst Durchsetzung von Verfassung und Recht durch Verrechtlichung und Justizialisierung, dann Europäisierung und Internationalisierung,<sup>11</sup> so kommen diese großen Schriften eigentlich – sofern sie sich vor allem mit den Grundrechten des Grundgesetzes befassen – zu spät. Das zeigt zugleich die Verzögerungseffekte und Phasenverschiebungen, die der Generationenwechsel auslöst. Denn die jüngeren Autoren dieser schwerleibigen Bücher wenden sich der Durchsetzung der Grundrechte gerade des Grundgesetzes in einer Zeit zu, die der europäischen Integration, der Internationalisierung des Rechts und der Globalisierung nicht nur des Rechtsbewusstseins zugewandt ist. Daher käme es darauf an, die Grundrechte aus diesem engeren Rahmen, der ihnen nun schaden kann, sich frei schwimmen zu lassen, so dass ihre normative Kraft sich im Rahmen der neuen Ufer der Rechtsfortbildung neu aufladen kann. Nur wenn sie auf diesen höheren Ebenen vergleichbare Stärke gewinnen und entfalten, wie sie sie dank des Grundgesetzes besessen haben und weithin noch besitzen, können sie nämlich in Zukunft auf den höheren Ebenen – die ihr Recht mit Vorrang ausstatten – Bestand haben und vergleichbare Bedeutung behalten. Die jüngere Generation ist damit gewissermaßen, was solche Schriften angeht, selbst aus dem Tritt der Zeit, sie scheint ihre Großväter beeinflussen zu wollen, die vielleicht personalpolitisch noch Einfluss haben, deren Staat aber ebenso dahin ist wie der große Leviathan<sup>12</sup>; ebenso ist im Übrigen durch diese Entwicklung der von den Gerichten erschlossene und von ihnen durchgesetzte und an den Fakultäten und Schulen gelehrte Rang der Verfassung von 1949 gefährdet, wiewohl manche ihn weiterhin abzuschotten suchen gegen besagte Europäisierung und Internationalisierung. Auch Letzteres ist allerdings ein vergebliches Unterfangen. Sehr wohl können jüngere Habilitationsschriften zu den Grundrechten des Grundgesetzes auch anders angelegt sein, etwa wenn sie die europäische und weltweite Ebene einbeziehen.<sup>13</sup> In manchen Sachgebieten lässt sich die Einbeziehung der europäischen Entwicklung gar nicht mehr vermeiden, etwa im Staatshaftungsrecht, also dem Gebiet des Rechts, das für rechtswidriges Handeln des Staates unter bestimmten weiteren Voraussetzungen einen Ausgleich ermöglicht. Auch mag sein, dass sich hier allmählich ein Szenenwechsel manifestiert, zumal die wenig älteren Schriften von Autoren stammen, deren Generation schon etabliert ist; sie sitzen also nicht mehr als Privatdozenten in den heute so häufigen Wartesälen oder Zwischenstationen des Öffentlichen Rechts. Oder aber sind sie

9 Siehe W. Pauly, unter Mitarbeit von O. Hünemörder, Grundrechtslaboratorium Weimar – Zur Entstehung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung vom 14. August 1919, VIII, Tübingen 2004.

10 Vgl. K.-H. Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik – Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Walter-Eucken-Institut (= Beiträge zur Ordnungstheorie u. Ordnungspolitik, Bd. 170), Tübingen 2004.

11 Siehe R. Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung und Internationalisierung, 2003, S. 411 ff.

12 Dazu H. Hofmann, »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet«, in: Der Staat 44 (2005), S. 171 ff. (186).

13 Vgl. etwa M. Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 84–165.

aus ganz anderen Gründen zu Stuhle gekommen, etwa gerade, weil sie im Völker- und Europarecht neben und außerhalb der Habilitationsschrift besonders ausgewiesen sind, oder aber, weil sie in einem anderen so genannten Nebengebiet ein Hauptgewicht ihrer Arbeit liegen haben, so dass das Gewicht gerade der Habilitationsschrift sie nicht so sehr belastete. Am Rande bleibt zudem anzumerken, dass die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht bisher die Habilitation hochhält, das Gewicht der betreffenden Schrift mithin regelmäßig nicht zu vernachlässigen ist. Das Fach wird alsbald aus einem ganz anderen Grunde leiden: Nachdem nämlich die Besoldung der Hochschullehrer deutlich abgesenkt ist, wird sich der Nachwuchs verändern. Dies aber nur am Rande und abgesehen von der Entmündigung, jedenfalls aber der Gängelung des Wissenschaftlers durch Zielvereinbarungen, Evaluierungen, »Selbstverpflichtungen« und diverse, daher ausufernde Berichtspflichten sowie Exzellenzwettbewerbe und Projektentwicklungen, letztere insbesondere im Rahmen eines wachsenden Drittmitteldrucks.

#### I. Zunächst zu den Schriften dreier alsbald etablierter jüngerer Kollegen:

Wolfram Cremer, dessen Betreuer – Bernd Jean d’Heur – während der Arbeit verstarb, ist inzwischen, nach einer Vertretung in Leipzig, sowie einem Zwischenspiel als Oberassistent an der Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr in Hamburg, Ordinarius in Bochum. Seine Rostocker Habilitationsschrift zu den Grundrechten als Freiheitsrechten bemüht sich vor allem um eine saubere dogmatische Konstruktion all dessen auf ihrem Felde, was Rechtsprechung und Lehre hervorgebracht haben. Dabei kommt es ihm darauf an, die vielfältigen Funktionen der Grundrechte auf ihre Eigenschaft als Freiheitsrechte zurückzuführen. Dadurch vermeidet die Schrift die Gefahr der Verselbständigung einzelner Grundrechtsfunktionen unter der Flagge einer weiteren, ihnen zugeschriebenen dogmatischen Charakterisierung. Von dieser Warte aus befasst sich die Arbeit nach einer Einleitung im ersten Teil mit den Grundlagen, dann im zweiten Teil mit der Abwehrfunktion der Freiheitsrechte, im dritten Teil mit den grundrechtlichen Gewährleistungen jenseits des Abwehrrechts – also institutionellen, demokratisch-funktionalen, objektiven und werttheoretischen, prinzipienorientierten, Schutzfunktionen fördernden und leistungsrechtlich geprägten Verständnissen der Grundrechte – und schließlich in einem letzten Teil mit den Grundrechten im Privatrecht. Die profunde Arbeit verdient mehr Resonanz als ihr Volumen mutmaßlich ermöglicht. Ihr angefügt ist aber eine umfassende, äußerst verständliche Zusammenfassung. Aus ihr schon geht unmissverständlich hervor, dass es dem Autor zugleich um eine theoretische Grundposition und um Anknüpfungen an und für die Praxis geht. Diese Zweigleisigkeit gestattete wohl nicht, sich kürzer zu fassen. Eine weitere Hilfe im Zugang zu der Schrift bietet ihre ausgezeichnete Gliederung. Sie zeigt, was das ebenfalls vorhandene Stichwortverzeichnis nicht leisten kann, nämlich den systematischen Aufbau des Gedankenganges der Arbeit, sehr deutlich. Deshalb ist nur zu empfehlen, sich die Arbeit zu einzelnen Fragen mit diesen beiden Hilfsmitteln zu erschließen.

Ralf Poscher, ebenfalls inzwischen Ordinarius in Bochum, variiert nicht nur ein Thema seines Lehrers, Bernhard Schlink, nämlich das Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte. Er gibt dem Gegenstand auch eine neue, in der Theorie fundierte Perspektive. Die Perspektive geht allerdings zurück auf einen älteren Ansatz seines Lehrers, der schon vor mehr als zwanzig Jahren die Freiheit durch Eingriffsabwehr propagiert hatte.<sup>14</sup> Dennoch reicht sie bei Poscher weiter. Sie ist nicht mehr allein positiv orientiert, sucht vielmehr der Rechtsprechungsanalyse eine theoretische Grundlage in einem eigenen theoretischen Ansatz zu geben. Im Werbespruch auf der Rückseite des Umschlags der Schrift drückt sich das so aus: »Die Reflexivität der Grundrechte als Normen, die die staatliche Regelung von gesellschaftlichen Konflikten regeln, sieht Ralf Poscher als Schlüssel zu einem modernen abwehrrechtlichen Grundrechtsverständnis. Dieses löst sich sowohl von einem negativen Freiheitsverständnis als auch von den konstitutionellen Implikationen der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft.« Die Arbeit sucht auf diesem Weg der Rechtsprechung nicht nur eine Rolle im Diskurs als dem Modell wissenschaftlicher Kommunikation zu geben. So wissenschaftsoffen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch ist – etwa in dem Sinne, dass man Literatur in den Entscheidungsgründen rezipiert, verarbeitet und zitiert findet – so bleibt doch offen, ob eine Rolle in diesem Diskurs der gerichtlichen Praxis überhaupt wesentlich zusteht. Denn gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit muss auch die Öffentlichkeit und die Politik, die Bürokratie und die Verbände überzeugen. Das heißt, sie hat Anteil an einem »Prozess«, der auch »vermachtet« ist durch die Funktionen und Rollen, die in ihm all die einnehmen, die dabei »etwas zu sagen« haben. Demgegenüber ist die Diskurstheorie angewiesen auf einen machtfreien Raum herrschaftsfreier Kommunikation. Allerdings kann man Poscher und seinen Ansatz so verstehen, dass der Diskurs jenen »Prozess« zu prüfen sucht, um ihn bis zu einem gewissen Grade auch jenseits der juristischen Ebene der Entscheidungsgründe transparent zu machen. So gesehen ist der Beitrag von Poscher von großem Nutzen. Und diese Rolle nimmt er in der wissenschaftlichen Diskussion auch heute als Kollege wahr. Ute Mager, Professorin des Öffentlichen Rechts in Heidelberg und Schülerin von Philip Kunig, schrieb ein umfassendes Werk zu »Einrichtungsgarantien«. Sie umfasst mit diesem Begriff Instituts- und institutionelle Garantien im Sinne der Weimarer Begrifflichkeit. Man hatte dort aus privatrechtlicher Perspektive etwa Ehe und Familie, Eigentum und Erbrecht als Institutsgarantien gesehen, während institutionelle Garantien etwa die Wissenschaftsfreiheit für die Hochschule, das Berufsbeamtentum im Staat und die kommunale Selbstverwaltung waren. Heute kann man diese Kategorien fast auf den ganzen ersten Abschnitt des Grundgesetzes und darüber hinaus einsetzen, was Frau Mager auch tut, also etwa auch für die Vertragsfreiheit, die Koalitionsfreiheit, Presse- und Rundfunkfreiheit, freie Wissenschaft, Forschung und Lehre, das Schulwesen im Sinne des Art. 7 GG, die staatskirchenrechtlichen Verfassungsgarantien und auch Staatsangehörigkeit, Rechtsweggarantie und Unverletzlichkeit der Wohnung sowie auf der institu-

14 Siehe B. Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1984, S. 457 ff.

tionellen Ebene neben gemeindlicher Selbstverwaltung, Beamtentum, Unabhängigkeit der Rechtspflege, politischen Parteien, schließlich noch Amtshaftung, Handelsflotte, Bundeswehr und Bundesbank. In Weimar hatte diese Begrifflichkeit dazu gedient, nicht nur den Grundrechtsteil der Verfassung umfassend zu systematisieren, sondern auch zu erreichen, dass diese Rechte und Einrichtungen besser gegen legislative oder administrative Eingriffe geschützt erschienen. Die Arbeit rezipiert nicht nur, sie versucht auch, den heutigen Stand der Grundrechtsdebatte zu integrieren. Die Einrichtungsgarantien sollen Autonomie gewährleisten, was sich wohl mit Ausnahme des Berufsbeamtentums auch gut begründen lässt, weil dieses nicht Autonomie, sondern – u. a. – Integrität und funktionsgerechte Amtsführung sichern soll. Im Übrigen werden die Binnenverhältnisse einer Einrichtung unterschieden von deren Außenbeziehungen. Die Binnenverhältnisse sollen durch Ausgestaltung im Wege des Gesetzes zu regeln sein, die Außenbeziehungen durch eingreifende Gesetzgebung, die der Verhältnismäßigkeit zu genügen hat. Durch diese Unterscheidung werden auch die im Grundgesetz geschaffenen Sicherungen der Gewährleistung der Effektivität der Geltung der Grundrechte auf die Kategorie der Einrichtungsgarantien abgebildet. Die Sinnfälligkeit ihres Unternehmens, das Verständnis vieler Grundrechte als Einrichtungsgarantien erneut zum Thema zu machen, erweist sich an ihrer Deutung des Art. 19 Abs. 3 GG, wonach »die Grundrechte [...] auch für inländische juristische Personen [gelten], soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind«: Denn in diesem Satz sieht sie eine Absage des Grundgesetzes an eine individualistische Deutung der Grundrechte. Dies ist indes sehr fragwürdig. Denn der Satz sagt für manchen seiner Leser ja geradezu das Gegenteil, sollen doch Grundrechte juristischen Personen nur zustehen, soweit das mit ihrem – scil. der Grundrechte – Wesen vereinbar ist. Hier liegt der Verdacht nahe, dass das ehrenwerte Unternehmen der Autorin unter einer *petitio principii* leidet, so dass sie die Grundrechte vielfach als Einrichtungsgarantien sieht und deshalb die Anwendbarkeit dieser Rechte auf juristische Personen des Privatrechts in der Regel bejaht und daher in dem Verfassungssatz eine Absage an einen individualistischen Grundrechtsbegriff sehen kann. Das führt in grundsätzliche Zweifel an dem Gewicht der Arbeit, die sich im Übrigen durch eine makellose Durchführung und Darstellung, einen solchen Aufbau und die sich daraus ergebende Transparenz des gesamten Duktus auszeichnet. Dabei fällt zudem die historische Einleitung auf, die die Grundlagen der Debatte in der Weimarer Zeit vergegenwärtigt und für das Anliegen der Untersuchung aktualisiert. Nutzen kann man die Arbeit, selbst wenn man einem »individualistischen Grundrechtsbegriff« zuneigt, daher auf jeden Fall. Hinzu kommt, dass sie das, was sie an personal-individualistischem Grundrechtsverständnis ausblendet, in der Sache oft durch ihr Autonomieverständnis wieder etabliert und in ihre Perspektive einbezieht.

Allerdings ist unabhängig von der eigenen Perspektive auch kritisch anzumerken, dass der Charakter der Schrift als kursorische *tour d'horizon* durch alle denkbaren »Einrichtungsgarantien« des Grundgesetzes dazu führt, dass für die einzelne Materie sehr wenig Raum bleibt, also etwa zur kommunalen Selbstverwaltung nichts gesagt wird, wo es um finanzielle Einstandspflichten des Staates geht oder das hohe Lied der Gewährleistung

der institutionellen Seiten der Wissenschaft nicht auch in die Strophe der Reformdiskussion gelangt, in der diese Garantie untergeht in Formen der Außensteuerung, die im Übrigen das Bundesverfassungsgericht in deplorable Weise nur an Hand des nebulösen Begriffs der »Wissenschaftsadäquanz« überprüft,<sup>15</sup>14 was alle Bemühung um die Einrichtungsgarantie bedeutungslos macht. Insgesamt erscheint mithin diese Schrift zu den Einrichtungsgarantien wie eine Reprise der Weimarer Sicht, die vielleicht sogar veranlasst ist angesichts der Erschütterung der bisherigen Maßstäbe verfassungsrechtlicher Prüfung, die mit der Rezeption der »neuen Steuerungsmodelle«, des Instrumentariums der »Reform« des Verwaltungsrechts und der Rechtsfiguren aus anderen Rechtskreisen, insbesondere im Haushalts-, Bildungs- und Hochschulrecht einhergeht, wie zuvor im Umwelt- und alsbald wohl auch im Rundfunkrecht. Es muss allerdings zweifelhaft erscheinen, ob die Lehre von den Einrichtungsgarantien diesem Kraut gewachsen wäre. Abgesehen von diesem aktuellen Bezug vermisst man auch eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit den siebziger Jahren zur dienenden Funktion der objektiven Grundrechtsgehalte, etwa seit der Entscheidung zur Mitbestimmung,<sup>16</sup> die im Übrigen ja einem personal-individualistischen Verständnis der Grundrechte sehr nahe steht. Vielleicht wäre damit das Konzept der Arbeit insgesamt erschüttert worden.

## II.

Eine zweite Gruppe von Arbeiten stammt von Autoren, die ersichtlich größere Schwierigkeiten haben, sich zu etablieren, wenn ihre Lehrer schon im Ruhestand oder aber von geringerem Einfluss sind. So liegt es oft, es sei denn, diese gehören im Rahmen der unzweifelhaften, nicht unproblematischen »Vermachtung« des Fachs zu denjenigen, die nahezu einen Bekenntnisstand konservativer Prägung aufweisen, was ihnen allem Anschein – zumal in Bayern – nach öfter erlaubte, für ihre Schüler auf Lehrstühle kleinerer Fakultäten sozusagen zugreifen zu können, um sie von der leidigen Rolle des wartenden Privatdozenten zu befreien. Manche entgehen diesem Schicksal dadurch, dass sie sich in der Bürokratie, bei den Gerichten oder auf andere Weise ein zweites, absicherndes Berufsfeld erschließen, wenn sie dort nicht schon vor Beginn des Wegs zur Habilitation verankert waren.

Matthias Cornils, der Schüler Fritz Ossenbühls, hat sich in seiner großen Schrift mit der Ausgestaltung der Grundrechte befasst. Ausgestaltung meint dabei das Phänomen, dass viele Grundrechte ohne eine sie ausprägende Gesetzgebung überhaupt nicht ausgeübt werden können, also eine ihre Ausübung ermöglichende Gesetzgebung erforderlich ist, die naturgemäß anders gesehen wird, als eine Gesetzgebung, die ein solches Recht beschränkt und in diesem Sinne in das Grundrecht eingreift. Solche Eingriffsgesetze unterliegen strikten Bindungen, darunter dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der Zwecke

15 Vgl. BVerfGE 111, 333, 353 ff.

16 BVerfGE 50, 290, 336 ff.

und Mittel zuordnet und letztlich eine gewisse Angemessenheit des Eingriffs fordert. Der Verfasser kommt nun hier zu dem Ergebnis, dass weithin auch ausgestaltende Gesetzgebung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu unterwerfen sei.

Beschränkung und Ausgestaltung werden mithin nicht exklusiv gesehen. Das erreicht Cornils dadurch, dass er den Begriff der durch grundrechtliche Prinzipien gewährleisteten negativen Freiheit in die Ausgestaltung induziert und so griffig meint differenzieren zu können, wann die Ausgestaltung zum Eingriff wird. Daher kann er von einer theoretischen Abstraktionshöhe her zu konkreten Maßstäben finden. Das geschieht nach einer eingehenden Untersuchung, ausgehend vom bisherigen Stand der Diskussion, bis hin zur Arbeit von Martin Gellermann über »Grundrechte in einfachrechtlichem Gewande« aus dem Jahre 2000, die Cornils eingangs zu widerlegen sucht. In Wahrheit geht die Unterscheidung von Ausgestaltung und Eingriff auf die feingliedrigen und sensiblen Erwägungen von Peter Lerche zurück, der sie immer wieder aufgegriffen und ausdifferenziert hat. An ihn lehnen sich Gellermann und Cornils denn auch an.

Inzwischen sind diese Erwägungen in plakativer Form Gemeingut der Dogmatik geworden, lösen aber dann die Anstrengungen der Rechtsadepten besonders aus, wenn es um die Frage geht, ob auch eine Ausgestaltungsgesetzgebung mit dem üblichen Instrumentarium, insbesondere der Verfassungsbeschwerde, angegriffen werden kann.

Cornils sucht sich als Darstellungsfelder einzelne Gebiete aus, darunter den Bereich Rundfunk unter den Stichworten Veranstalterfreiheit und »positive Rundfunkordnung«, Privatautonomie, heteronome Sanktionsordnung und Vertragsfreiheit, Eigentümerfreiheit, Ehe, Gesellschaftsrecht, binnengrundrechtliche Funktionssicherung und Tarifautonomie und schließlich Rechtsschutzgarantie. Darauf folgen drei Kapitel zur »Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung«, die von der Ausgestaltungsfunktion des Gesetzes zu den grundrechtlichen Gewährleistungspflichten und abschließend zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzes führen.

Diese Vorgehensweise erbringt jedenfalls eine beträchtliche Sensibilität für das qualitative Verhältnis zwischen Ausgestaltung und Beschränkung von Grundrechten. Das juristische Können ist beeindruckend und zeigt sich in der Qualität der Schrift. Zweifellos wird dieses Können aber zugleich ergänzt durch eine theoretische Neigung, die sich an der Rezeption der Prinzipienlehre sowie des prinzipienorientierten Verständnisses von Grundrechten von Robert Alexy und dessen Schüler Martin Borowski festmacht. Dieser Ansatz eröffnet die Möglichkeit, auf einer Metaebene vorwirkende Differenzierungen zu etablieren, die dann auf der dogmatischen Ebene der Grundrechte bestimmte Ergebnisse herbeiführen. Das Theorieniveau gefährdet dabei die schlichte Normbindung, der der Rechtsanwender ebenso wie der Rechtsunterworfenen zu folgen hat. Daher muss man mit Ergebnissen solcher Übungen vorsichtig und sorgfältig umgehen, sollen sich die theoretischen Annahmen gegenüber der Normativität und Schlichtheit des Rechts nicht als trojanisches Pferd erweisen.

Auch die Habilitationsschrift von Josef Franz Lindner aus München, Schüler Heinrich Amadeus Wolffs und zugleich Verwaltungsbeamter in der Ministerialbürokratie Bayerns, zu einer »Theorie der Grundrechtsdogmatik« geht von solchen theoretischen Annah-

men aus. Allerdings hat man das nicht recht abweisbare Gefühl, dass dieser theoretische Rahmen eben Rahmen ist und als solcher vor allem die Szene gewährleistet, um in ihr aktuelle Probleme des Grundrechtsverständnisses wissenschaftlich anspruchsvoll behandeln zu können. So findet man zunächst Prolegomena, die die Begrifflichkeiten klären und das Erkenntnisinteresse plausibel machen sollen. Ein Dreiebenenmodell ergibt den Gang der Untersuchung, nämlich als ersten Teil eine Metaebene der Argumentationslehren, dann eine materielle Ebene der Grundrechtsgehalte als zweiten Teil und danach im dritten Teil eine Dogmatik der Grundrechtsanwendung. Allerdings, selbst wenn man dem theoretischen Anspruch des Werkes würde folgen wollen, läge darin dennoch keinerlei Gewähr für die praktischen Auswirkungen ihrer Ergebnisse. Denn die juristische Praxis gehorcht allenfalls elementaren Schemen einer Abfolge von Versatzstücken der Rechtsanwendung; sie ist theoriefeindlich, schon weil sie sich weder auf theoretische Annahmen zu verständigen weiß, noch dazu befugt erscheint. Denn dies würde der auch theoretischen Vielfalt der Gesellschaft, der die Rechtsanwendung dient, nicht entsprechen. Gerade erkenntnistheoretisch und methodisch bewusste und engagierte Praktiker fallen allerdings in frühen Stadien ihres wissenschaftlichen Engagements öfter solchen Theorieorientierungen zum Opfer, die diese grundlegende »Theorielosigkeit« der juristischen Argumentation in der Praxis vernachlässigt. Sicher ist die Pflege des juristischen Argumentationsstils von großer Bedeutung. So kommt es bei den Obergerichten auch darauf an, dass ihre Entscheidungsgründe allgemein-verständliche, nicht zu technisch begründete Argumentationspassagen enthalten. Fehlen sie, so kann die Öffentlichkeit die Entscheidungen nicht verstehen. Dies gilt umso mehr für Verfassungsgerichte. Und hier mag in den letzten Jahren in der Tat ein Wandel eingetreten sein, was die Qualität der Entscheidungsgründe angeht. Das motiviert natürlich, den Versuch zu unternehmen, mit Theorie und Methode zu disziplinieren. Ob aber damit diesem Übel abgeholfen werden kann, ob solche Bemühung in die juristische Ausbildung Eingang finden wird und vor allem, ob sie allgemein-verbindlich gemacht werden könnte, all das steht nicht nur auf einem anderen Blatt. Daher beschleicht den Leser Skepsis, je tiefer er in ein solches Unternehmen eindringt und es entsteht der Eindruck, dass die Praxisrelevanz bei diesem Unterfangen mehr und mehr schwindet, je verästelter in ihren Zweigen und je theoretischer die Arbeit in ihrem Anspruch wird.

Anders liegt es mit der Habilitationsschrift zur Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts von Bernd Grzeszick, einem Schüler Otto Depenheuers aus dessen Zeit in Köln, wobei der Schüler selbst inzwischen schon als Ordinarius des Öffentlichen Rechts in Erlangen-Nürnberg etabliert ist. Seine Arbeit sucht das Staatshaftungsrecht dogmatisch neu anzuseilen in den subjektiven öffentlichen Rechten, die naturgemäß häufig Grundrechte sind. Das auch europarechtlich sehr aktuelle Thema wird systematisch und auf den eigenen Gegenstand konzentriert abgearbeitet. Nach einer Einführung in die Problematik durch einen ersten Teil schließt der nächste Teil an mit der historischen Entfaltung des Verhältnisses zwischen Bürgerrechten, Rechtsschutz und Staatshaftungsrecht in Deutschland. Darauf handelt der dritte Teil vom gegenwärtigen Entwicklungsstand der internen Dogmatik des Staatshaftungsrechts in Rechtsprechung und Literatur. Den Grundlagen

des eigenen Ansatzes folgt anschließend in einem eigenen Teil die Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus subjektiven Rechten des Bürgers. Der fünfte Teil verhandelt die Verankerung des Staatshaftungsrechts in Grundrechten, was zu einer Entwicklung des Staatshaftungsrechts als Reaktion auf Ansprüche aus Grundrechtsverletzungen führt, Ansprüche, deren Beschränkung rechtfertigungsbedürftig ist, ebenso rechtfertigungsbedürftig wie Grundrechtseingriffe selbst. Ein letzter Teil widmet sich dann noch dem gemeinschaftsrechtlichen Haftungsrecht in Europa. Auf Ebene des deutschen Staatshaftungsrechts war eine solche Schrift seit langem überfällig. Sie führt eine dogmatische Entwicklung fort, die seit frühen Arbeiten in den sechziger Jahren unter Otto Bachof in Tübingen, und insbesondere bei Hans Heinrich Rupp, Dietrich Jesch und Martin Heidenhain angelegt, aber nicht wirklich vollzogen war. Heute erscheinen diese Schritte nahezu selbstverständlich, damals galten sie als revolutionär. Daher verwundert es nicht, dass heute eine solche Schrift sozusagen aus der Mitte des konservativen Lagers der Zukunft hervorzugehen scheint.

Allerdings fehlt in der Arbeit in diesem letzten Teil eine Darstellung der europarechtlichen Einschränkungen des so genannten Spruchrichterprivilegs im nationalen Recht. Herkünftig österreichische und italienische Fälle haben nämlich dazu geführt, dass diese Privilegien des Rechts der Mitgliedstaaten diese Staaten nicht mehr von der Haftung freistellt, wenn der betreffende Richter das Recht der Europäischen Union nicht oder in völlig unvertretbarer Weise angewandt hat, obwohl es im Fall vor ihm offensichtlich einschlägig ist. Diese Privilegien sind auch nationalstaatlich nicht völlig unumstritten. Im Übrigen: Da Bedienstete – und das gälte wohl im Schutz deutlich verstärkt auch für Richter – vom haftenden Staat nur bei jedenfalls direktem Vorsatz oder – bei Beamten – grober Fahrlässigkeit in Regress genommen werden können, ist nicht zu sehen, wo dieses Privileg heute noch seine Rechtfertigung hat. Das Europarecht schneidet es auf einer objektiven Ebene der Offensichtlichkeit zurück und erzwingt die Haftung des Staates, während das nationale Recht den Rückgriff auf den Beamten von subjektiven Tatbestandsmerkmalen abhängig macht. Jedenfalls: Der Staat sollte haften, wenn er grob inkompetente Funktionsträger in Amt und Würden bringt, deren Unabhängigkeit und Entscheidungsbereitschaft nicht zu sehr beeinträchtigt wird, wenn sie dann nur im Extremfall – etwa bei Rechtsbeugung – in Rückgriff genommen werden können. Das Europarecht durchbricht diese Privilegierung rechtsfortbildend aus anderen Gründen, nämlich weil es in hohem Maße darauf angewiesen ist, seine Beachtung sicherzustellen. Und mitgliedstaatliche Haftungsregeln sollen nicht dazu dienen können, den Anwendungsvorrang dieses Rechts zu gefährden. Diese Lücke der Darstellung der Schrift von Grzeszick wird rasch durch die Fachliteratur geschlossen werden, und sie berührt auch den grundsätzlichen Ansatz der Schrift nicht, zumal sie am Fall der Haftung der Mitgliedstaaten für fehlende, mangelhafte oder verzögerte Gesetzgebung, die dem Vollzug oder der Umsetzung des Unionsrechts dient, das Phänomen der Durchsetzung neuer Rechtskonzepte im Interesse des Europarechts nicht nur präsentiert, sondern in aller Breite entfaltet hat.

## III.

Eine ganz andere Funktion haben manche Arbeiten etablierter Kollegen, die nicht dem strengen Regime einer Habilitationsschrift folgen müssen, die schließlich umfassend, grundlegend und in Manchem mindestens auch in der Recherche »neu« sein sollte. Drei Beispiele sollen dafür stehen: eine kleine historisch orientierte Schrift, eine mit einem erheblichen und bis zu einem gewissen Grade eigenwilligen Theorieanspruch sowie ein schlichtes, aber auf neue Gefilde vordringendes Lehrbuch.

Zunächst ist Walter Pauly, Schüler Michael Stolleis', früher in Halle/Saale und jetzt in Jena Ordinarius für Öffentliches Recht, Rechts- und Verfassungsgeschichte sowie Rechtsphilosophie, mit seiner kleinen Schrift zum »Grundrechtslaboratorium Weimar« anzusprechen. Sie macht sichtbar, welche Leistung die Weimarer Verfassungsväter erbracht haben, indem sie – zwar nicht ganz aus dem Stand, denn es gab immerhin eine Vorgeschichte bis zur Paulskirche und in den Vormärz zurück – die Vielschichtigkeit des Grundrechtsverständnisses erfasst haben und bei der Verfassungsgebung auch fruchtbar werden ließen. Dabei spielte die soziale Komponente der Grundrechtsgeltung eine erhebliche Rolle, eine größere als je zuvor. Auch waren »Volksverständlichkeit« und zugleich die Möglichkeit und die Einrichtung richterlicher Durchsetzung von Grundrechten im Blickfeld. Ersteres setzte sich dank der sprachlichen Kunstfertigkeit der Väter der Weimarer Grundrechte durch, letzteres fiel dem Plenum zum Opfer, indem Art. 107 (Entwurf) WRV als erläuternde und einleitende Bestimmung zur Wirkung von Grundrechten gestrichen wurde, ein Vorfassung eines Artikels, der heute als Vorläufer von Art. 1 Abs. 3 des Grundgesetzes zu verstehen ist, durch den die unmittelbare Rechtsgeltung der Grundrechte sichergestellt wird. Sehr deutlich ist im Übrigen zugleich, wie sehr die Grundrechte, wenn nicht »interfraktionelles ›Partei-««, dann doch jedenfalls ein solches »Arbeitsprogramm« waren, das mit Erfolg bewältigt wurde, und wie sie dazu hätten dienen können, die Weimarer Republik besser zu inszenieren, als es dann die später wirksamen politischen Kräfte tatsächlich zuließen, sowie, dass die Grundrechte jedenfalls nicht in den Topf der »Konstruktionsfehler« der Weimarer Reichsverfassung und dann dadurch auch der Republik gehören.

Karl-Heinz Ladeur hingegen, Schüler des längst verstorbenen Helmut Ridder in Gießen, und nach den zugänglichen Verzeichnissen einer – ja der sich als maßgeblich verstehenden – professionellen Vereinigung schlicht »Professor« am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, hat eine knappe Streitschrift zur »Abwägung in der Grundrechtsdogmatik« auf den Markt gebracht. Sie beteiligt sich an einer in den letzten Jahren wiederbelebten Debatte um die Reichweite der Gestaltungs- und Handlungsspielräume des Staates einerseits und andererseits den Funktionen einer Gesellschaft, die, zwar weitgehend fragmentiert, dennoch eine Vielzahl der Entscheidungen treffen kann und trifft, die – wie Ladeur meint – sich der Staat als Interventionsstaat anmaßt. Die Anmaßung spiegelt sich danach in der Vernetzung in einem Geflecht zahlreicher grundrechtsgeprägter Abwägungsstrukturen, wie sie angeblich aus der Grundrechtsdogmatik heute erwachsen, die deshalb zurückzuschneiden und neu auszurichten nicht nur

veranlasst, sondern dringlich erscheint. Dabei fußt diese Kritik ebenso auf den älteren Ansätzen um Ernst Forsthoff wie auf deren Erneuerung durch Ernst-Wolfgang Böckenförde und ihre Fortführung durch Wolfgang Hoffmann-Riem. Zugleich basiert sie auf sozialwissenschaftlich stärker ausgewiesenen gesellschaftstheoretischen Modellen von Niklas Luhmann bis Gunter Teubner, sowie wohl von Jean-Francois Lyotard,<sup>17</sup> wobei erstere als Juristen zu Sozialtheoretikern wurden und die gesellschaftliche Verankerung des Rechts betonten. Dabei hofft Ladeur auf eine neue Phase der Grundrechtstheorie, die auch auf praktische Wirkung zielt. Sie will zugleich ältere Ansätze, die allerdings keineswegs ein vollständiges Wert- und Anspruchssystem aus Grundrechten herauslasen, zurückdrängen, wobei absurder Weise Konrad Hesse in Fußnoten mit diesen identifiziert erscheint, obwohl zugleich Entscheidungen, die primär er als Bericht erstattender Richter entworfen hatte, positiv gewürdigt werden – abgesehen von seinem kurz vor der Zeit als Richter verfassten Beitrag zur Theorie von Staat und Gesellschaft, der keine Erwähnung erfährt.<sup>18</sup> Richtig ist gewiss, dass in einer Phase der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in der das Gericht die Konturen einer Grundrechtsdogmatik nicht mehr recht findet und diese Rechtsprechung daher immer beliebiger zu werden droht, die Wissenschaft wieder in höherem Maße gefordert ist. Unter diesen Umständen beleben Streitschriften diese Debatte. Auf einem anderen Blatt steht es aber, dass ihr Synkretismus in Theorie-, Methoden- und Rechtskonzeptionen so diffus wirkt, dass der Beitrag der Schrift zur erforderlichen Debatte kaum mehr wirklich zu orten ist. Gewiss ist, dass Ladeur heute systemtheoretisch, postmodern und neoliberal auftritt und zugleich die konservativ-vorkonstitutionellen Vorbehalte gegen die Grundrechte des Grundgesetzes neu belebt. Ob er in der Kombinatorik seines Argumentationsgeflechts damit viel bewirken kann, ist allerdings mehr als fragwürdig, zumal zugleich auch modische Konzepte der Verwaltungswissenschaft und politikwissenschaftliche Schlaglichter etwa der Governance-Lehren hinzugemengt sind. Es mag sein, dass das Theoriegemenge, in das er seine Kritik kleidet, einerseits seine Schrift vor Angriffen schützt, andererseits ihr aber viel an Wirkung nimmt, weil die engere juristische Zunft dieses Menu davon abhält, sich an den Tisch zu setzen, geschweige denn, Alternativen dazu zu veröffentlichen. Aber es ist zweifellos notwendig, dass die Grundrechtsdogmatik wissenschaftlich neu untermauert wird; dies nicht nur durch Habilitationsschriften, sondern in monographisch-pamphletistischer Weise durch kleine Monographien begleitet; die Beiträge müssen nämlich nach Sprache, Umfang und Thesen rezeptionsfähig bleiben. Dazu beigetragen zu haben, darin liegt ein großes Verdienst dieser kleinen Schrift.

Eine ganz andere Therapie gegen die einsame Lastigkeit und entwertende Abgehobenheit von Habilitationsschriften ermöglichen Lehrbücher. Sie erfordern nämlich einen konsistenten Entwurf des Grundrechtsverständnisses, der Darstellung und Vermittlung.

17 Zur respektablen Rezeption Ladeurs vgl. M. Kronenberger, Theorien der radikalen Fragmentierung – Ladeur/Lyotard/Weber, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2006, S. 215 ff. (229 ff.).

18 Vgl. K. Hesse, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, zuerst in: *Die Öffentliche Verwaltung* 1975, S. 437 ff.

Dazu soll hier ein Beispiel herausgegriffen werden: Hans Dieter Jarass, Schüler Peter Lerches, ordentlicher Professor am Institut für Umwelt- und Planungsrecht der Universität Münster in Westfalen, hat eines der jüngeren Lehrbücher zu Grundrechten in Europa vorgelegt, das nach Art und Umfang trotz seiner thematischen Engführung sicher auch studentischen Zuspruch erhalten wird. Solche Lehrbücher zwingen zu Disziplin. Sie gestatten kein theoretisches Ratatouille, so viel »Bildung« und in einem weniger ironischen Sinne Durchdringung des Stoffes sie auch erfordern. Sie prägen ganze Generationen der Studierenden mehr als knappe und breitere theorieorientierte Beiträge. Das gilt selbst für ein Lehrbuch zu den Grundrechten in Europa, die eine neue Qualität erlangt haben, seit sie in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2000, 2004) gefasst sind. Die genannte Disziplin ist jedenfalls dann unabdingbar, wenn das Lehrbuch überschaubar gehalten und systematisch konzise ausfallen soll. Das ist hier der Fall. Deswegen ist es nachhaltig zu empfehlen und steht zu hoffen, dass auch für das nationale Recht neue Lehrbücher dieser Art noch entstehen können. Dies scheint nicht nur dank des Interesses der Verlage der Fall und man darf gespannt sein, ob und gegebenenfalls wie die jüngere Grundrechtsdebatte in dieser Literaturgattung sich niederschlägt und fortgeführt wird. Von Interesse wäre dann im Übrigen auch besonders, ob Strenge und Erfahrung der deutschen Grundrechtsdogmatik die europäische Ebene trotz ihrer gegenwärtigen Gefährdungen befruchten; wünschenswert wäre eine Rezeption, die differenziertere Maßstäbe und striktere Kontrolltechniken befördert. Scheint doch auf europäischer Ebene – und zwar auch in der Rechtsprechung zur Europäischen Menschenrechtskonvention – die Bereitschaft zu groß, Grundrechtsbeschränkungen hinzunehmen, also sozusagen durchgehen zu lassen. Das mag auch an der geringen Härte des eigenen Instrumentariums liegen, neben anderen Gründen, auf die hier nicht einzugehen ist.

#### IV.

Insgesamt kann man sagen, dass kleinere Schriften und Lehrbücher etablierter Kollegen in der hier präsentierten Auswahl nahezu mehr Reiz haben, als die bemühten Habilitationsschriften, die oft zu theoretisch, zu umfassend oder zu voluminös ausfallen, als dass sie wirklich oder jedenfalls auf kurze Sicht Wirkung würden entfalten können. Es ist daher kein Wunder, wenn dann ihre Autoren diese voluminösen Werke als Steinbruch für kleinere Veröffentlichungen in Zeitschriften in den Folgejahren nutzen, nicht nur, um auch als wahrgenommener und bekannt gewordener Spezialist eines Rechtsgebietes zu erscheinen, sondern auch, um die Erwartung an ihre Produktivität zu bestätigen. Diese kleineren Arbeiten erreichen allerdings in aller Regel nur das Fachpublikum, das solche Beiträge jedenfalls zur Kenntnis nimmt, wenn nicht sogar liest.