



Dokumentation von 91 Passagen in der Dissertation

„Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip.

***Eine verfassungsrechtliche Studie zur Bundesbankautonomie vor
und nach der dritten Stufe der Europäischen Währungsunion“***

von Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf

mit Verdacht auf Ghostwriting durch Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

sowie Dokumentation von einigen Plagiaten

in dieser Dissertation, Universität Hamburg, 1997,

erschieden als Buch bei Duncker & Humblot, 1997



Wahrscheinlich falsche eidesstattliche Versicherung von Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf

Laut der 1998 gültigen Promotionsordnung war jeder Dissertation eine **eidesstattliche Versicherung** beizufügen, in der unter anderem erklärt wurde, dass „*die Dissertation selbst angefertigt*“ wurde. Wäre die gegenständliche Dissertation hingegen „*Teil einer gemeinschaftlichen Arbeit*“ gewesen (§ 2 Abs. 2 der PromO), wäre dies wohl in der Buchfassung vermerkt worden und müsste ein entsprechendes umfangreicheres Werk in Ko-Autorschaft existieren. Außerdem würde der „*eigene Anteil*“ dann wiederum nicht auf die gegenständliche Dissertation zutreffen!

§ 7

Einreichung der Dissertation

(1) Die Dissertation ist in zwei maschinenschriftlichen Exemplaren beim Fachbereich einzureichen. Sie ist in der Regel in deutscher Sprache abzufassen. Über Ausnahmen entscheidet der Promotionsausschuß bei der Zulassung zur Promotion. Näheres hierzu bestimmen Richtlinien, die der Promotionsausschuß mit Zustimmung des Fachbereichs erläßt.

(2) Auch eine bereits veröffentlichte Abhandlung kann als Dissertation vorgelegt werden, sofern sie nicht älter als fünf Jahre ist.

(3) Beizufügen sind

1. eine straffe Zusammenfassung des Inhalts der Dissertation und ihrer wesentlichen Ergebnisse,
2. eine Erklärung darüber, daß die Abhandlung in der gegenwärtigen oder einer anderen Fassung keinem anderen Fachbereich vorgelegen hat,
3. die eidesstattliche Versicherung, daß der Bewerber oder die Bewerberin die Dissertation selbst angefertigt und nur die angegebenen Hilfsmittel benutzt hat, im Fall einer gemeinschaftlichen Arbeit (§ 2 Absatz 2 Satz 2) auch die Angaben des eigenen Anteils.



Quelle: Promotionsordnung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg vom 20. Mai 1998,

<https://www.uni-hamburg.de/campuscenter/studienorganisation/ordnungen-satzungen/promotionsordnungen-vor-april-2014/19980520-promo-rw.pdf>

Diese Versicherung musste bereits **seit mindestens 1972 im Fachbereich Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg** abgegeben werden, wie aus der einschlägigen Judikatur hervorgeht: „Er gab dabei die Versicherung gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 3 PromO 1972 ab, dass er die Dissertation selbst angefertigt und nur die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe.“ (Quelle: <https://www.landesrecht-hamburg.de/bsha/document/NJRE001280871>) **Diese PromO hatte auch Gültigkeit für Frauke Brosius-Gersdorf.**

Dies ist also **kein Bagatelldelikt** und könnte auch eine Erklärung dafür sein, warum Frauke Brosius-Gersdorf in der Talkshow bei Markus Lanz keine Antwort auf die Frage von Herrn Lanz geben wollte („Wer hat von wem abgeschrieben?“) und stattdessen auf die von ihr beauftragte Anwaltskanzlei verwies.

Im Nachfolgenden werden Textübereinstimmungen präsentiert, die im Gesamtbild die These stark plausibilisieren, **dass Hubertus Gersdorf als „Ghostwriter“ für die Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf tätig war.** Die Indizien dafür sind nicht nur gemeinsame Zitierfehler und gemeinsame **distinkte Formulierungen, sondern vor allem auch die Tatsache, dass sich unter den Quellen der Textübereinstimmungen auch Texte befinden, die Hubertus Gersdorf bereits vor 1997 publiziert hat.**



Die Dokumentation erhebt **keinen Anspruch auf Vollständigkeit**. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das „Ghostwriting“ von Hubertus Gersdorf für die Dissertation seiner Frau (weit?) über das hier dokumentierte Ausmaß hinausgeht.

Im Folgenden:

Links die Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf, rechts die Originalquelle (meist die Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf; aber auch Plagiate aus anderen Quellen)



Vorwort

Der Entschluß, über die demokratische Legitimation der Deutschen Bundesbank zu promovieren, wurde im Herbst 1995 gefaßt. Der Bedeutung dieses Themas angesichts der in großen Schritten näher rückenden Europäischen

[...]

Nun zu den üblichen, aber von Herzen kommenden Danksagungen. Sie gelten zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Horst Dreier, den ich

[...]

Dank gebührt ferner dem Verlag Duncker & Humblot, namentlich Herrn

Frauke Brosius-Gersdorf: „Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip. Eine verfassungsrechtliche Studie zur Bundesbankautonomie vor und nach der dritten Stufe der Europäischen Währungsunion“ (1997), Hier S. 7-8 (Die „von Herzen kommenden Danksagungen“ finden sich laut Google in Vorwörtern von Dissertationen nur bei Emde und Brosius-Gersdorf.)

Vorwort

Mein Entschluß, über die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung zu promovieren, liegt viele Jahre zurück. Er wurde 1979 in der Erkenntnis gefaßt, mit diesem Thema genau jene Beute im Visier zu haben, von der jeder Doktorand träumt: ein Thema von praktischer und theoretischer Bedeutung zugleich, dessen wissenschaftliche Durchdringung der Flut juristischer Veröffentlichungen entgangen war.

Nach diesen unüblichen Warnungen nun zu den üblichen, aber dennoch von Herzen kommenden Danksagungen. Sie gelten zu allererst meinem verehrten Doktorvater, Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts Professor

Schließlich gebührt auch dem Verlag Duncker & Humblot - namentlich Herrn Rechtsanwalt N. Simon, Frau G. Michitsch und Frau I. Bührig – Dank

Ernst Thomas Emde: „Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung“ (1991). Hier S. VII-VIII



III. Legitimationsobjekt: Staatsgewalt als Bezugspunkt demokratischer Legitimation

Neben das Volk als Ursprung aller Herrschaftslegitimierung tritt im demokratischen Legitimationsmodell das Legitimationsobjekt als Bezugspunkt demokratischer Legitimation. Was Gegenstand demokratischer Legitimation ist, darauf gibt Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG eine klare Antwort: alle Staatsgewalt respektive deren Ausübung. Über diese ebenso kurze wie bündige Aussage hinaus gibt Art. 20 Abs. 2 GG jedoch keinerlei Hinweise darauf, wie die Begriffe „Ausübung von Staatsgewalt“ inhaltlich zu besetzen sind. Dies darf indes nicht dazu verleiten, sich dem Schweigen des Grundgesetzes anzuschließen und vor einer begrifflichen Bestimmung des Legitimationsobjektes zurückzuweichen. Vielmehr muß mit den Mitteln der klassischen Hermeneutik der Normbereich des Art. 20 Abs. 2 GG näher ausgeleuchtet und bestimmt werden.

Im Folgenden immer: Ebenda. Hier S. 33 (Keine Quellenangabe. Jestaedt wird erst in einem Satz später zitiert, was man als klassisches Bauernopfer bezeichnen kann. „Staatsgewalt respektive deren Ausübung“ hat nur einen Treffer mit Google, nämlich die gegenständliche Dissertation.)

II. Staatsgewalt als Anknüpfungspunkt des demokratischen Legitimationserfordernisses

Im weiteren ist der Frage nachzugehen, was als Legitimationsobjekt grundgesetzlicher Demokratie zu betrachten ist. Was ist Gegenstand demokratischer Legitimation, welche Verhaltensweise löst das Erfordernis demokratischer, auf das Legitimationssubjekt „Volk“ zurückführender Autorisation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG aus? Das Grundgesetz gibt in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG darauf die ebenso bündig-apodiktische wie ausdeutungsbedürftige Antwort: Anknüpfungskriterium des Gebotes demokratischer Legitimation ist die Staatsgewalt respektive deren Ausübung. Im vorhergehenden ist im Hinblick auf die Funktionseinheiten der Kondominialverwaltung unterstellt worden, sie übten Staatsgewalt aus. Diese Hypothese bedarf nunmehr der Verifikation.

Eine explizite Begriffsbestimmung dessen, was im Zusammenhang mit der Frage demokratischer Legitimation unter der Ausübung von Staatsgewalt zu verstehen ist, sucht man im Grundgesetz vergebens. Der Begriff der Staatsgewalt muß daher mittels Ausdeutung des kargen Normtextes mit den zu Gebote stehenden Interpretationsmethoden bestimmt werden. Dabei kann vorweg

*Matthias Jestaedt: „Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung“ (1992).
Hier S. 225*



zur mittelbaren Berufung höhere demokratische Dignität vermittelt⁵¹. Hieraus erhellt, daß der legitimationsvermittelnde Gehalt der personellen Legitimation mit der Länge der Kette individueller Berufsakte, das heißt mit der zunehmenden Anzahl der zwischen das Legitimationssubjekt und den einzelnen Entscheidungsträger geschalteten Legitimationsmittler, kontinuierlich abnimmt⁵². Je kürzer die Kette ist, je weniger Berufsakte zwischengeschaltet sind, desto höher ist die demokratische Dignität des personellen Legitimationsfaktors. Und umgekehrt: Je länger die Kette individueller Berufsakte reicht, desto geringer ist der legitimationsvermittelnde Gehalt und damit der demokratische Wert der personellen Legitimation. Demgemäß rangiert das un-

S. 43

neten Amtswaltern. Mit der Länge dieser ununterbrochenen Kette individueller Berufsakte, das heißt mit der zunehmenden Anzahl der zwischen das Legitimationssubjekt und den einzelnen Entscheidungsträger geschalteten Legitimationsmittler, nimmt der Umfang der personellen Legitimation kontinuierlich ab⁵⁶⁷. Je kürzer dieser personelle Legitimationsstrang ist, desto größer ist die demokratische Dignität des Legitimationsfaktors, und umgekehrt, je länger dieser Strang reicht, desto geringer ist sein legitimationsstiftender Wert. Demgemäß müssen mit zunehm-

Hubertus Gersdorf: „Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip. Eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand“ (2000). Habil.-Schrift von 1998. Hier S. 174



⁴⁹ Vgl. BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (73); 93, 37 (67); aus dem Schrifttum statt vieler R. Hermes, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, S. 39; R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnrn. 52 f.; F. Ossenbühl, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 39; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 148; R. Schäfer, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 40; E. Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 329 (360 f.).

S. 43 (Gleiche Literatur, gleiche Seitenangaben, gleiche Reihenfolge)

Auffälliges Indiz für gemeinsame Autorschaft: Das Werk „Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst“ aus dem Jahr 1986 wurde genau einmal in der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf und ebenso genau einmal in der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf zitiert, bei beiden auch jeweils mit der Seite 39.

Das Werk wurde ferner in der Dissertation von Hubertus Gersdorf aus dem Jahr 1991 zitiert – und zwar wieder mit der Seite 39. Bei allen drei Zitationen wird mit „statt vieler“ eingeleitet. **Dadurch wird klar, dass Hubertus Gersdorf die Passage geschrieben hat.**

⁵¹ E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 16; siehe ferner J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume, S. 91; dagegen allerdings E. Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 329 (360).

S. 43 (Gleiche Literatur, gleiche Seitenangaben, gleiche Reihenfolge)

²⁹ Vgl. BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (67); vgl. aus dem Schrifttum statt vieler R. Hermes, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, S. 39; R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Art. 20 II Rdnrn. 52 f.; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 268; F. Ossenbühl, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 39; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 148; R. Schäfer, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 40; E. Schmidt-Aßmann, AöR Bd. 116 [1991], 329 (360 f.).

S. 31 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

¹⁸⁶ Vgl. BVerfGE 38, 258, 271; 47, 253, 272 und 275; 52, 95, 130; HessStGH, DVBl. 1986, 936 ff.; VerfGH NW, DVBl. 1986, 1196; so auch die herrschende Lehre, vgl. statt vieler Herzog, in: MDHS, Art. 20 II, Rdnr. 53; Ossenbühl, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 39; Püttner, DVBl. 1984, 165, 166; Böckenförde, Hdb. des Staatsrechts, Bd. I, § 22, Rdnrn. 16 ff., S. 896 ff.

S. 189 der Dissertation von Hubertus Gersdorf, „Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland“ (1991)

²⁸ E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 16; siehe auch J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume, S. 91; anders hingegen E. Schmidt-Aßmann, AöR Bd. 116 [1991], 329 (360): „Daß die kürzere Kette eine höhere demokratische Dignität verleihe, ist ein politisches Werturteil, das in der rechtlichen Dogmatik keine Entsprechung findet.“

S. 31 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



3. Sachlich-inhaltliche Legitimation und deren rechtstechnisches Verwirklichungsinstrumentarium

Damit dem Gebot demokratischer Legitimation nach Art 20 Abs. 2 GG entsprochen ist, genügt indes allein die personelle Legitimation nicht. Vielmehr muß die sachlich-inhaltliche Legitimation der staatlichen Funktionsträger hinzutreten⁵³, um die Herrschaftsausübung durch das Volk zu legitimieren. Es bedarf grundsätzlich dieser beiden Legitimationsstränge gemeinsam, um die nach Art. 20 Abs. 2 GG geforderte demokratische Rückanbindung der Staatsgewalt an den Willen des Volkes sicherzustellen. Während die personelle Legitimation gewährleistet, daß die Berufung jedes einzelnen Amtswalters und seines konkreten Aufgabenbereichs auf das Volk rückführbar ist⁵⁴, besteht die Funktion der sachlich-inhaltlichen Legitimation darin, die konkreten Entscheidungen der mit der Ausübung von Staatsgewalt betrauten Amtswalter demokratisch zu legitimieren. Sie ist darauf gerichtet, die staatlicherseits getroffenen Entscheidungen ihrem Inhalt nach vom Willen des Volkes herzuleiten⁵⁵. In dieser Funktion tritt die sachlich-inhaltliche Legitimation im demo-

Zur Vermittlung sachlich-inhaltlicher Legitimation steht ein umfangreiches Arsenal an Steuerungsinstrumenten zur Verfügung, die einen jeweils unterschiedlichen legitimationsvermittelnden Gehalt aufweisen⁵⁶. Insoweit lassen sich zwei verschiedene Kategorien unterscheiden: die legislatorischen Lenkungs- und Kontrollmechanismen und die exekutiven Steuerungsinstrumente. Diese sachlich-inhaltliche Legitimation stiftenden Medien sollen im folgenden näher beleuchtet werden.

S. 44

b) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Die personelle Legitimation der Amtswalter reicht zur Herrschaftsrechtfertigung indes nicht aus. Das in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG verwandte Verb „ausüben“ macht augenscheinlich, daß sich das Gebot demokratischer Legitimation nicht nur auf staatliche Institutionen und Personen bezieht, sondern auch auf deren Entscheidungen. An dieser Stelle setzt das Gebot sachlich-inhaltlicher Legitimation an. Es verlangt, daß auch das Handeln der mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben betrauten Amtswalter auf den Willen des Volkes rückführbar, das heißt, die Ausübung von Staatsgewalt ihrem Inhalt nach vom Volk ableitbar ist³⁶. Das sachlich-inhaltliche Legitimationssegment bildet ein weiteres Steinchen im Mosaik des grundgesetzlichen Konzepts demokratischer Legitimation. Es tritt neben die personale Legitimationskomponente und hilft damit, die Entstehung von Legitimationslücken zu vermeiden.

Wie ist nun aber sicherzustellen, daß dem Gebot sachlich-inhaltlicher Legitimation entsprechend jeder hoheitlicher Akt tatsächlich seinen Ursprung im Volkswillen findet? Zur Erreichung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe steht ein umfangreiches Arsenal legitimationsstiftender Steuerungsinstrumente³⁷ zur Verfügung³⁸, innerhalb dessen zum einen zwischen den temporalen Ordnungskategorien der präventiven Lenkung und der repressiven Kontrolle³⁹ unterschieden werden

S. 33 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Dabei äußert sich in dem formellen Gesetz der Wille des durch Wahlakt unmittelbar demokratisch legitimierten Repräsentativorgans des Volkes⁶¹. Der dadurch begründete besondere demokratische Wert läßt das Gesetz zum zentralen Verbindungsstück zwischen den staatlicherseits getroffenen Entscheidungen und dem Volk avancieren⁶². Die Steuerungskraft und damit der legiti-

⁶¹ M. Kriele, VVDStRL 29 (1971), 46 (64): „Die Wahl vermittelt die demokratische Legitimation des Gesetzes“.

⁶² Zur zentralen Rolle des Gesetzes im demokratischen Verfassungsstaat H. Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 160 ff.; R. Hermes, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, S. 74 f.; R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnr. 84; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 14 Rdnrn. 502 ff.; K. Stern, Staatsrecht I, S. 825 ff.; E. Schmidt-Aßmann, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 24 Rdnr. 58; ders., AöR 116 (1991), 329 (357).

S. 46 (Die Google-Suche nach „zum zentralen Verbindungsstück zwischen den“ liefert nur zwei Treffer und zwar diese beiden Arbeiten.)

Gemeinsamer Zitierfehler beim Direktzitat aus Kriele (siehe oben, Fußnote 61). Im Original lautet der Satz so:

64

Martin Kriele

dienste⁶⁸). Davon sind Linderungen, aber wohl kaum Lösungen des Problems zu erwarten.

Zum anderen vermittelt die Wahl die demokratische Legitimität der Gesetze⁶⁹). Die Prärogative des gewählten Organs

Quelle:

<https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1515/9783110892314/html>

Unter den Formen präventiver Steuerung nimmt das parlamentarische Gesetz eine Schlüsselfunktion ein. In ihm äußert sich der Wille der durch Wahlakt unmittelbar legitimierten Repräsentativorgane des Volkes⁴⁰. Das Gesetz ist damit Transmissionsriemen für die Legitimation des staatlichen Handelns⁴¹. Dabei nimmt es auf der Bedeutungsskala legitimationsvermittelnder Faktoren nicht lediglich einen unbedeutenden Mittelplatz ein. Die besondere demokratische Weihe des Gesetzes läßt es traditionell und aktuell zum zentralen Verbindungsstück zwischen den Entscheidungen staatlicher Organe und dem Volk avancieren⁴². Allerdings muß noch

⁴⁰ M. Kriele, VVDStRL Bd. 29 [1971], 46 (64): „Die Wahl vermittelt die demokratische Legitimation des Gesetzes.“)

⁴¹ R. Hermes, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, S. 75.

⁴² Vgl. BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66); zur zentralen Rolle des Gesetzes im demokratischen Verfassungsstaat vgl. nur E. Schmidt-Aßmann, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 24 Rdnr. 58; dens., in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR III, § 70 Rdnr. 23; dens., AöR Bd. 116 [1991], 329 (357); P. Badura, in: Festschrift für O. Bachof, S. 169 (171); H. Dreier, in: dems./J. Hofmann (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, S. 11 (43); dens., Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 160 ff.; R. Hermes, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, S. 74 f.; R. Herzog, in: Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Art. 20 II Rdnr. 84; F. Ossenbühl, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR III, § 70 Rdnr. 23; K. Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 825 ff.

S. 34 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Wie bereits oben dargelegt, bilden die **personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation** die zwei wesentlichen Komponenten im **demokratischen Legitimationsmodell** des Art. 20 Abs. 2 GG. **Beide Elemente zusammen bilden das Fundament für den verfassungsrechtlich gebotenen Legitimationszusammenhang zwischen dem Volk und dem staatlichen Handeln.** Diese beiden Legitimationskomponenten **stehen dabei nicht etwa beziehungslos und unverbunden nebeneinander, sondern sind vielmehr - funktional miteinander verzahnt - auf ein und dasselbe Ziel gerichtet, nämlich darauf, alle Ausübung von Staatsgewalt demokratisch zu legitimieren¹.** **Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist mithin für die demokratische Legitimation nicht eine bestimmte Legitima-**

¹ BVerfGE 83, 60 (72); E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 23; E. Th. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 282.

S. 51

Faktoren in dem **Modell demokratischer Legitimation** sind in erster Linie der **personelle und sachlich-inhaltliche Legitimationsstrang.** **Beide Elemente zusammen bilden das Fundament für den verfassungsrechtlich erforderlichen Legitimationszusammenhang zwischen staatlicher Herrschaftsausübung und Herrschaftsunterworfenheit des Volkes.** Diese Legitimationsbausteine **stehen dabei nicht beziehungslos und ohne korrelative Verknüpfung nebeneinander, sondern sind darauf angelegt, in einem engen, aufeinander bezogenen Zusammenwirken die Ausübung von Staatsgewalt demokratisch zu legitimieren.** Die sachlich-inhaltlichen und die personellen Legitimationselemente **stehen also nicht etwa unverbunden nebeneinander, sondern sind als funktional miteinander verzahnte Legitimationsfaktoren auf ein und dasselbe Ziel gerichtet, nämlich effektive demokratische Legitimation staatlichen Handelns herzustellen⁵⁵⁸.** **Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist mithin nicht eine bestimmte Form der demokratischen Legitimation entscheidend, sondern vielmehr deren Effektivität⁵⁵⁹.** Nicht auf die Art und Weise der Legitimationsvermittlung kommt es unter den Auspizien des Art. 20 Abs. 2 GG an, sondern auf

⁵⁵⁸ BVerfGE 83, 60 (72); 89, 155 (182); 93, 37 (66 f.); E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 23; E. Th. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 282.

S. 171 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



gewalt demokratisch zu legitimieren¹. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist mithin für die demokratische Legitimation nicht eine bestimmte Legitimationsform entscheidend, sondern vielmehr deren Effektivität². Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG ist ein Formalprinzip, das nicht auf die Art und Weise der Legitimationsvermittlung, sondern allein auf das Legitimationsergebnis abstellt³. Entscheidend ist, daß die Gesamtheit der - personellen und sachlich-inhaltlichen - legitimationsvermittelnden Steuerungsinstrumente das von Verfassungs wegen gebotene Legitimationsniveau zu erreichen in der Lage ist. Dem entspricht es, daß auch das Bundesverfassungsgericht den Gesichtspunkt der Effektivität ausdrücklich in das Zentrum seiner Konzeption zum demokratischen Legitimationsmodell stellt und ein „bestimmtes Legitimationsniveau“ als maßgebliche Zielvorgabe des Art. 20 Abs. 2 GG verlangt⁴.

2. Gewährleistung von Volkssouveränität als maßgebliches Legitimationsniveau

Kommt es demnach unter dem Blickwinkel des Art. 20 Abs. 2 GG ausschließlich darauf an, daß die Legitimationsfaktoren in ihrem Zusammenwirken der Ausübung von Staatsgewalt das verfassungsrechtlich gebotene Legitimationsniveau vermitteln, so drängt sich die Frage auf, wie dieses Legitima-

² BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (67).

³ So explizit auch E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 327 f.; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 284 f.

⁴ BVerfGE 83, 60 (72); ebenso aus dem Schrifttum E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 23; E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328 f.; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 285.

S. 51-52

staatlichen Handelns herzustellen⁵⁵⁸. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist mithin nicht eine bestimmte Form der demokratischen Legitimation entscheidend, sondern vielmehr deren Effektivität⁵⁵⁹. Nicht auf die Art und Weise der Legitimationsvermittlung kommt es unter den Auspizien des Art. 20 Abs. 2 GG an, sondern auf

das Legitimationsergebnis⁵⁶⁰: Entscheidend ist allein, daß die Gesamtheit der legitimationsvermittelnden Steuerungsinstrumente das von Verfassungs wegen erforderliche Legitimationsniveau zu gewährleisten in der Lage ist. So stellt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich den Effektivitätsgesichtspunkt in den Vordergrund seiner verfassungsrechtlichen Konzeption zum demokratischen System des Grundgesetzes und verlangt allein ein „bestimmtes Legitimationsniveau“⁵⁶¹.

Ist unter den Auspizien des Demokratieprinzips allein entscheidend, daß beide Legitimationsfaktoren in ihrem Zusammenwirken der Ausübung von Staatsgewalt das verfassungsrechtlich gebotene „bestimmte Legitimationsniveau“ vermitteln, so erhellt daraus, daß Lücken in einem der beiden Legitimationsstränge durch ent-

⁵⁵⁹ BVerfGE 83, 60 (72); 89, 155 (182); 93, 37 (67).

⁵⁶⁰ Ebenso E. Th. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 327 f.; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 284 f.

⁵⁶¹ BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (67); ebenso E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 23; E. Th. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328 f.; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 285.

S. 171-172 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



**3. Verfassungsrechtliche Organisationsbestimmungen:
Konkretisierung des Legitimationsniveaus oder
Rechtfertigung von Legitimationsdefiziten?**

S. 55

**V. Relativität des Demokratieprinzips:
Konkretisierung des Legitimationsniveaus oder
Rechtfertigung von Legitimationsdefiziten?**

S. 211 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



che bezogene Sonderregelungen zu den demokratischen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG.

Wie das Verhältnis zwischen Art. 20 Abs. 2 GG und den auf die einzelnen Staatsfunktionen zugeschnittenen verfassungsrechtlichen Organisationsnormen zu bestimmen ist, wird sowohl terminologisch als auch methodologisch unterschiedlich beantwortet. Zum Teil werden die verfassungsrechtlichen Organisationsbestimmungen als „Modifikationen“ oder „Konkretisierungen“ des demokratischen Regelnieaus des Art. 20 Abs. 2 GG erachtet¹³. Die Sonderregelungen für die einzelnen Staatsfunktionen konkretisierten die demokratische Grundnorm des Art. 20 Abs. 2 GG und reduzierten das demokratische Legitimationsniveau für den jeweiligen staatlichen Funktionsbereich, so daß an ihnen „abzulesen“ sei, welches Verwirklichungsmaß und welchen Verwirklichungsmodus das verfassungsrechtliche Prinzip der Volkssouveränität für den von der Ausnahmeregelung normierten Sachbereich verlange, aber auch genügen lasse. Dementsprechend sei zwischen einem abstrakten Legitimationsniveau des Art. 20 Abs. 2 GG und einem konkreten, organisationsdeterminierten Legitimationsniveau der verfassungsrangigen Sonderbestimmungen zu unterscheiden¹⁴. Während Art. 20 Abs. 2 GG für das zu erreichende Legitimationsniveau allgemeine Forderungen aufstelle, die für jeden Bereich staatlicher Gewaltausübung gelten, sei die konkrete, auf die einzelnen Bereiche der Staatsgewalt bezogene Ausgestaltung des demokratischen Legitimationsniveaus den jeweiligen verfassungsrechtlichen Organisationsstrukturen der einzelnen Gewalten zu entnehmen¹⁵. Der Weg über das grundgesetzliche Organisationsmodell, das die Verfassung dem konkreten staatlichen Funktionsträger zuweise, führe zugleich zu dem gesuchten konkreten demokratischen Legitimationsniveau. Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG rezipiere nur die verfassungsrechtlich fixierten Organisationsstrukturen der einzelnen Gewalten, so daß die verfassungsrechtliche Organisationsstruktur der staatlichen Machtausübung zu ihrem demokratischen Legitimationsmodell avanciere¹⁶.

¹³ So vor allem M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 285 ff. und 301 ff.; siehe auch K. Weichert, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 31 f.

¹⁴ So vor allem P. Badura, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 23 Rdnr. 28; W. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 245; E. Th. Ende, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 337; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 287 f. und 301 f.; ders., Der Staat 32 (1993), 29 (53); E. Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 329 (366 f.).

¹⁵ E. Th. Ende, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 337; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 287, 289.

¹⁶ So explizit M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 288.

Kap. 2. Legitimationsniveau

57

Einen - sowohl terminologisch als auch methodologisch - anderen Weg beschreiten diejenigen Autoren, die in den grundgesetzlichen Organisationsbestimmungen für die einzelnen Staatsfunktionen verfassungsrangige „Ausnahmebestimmungen“ oder auch „Sonderregelungen“ zu Art. 20 Abs. 2 GG erblicken, welche Unterschreitungen des nach Art. 20 Abs. 2 GG gebotenen Legitimationsniveaus zu rechtfertigen in der Lage seien¹⁷. Danach bleibt der Anforderungsgehalt des Prinzips demokratischer Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG durch die für die jeweiligen Sachbereiche normierten Sonderbestimmungen unangeltastet. Diese stellen verfassungsrangige Ausnahmebestimmungen von den demokratischen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG dar und bieten damit den verfassungsrechtlichen Rechtfertigungstitel für Unterschreitungen des nach Art. 20 Abs. 2 GG gebotenen Legitimationsniveaus

¹⁷ So vor allem J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 65 f.; K. Weichert, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 31 ff.

Lassen sich also auch anderen (organisationsrechtlichen) Verfassungsbestimmungen Aussagen zum demokratischen Prinzip entnehmen, so stellt sich die Frage, wie das Verhältnis dieser Organisationsregelungen zu dem in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegten Prinzip demokratischer Legitimation zu bestimmen ist. Einige Autoren betrachten diese verfassungsrechtlichen Organisationsbestimmungen als „Modifikationen“ oder auch „Konkretisierungen“ des demokratischen Regelnieaus des Art. 20 Abs. 2 GG¹⁸⁷. Die auf einzelne Staatsfunktionen bezogenen Sonderregelungen konkretisierten die demokratische Grundnorm des Art. 20 Abs. 2 GG und reduzierten das demokratische Legitimationsniveau für den jeweiligen

¹⁸⁶ Vgl. hierzu unten im zweiten Teil, Kapitel 2, S. 351 ff.
¹⁸⁷ Siehe vor allem M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 285 ff. und 301 ff.

3. Kap.: Legitimationsniveau als Schlüsselkategorie

213

staatlichen Funktionsbereich, so daß sich aus ihnen ergebe, welches Verwirklichungsmaß und welchen Verwirklichungsmodus das verfassungsrechtliche Prinzip der Volkssouveränität für den von der Ausnahmeregelung erfaßten Sachbereich erfordere, aber auch genügen lasse. Dementsprechend sei zwischen einem abstrakten Legitimationsniveau des Art. 20 Abs. 2 GG und einem konkreten, organisationsdeterminierten Legitimationsniveau zu unterscheiden¹⁸⁸. Während Art. 20 Abs. 2 GG ein ganz allgemeines Legitimationskonzept entwerfe, sei die konkrete, auf die einzelnen Bereiche der Staatsgewalt bezogene Ausgestaltung des demokratischen Legitimationsniveaus den jeweiligen verfassungsrechtlichen Organisationsstrukturen der einzelnen Gewalten zu entnehmen¹⁸⁹. Das von Verfassungs wegen zu fordern spezifische demokratische Legitimationsniveau für die einzelnen Staatsfunktionen ergäbe sich demnach aus den jeweiligen grundgesetzlichen Organisationsnormen. Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG rezipiere nur die verfassungsrechtlich fixierten Organisationsstrukturen der einzelnen Gewalten, so daß die verfassungsrechtliche Organisationsstruktur der staatlichen Machtausübung zu deren demokratischer Legitimationsstruktur avanciere¹⁹⁰.

Sowohl in terminologischer als auch in methodologischer Hinsicht läßt sich indes auch ein anderer Weg beschreiten. Man könnte die in Rede stehenden, auf bestimmte Staatsfunktionen bezogenen Organisationsvorschriften auch als verfassungsrangige „Ausnahmebestimmungen“ oder auch als „Sonderregelungen“ zu Art. 20 Abs. 2 GG qualifizieren, die Unterschreitungen des nach Art. 20 Abs. 2 GG gebotenen Legitimationsniveaus verfassungsrechtlich zu rechtfertigen vermögen¹⁹¹. Im Gegensatz zum ersten Modell bleibt das Anforderungsprofil des Art. 20 Abs. 2 GG durch die für einzelne Staatsfunktionen geltenden Organisationsbestimmungen unberührt. Sie stellen allein verfassungsrangige Ausnahmeregelungen von den demokratischen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG dar und liefern den verfassungsrechtlichen Rechtfertigungstitel für Unterschreitungen des hiernach erforderlichen Legitimationsniveaus.

Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist zu dem angeschnittenen Problemkreis lediglich zu entnehmen, daß dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip keine absolute Wirkung ohne Möglichkeit eines Güterausgleichs zukomme. Vielmehr könnten die aus dem Demokratieprinzip folgenden Organisationsanfor-

¹⁸⁸ So vor allem P. Badura, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 23 Rdnr. 28; W. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 245; E. Th. Ende, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 337; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 287 f., 301 f.; ders., Der Staat Bd. 32 [1993], 29 (53); E. Schmidt-Aßmann, AöR Bd. 116 [1991], 329 (366 f.).

¹⁸⁹ E. Th. Ende, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 337; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 287, 289.

¹⁹⁰ So ausdrücklich M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 288.

¹⁹¹ In diesem Sinne J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 65 f.; K. Weichert, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 31 ff.



S. 56-57

len²⁰, das Prinzip demokratischer Legitimation aber eine Mitbestimmung nicht demokratisch legitimer Personalvertreter in gewissen Grenzen zulasse²¹. Je nachdem, ob innerdienstliche Maßnahmen schwerpunktmäßig Bedeutung für die Arbeitssituation der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes hätten oder die Erfüllung des Amtsauftrages gegenüber dem Bürger betreffen, komme das Prinzip demokratischer Legitimation mit unterschiedlichem Anforderungsprofil zum Tragen. Dieses abgestufte Legitimationsmodell trage dem besonderen Charakter innerdienstlicher Maßnahmen Rechnung, welchen Bedeutung sowohl für die persönlichen Belange und Interessen der im öffentlichen Dienst Beschäftigten als auch für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben gegenüber dem Bürger zukomme.

S. 58

S. 212-213 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

seiner Entscheidung zur Mitbestimmung der Personalräte nach schleswig-holsteinischem Landesrecht bringt das Gericht die demokratischen Legitimationsanforderungen in abgestufter Form zur Geltung. Je nachdem, ob innerdienstliche Maßnahmen schwerpunktmäßig Bedeutung für die Arbeitssituation der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes hätten oder die Erfüllung des Amtsauftrages gegenüber dem Bürger betreffen, komme das Prinzip demokratischer Legitimation mit unterschiedlichem Anforderungsprofil zum Tragen⁶⁹⁶. Damit bringt das Bundesverfassungsgericht deutlich zum Ausdruck, daß Verkürzungen demokratischer Legitimationsstränge nicht nur dann zulässig sind, wenn diese aus den (organisationsrechtlichen)

⁶⁹⁶ BVerfGE 93, 37 (70 ff.).

S. 214 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Organisationsbestimmungen steht. Da die in der Verfassung enthaltenen Rechtswerte in einem gegenseitigen Begrenzungs- und Beeinflussungsverhältnis stehen, ist das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG nicht absolut gewährleistet, sondern erfährt als relative Größe seine Beschränkung durch andere Verfassungsbestimmungen²⁵. Weiter besteht auch darüber Einvernehmen, daß eine Beschränkung des Demokratieprinzips nur durch andere Vorschriften des Grundgesetzes zulässig ist, also zum Schutze von Rechtsgütern, die - ebenso wie das Demokratieprinzip - verfassungsrechtliche Wertigkeit be-

sitzen²⁶. Entspricht es mithin einem verfassungsrechtlichen Gemeinplatz, daß das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG seine Begrenzung durch andere Verfassungsbestimmungen findet, so macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob man die verfassungsrechtlichen Sonderregelungen von vornherein als Modifizierung des demokratischen Regelniveaus nach Art. 20 Abs. 2 GG erachtet oder darin verfassungsrangige Rechtfertigungstitel für Unterschreitungen des Legitimationsniveaus nach Art. 20 Abs. 2 GG erblickt.

²⁵ Siehe nur E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 320; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 65 f.; K. Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 15 f. und 19 f.; P. M. Huber, Maastricht - ein Staatsstreich?, S. 24; ebenso - wenn auch nicht explizit - M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 425 ff.

²⁶ Statt aller E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 87 Fn. 156; W. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 245; R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnrn. 33 und 49; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 286 f.; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 65; K. Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 28, 32.

S. 59-60

tungsweise vorgenommen werden muß. In jedem Fall aber – und nur hierauf kommt es im gegebenen Zusammenhang an – steht fest, daß das Demokratieprinzip keine absolute Größe verkörpert und als relatives Verfassungsprinzip der Begrenzung durch andere Verfassungswerte nicht nur zugänglich, sondern auch bedürftig ist⁶⁹⁸. Einigkeit besteht weiterhin darin, daß eine inhaltliche Beschränkung des Demokratieprinzips nur durch andere Vorschriften des Grundgesetzes zulässig ist, also zum Schutze von Rechtsgütern, die – ebenso wie das Demokratieprinzip – verfassungsrechtliche Valenz besitzen⁶⁹⁹. Kann demnach als Gemeingut anerkannt werden, daß das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG seine Begrenzung durch andere Verfassungsbestimmungen findet, so ist es im Ergebnis unbedeutend und nur von akademischem Interesse, ob man die verfassungsrechtlichen Sonderregelungen und sonstige mit dem Demokratieprinzip kollidierende Verfassungsgüter von vornherein als Modifizierung des demokratischen Regelniveaus nach Art. 20 Abs. 2 GG erachtet oder darin verfassungsrangige Rechtfertigungstitel für Unterschreitungen des Legitimationsniveaus nach Art. 20 Abs. 2 GG erblickt.

⁶⁹⁸ Vgl. nur E. Th. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 320; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 65 f.; K. Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 15 f. und 19 f.; P. M. Huber, Maastricht – ein Staatsstreich?, S. 24; ebenso – wenn auch nicht explizit – M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 425 ff.

⁶⁹⁹ Statt aller E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 87 Fn. 156; W. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 245; R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II, Rdnrn. 33 und 49; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 286 f.; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 65; K. Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 28, 32.

S. 215 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



mokratisch legitimiert ist²⁷. Dagegen stehen hinter den für die einzelnen Sachbereiche normierten Sonderregelungen andere als das Demokratieprinzip betreffende Schutzgüter, die diametral zu dem Prinzip demokratischer Legitimation eine Unterschreitung des demokratischen Legitimationsniveau gebieten und aus diesem Grunde Legitimationsdefizite zu rechtfertigen vermögen.

Deutlich wird die Verschiedenartigkeit der hinter den einzelnen Verfassungsbestimmungen stehenden Schutzgüter bei den bereits oben erwähnten organisationsrechtlichen Sonderregelungen der Art. 97 Abs. 1, 114 Abs. 2, 87f Abs. 2 und 50 - 52 GG. Nach Art. 97 Abs. 1 GG sind die Richter sowohl in personeller als auch sachlich-inhaltlicher Hinsicht unabhängig. Diese verfassungsrechtliche Sonderregelung für den Bereich der Judikative beruht auf rechtsstaatlichen Erwägungen, vor allem auf Aspekten der Kontrolle der ersten und zweiten Gewalt, welche bei einer dem Mehrheitswillen zur Verwirk-

Demgegenüber stehen hinter den für einzelne Sachbereiche normierten Sonderregelungen andere als das Demokratieprinzip betreffende Schutzgüter. Die Verschiedenartigkeit der hinter den einzelnen Verfassungsbestimmungen stehenden Schutzgüter manifestiert sich deutlich in den bereits erwähnten organisationsrechtlichen Sonderregelungen der Art. 97 Abs. 1, Art. 114 Abs. 2, Art. 50–52, Art. 87 e und Art. 87 f GG.

Wie bereits oben gezeigt⁷⁰⁰, beruht Art. 97 Abs. 1 GG auf dem rechtsstaatlich fundierten Grundsatz eines wirksamen Minderheitenschutzes. Bei einer dem Mehrheitswillen zur Verwirklichung verhelfenden demokratischen Organisationsstruktur der Gerichtsbarkeit wäre diesem Ziel nicht in jedem Falle entsprochen. Im Interesse dieser rechtsstaatlichen Forderung verfügen die Richter sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht über einen hinreichenden Autonomiebereich. Diese verfassungsunmittelbar vorgesehenen Autonomiebezirke bilden einen Fremdkörper in der Baustruktur des Prinzips demokratischer Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG, weil sie der Rückführbarkeit sämtlicher Entscheidungen der Judikative auf den Willen des Volkes im Wege stehen. Neben das demokratische schiebt sich noch ein weiteres Element in das Legitimationsmodell der dritten Gewalt: das rechtsstaatliche. Die rechtsprechende Gewalt gründet sich auf zwei voneinander zu trennende Legitimationskomponenten: die demokratische und die rechtsstaatliche Legitimation. Beide einander konfligierenden Zielsetzungen bilden das Fundament für den Funktionskreis der dritten Gewalt und vermitteln ihr das von Verfassungen wegen vorgesehene Gesicht.

Eine vergleichbare mehrpolige Baustruktur kennzeichnet auch die Organisationsverfassung des Bundesrechnungshofes. Art. 114 Abs. 2 GG räumt den Mitgliedern des Bundesrechnungshofes „richterliche Unabhängigkeit“ ein. Im Interesse einer ordnungsgemäßen Haushalts- und Wirtschaftsführung verfügen die Mitglie-



lichung verhelfenden demokratischen Organisationsstruktur der Gerichtsbarkeit nicht in jedem Falle gewährleistet wären²⁸. Im Interesse dieser Schutzgüter ist die Unabhängigkeit der Richter geboten. Der Verfassungsbestimmung des Art. 97 Abs. 1 GG liegen mithin solche Verfassungswerte zugrunde, die diametral zur Stoßrichtung des Prinzips demokratischer Legitimation eine Freistellung der Judikative von gubernativ-hierarchischen und parlamentarischen Einwirkungen gebieten²⁹. Art. 97 Abs. 1 GG enthält damit einen verfassungsausdrücklichen Rechtfertigungstitel für die durch die richterliche Unabhängigkeit bewirkte Unterschreitung des nach Art. 20 Abs. 2 GG gebotenen Legitimationsniveaus. Gleiches gilt für die Regelung des Art. 114 Abs. 2 GG, derzufolge den Mitgliedern des Bundesrechnungshofes „richterliche Unabhängigkeit“ in personeller und sachlich-inhaltlicher Hinsicht zukommt. Diese Unabhängigkeitsregelung ist im Interesse einer ordnungsgemäßen Haushalts- und Wirtschaftsführung statuiert; durch die von politischen Einflüssen freigestellte Wirtschaftsprüfung durch den Bundesrechnungshof soll der Verschwendung öffentlicher Gelder vorgebeugt beziehungsweise diese nachträglich sanktioniert werden. Mithin liegen auch der Verfassungsbestimmung des Art. 114 Abs. 2 GG andere als das Demokratieprinzip betreffende Schutzgüter zugrunde, welche entgegen dem demokratischen Prinzip eine unabhängige Stellung der Mitglieder des Bundesrechnungshofes erfordern und die dadurch bewirkte Unterbrechung des nach Art. 20 Abs. 2 GG erforderlichen demokratischen Zurechnungszusammenhangs verfassungsrechtlich rechtfertigen.

Ein weiteres Beispiel für eine solche verfassungsrechtliche Ausnahmeregelung von den demokratischen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG ist die durch Gesetz vom 30. August 1994 in das Grundgesetz eingefügte Vorschrift des Art. 87f Abs. 2 GG³⁰, wonach Dienstleistungen im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und andere private Anbieter erbracht werden. Mit dieser verfas-

der des Bundesrechnungshofes sowohl in persönlicher als auch in sachlich-inhaltlicher Hinsicht über weitreichende Autonomie. Die auf eine wirtschaftliche und sparsame Haushaltsführung der Staatstätigkeit bezogene Kontrollfunktion des Bundesrechnungshofes kann nur dann wirksam erfüllt werden, wenn die Mitglieder gegenüber den zu kontrollierenden Instanzen unabhängig sind. Die Beachtung der haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auf Bundesebene steht demnach im Sinnzentrum des Art. 114 Abs. 2 GG. Der Vorschrift des Art. 114 Abs. 2 GG liegt also ein anderes als das Demokratieprinzip betreffendes Schutzgut zugrunde, welches entgegen den demokratischen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG eine unabhängige Stellung der Mitglieder des Bundesrechnungshofes erfordert und die dadurch bewirkte Aufweichung des nach Art. 20 Abs. 2 GG gebotenen demokratischen Zurechnungszusammenhangs verfassungsrechtlich rechtfertigt.

Freigestellt von den strengen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG sind auch die Deutsche Bahn AG, die Deutsche Post AG und die Deutsche Telekom AG, obgleich nach hiesiger Konzeption auch ihre Tätigkeit als demokratisch legitimationsbedürftige Staatsgewalt zu qualifizieren ist. Denn als Träger der Unternehmen kommt allein der Bund als grundrechtsunfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts (bei der Deutschen Telekom AG: im Verbund mit Privaten) in Betracht. Solange und soweit die Unternehmen nicht vollständig materiell privatisiert werden, ist ein teleologischer Grundrechtssubjektivität nach Art. 19 Abs. 3 GG vermittelnder Durchblick auf (grundrechtsfähige) natürliche oder juristische Personen nicht möglich⁷⁰¹. Nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG werden Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt. Auch Dienstleistungen im Bereiche des Postwesens und der Telekommunikation werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die Deutsche Post AG beziehungsweise durch die Deutsche Telekom AG erbracht. Die Bezeichnung „als Wirtschaftsunter-

S. 216-217 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Dieser Verfassungsbestimmung liegt ein deutliches Bekenntnis zugunsten einer an kaufmännischen Leitlinien orientierten Unternehmenspolitik der Deutschen Post AG und der Deutschen Telekom AG zugrunde. Um die Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung zu gewährleisten, verbietet Art. 87f Abs. 2 GG eine Eingliederung beider Unternehmen in den hierarchisch aufgebauten Verwaltungsapparat³². Beide Unternehmen sollen dieselben wirtschaftlichen

³² So deutlich die Amtliche Begründung zu Art. 87f Abs. 2 GG, **BT-Drs. 12 / 7269, S. 5**: „Das Angebot der Dienstleistungen ist in Zukunft ausschließlich private Tätigkeit, deren Wahrnehmung als Verwaltungsaufgabe in öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform ausgeschlossen wird“.

S. 62

Zwei gemeinsame Zitierfehler: Der zitierte Text (dunkelgrau markiert) steht im Original auf Seite 4 und nicht auf Seite 5, und es heißt „oder *in* privatrechtlicher Organisationsform“. Siehe <https://dserver.bundestag.de/btd/12/072/1207269.pdf>

de Unternehmen zu einer gewinnorientierten Unternehmenspolitik. Den Bestimmungen des Art. 87 e Abs. 3 Satz 1 und Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG liegt demnach ein deutliches Bekenntnis zu einer an kaufmännischen Leitlinien orientierten Unternehmensführung der drei Unternehmen zugrunde. Um die Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung zu gewährleisten, verbieten Art. 87 e Abs. 2 und Art. 87 f Abs. 2 GG eine Eingliederung der Unternehmen in den hierarchisch aufgebauten Verwaltungsapparat. Ausdrücklich heißt es in der Amtlichen Begründung zu Art. 87 f Abs. 2 GG: „Das Angebot der Dienstleistungen ist in Zukunft ausschließlich private Tätigkeit, deren Wahrnehmung als Verwaltungsaufgabe in öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform ausgeschlossen wird.“⁷⁰⁴ Im

704 **BT-Drs. 12 / 7269, S. 5.**

S. 218 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



³² So deutlich die Amtliche Begründung zu Art. 87f Abs. 2 GG, **BT-Drs. 12 / 7269**, S. 5: „Das Angebot der Dienstleistungen ist in Zukunft ausschließlich private Tätigkeit, deren Wahrnehmung als Verwaltungsaufgabe in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform ausgeschlossen wird.“ in

S. 62

Hier lässt sich klar zeigen, dass der Inhalt von Hubertus Gersdorf bereits früher publiziert wurde, nämlich 1996. Hubertus Gersdorf hat also alle drei Texte geschrieben. Ursprünglich hatte er das Wort „in“ im Direktzitat vergessen und später schrieb er die falsche Seitennummer in die Dissertation seiner Frau und in seine Habilitationsschrift.

¹³¹ So deutlich **BT-Drs. 12/7269, S. 4**: „Das Angebot der Dienstleistungen ist in Zukunft ausschließlich private Tätigkeit, deren Wahrnehmung als *Verwaltungsaufgabe* in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform ausgeschlossen wird“ (Hervorhebung durch den Verf.).

Hubertus Gersdorf: „Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze“ (Februar 1996)

Dieses Werk erschien vor der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf und der Text (samt der Zitierfehler) wurde dort wiederverwendet.

*Hubertus Gersdorf machte auch in **späteren** Veröffentlichungen diesen Verweis, aber weiterhin mit dem vergessenen Wort „in“. Hier z. B. 1998 in seinem Rechtsgutachten „Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen“:*

*sche Telekom AG und andere private Anbieter zu erbringen. **Deutlich** heißt es in der **Amtlichen Begründung** dieser Verfassungsbestimmung: „Das Angebot der Dienstleistungen ist in Zukunft ausschließlich private Tätigkeit, deren Wahrnehmung als Verwaltungsaufgabe in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform ausgeschlossen wird.“⁴⁸ Der im Gesetz-*

⁴⁸ BT-Drs. 12/7269, S. 4.

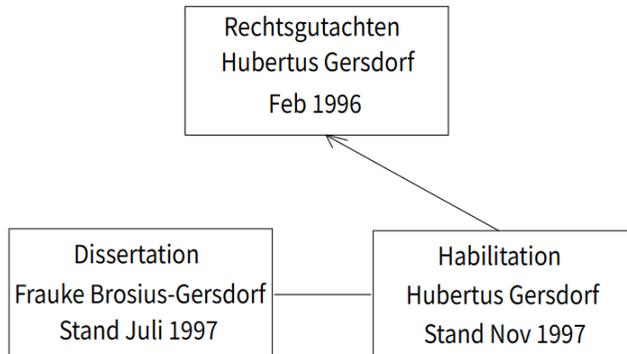


privaten Anbieter genießen. Entsprechende Auflagen und gesetzliche **Verpflichtungen**, die beide Unternehmen zu beachten haben, sind nicht - den Funktionsgesetzen des Prinzips demokratischer Legitimation entsprechend - **in der Entscheidungsrationaltät der Unternehmen selbst angelegt**, sondern stellen sich als **externe Determinanten eines von außen an die Unternehmen herangetragen**, ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit beschränkenden **Wirtschaftsverwaltungsrechts** dar³³. Im Interesse der Wirtschaftlichkeit der Unter-

³³ E. Schmidt-Aßmann / H. C. Röhl, DÖV 1994, 577 (581) zu der insoweit vergleichbaren Verfassungslage nach Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG.

S. 62

Der Text enthält starke Ähnlichkeiten, aber der Hinweis auf Gersdorf 1996 (im Ausschnitt aus der Habilitationsschrift rechts rot eingerahmt) fehlt. Damit wird Hubertus Gersdorf als Originalautor einmal mehr bestätigt:



werden konnen²⁸⁵. Solche **Verpflichtungen** bleiben jedoch **externe Determinanten eines von außen an die Gesellschaften herangetragen** **Wirtschaftsverwaltungsrechts**. Sie sind nicht bereits **in der Entscheidungsrationaltät der Unternehmen**, die ihre Geschäftspolitik an kaufmännischen Gesichtspunkten auszurichten haben, **selbst angelegt**²⁸⁶.

²⁸⁶ Vgl. E. Schmidt-Aßmann / H. C. Röhl, DÖV 1994, 577 (581); **H. Gersdorf, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, S. 69.**

S. 429 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf. Hubertus Gersdorf zitiert hier sein Rechtsgutachten vom Februar 1996 (das war mehr als ein Jahr vor der Abgabe der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf).



Diese rein ökonomische Ausrichtung der Unternehmenspolitik bedeutet freilich nicht, daß für diese staatlichen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften nicht wie für jedes Wirtschaftsunternehmen bestimmte Bindungen und Pflichten vorgesehen werden können²⁸⁵. Solche Verpflichtungen bleiben jedoch externe Determinanten eines von außen an die Gesellschaften herangetragenen Wirtschaftsverwaltungsrechts. Sie sind nicht bereits in der Entscheidungsrationaltät der Unternehmen, die ihre Geschäftspolitik an kaufmännischen Gesichtspunkten auszurichten haben, selbst angelegt²⁸⁶.

²⁸⁶ Vgl. E. Schmidt-Aßmann / H. Chr. Röhl, DÖV 1994, 577 (581); H. Gersdorf, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, S. 69.

S. 429 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf. Derselbe Textbereich wie oben, hier verglichen mit der zitierten Stelle aus dem Gutachten von Hubertus Gersdorf (Seite 69):

Die Freistellung der Deutschen Telekom AG von den Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes bedeutet allerdings nicht, daß für dieses öffentliche Unternehmen nicht wie für jedes Wirtschaftsunternehmen bestimmte Bindungen und Pflichten vorgesehen werden können. Solche Verpflichtungen bleiben jedoch externe Determinanten eines von außen an die Deutsche Telekom AG herangetragenen Medien- oder Wirtschaftsverwaltungsrechts. Sie sind nicht bereits in der Entscheidungsrationaltät der Deutschen Telekom AG, die ihre Unternehmenspolitik an kaufmännischen Gesichtspunkten auszurichten hat, selbst angelegt¹³⁶. Das bedeutet, daß die Deutsche Telekom AG die durch

¹³⁶ Siehe zur vergleichbaren Rechtsstellung der Deutschen Bahn AG nach Art. 87 c Abs. 3 GG E. Schmidt-Aßmann / H. Chr. Röhl, DÖV 1994, 577 (581).

S. 69 von Hubertus Gersdorfs Rechtsgutachten im Auftrag der Hamburgischen Anstalt für neue Medien (HAM): „Regelungskompetenzen bei der Belegung



digitaler Kabelnetze“ (Februar 1996). Somit hat Hubertus Gersdorf in seiner Habilitationsschrift sein Rechtsguthaben korrekt zitiert und der Inhalt landete trotzdem (siehe in der Zeile darüber) auch in der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf (Juli 1997). **Also kann Hubertus Gersdorf nicht von seiner Frau abgeschrieben haben.**

³³ E. Schmidt-Aßmann / H. C. Röhl, DÖV 1994, 577 (581) zu der insoweit vergleichbaren Verfassungslage nach Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG.

S. 62

Hier erweist sich erneut Hubertus Gersdorf als der Originalautor.

¹⁵¹ Vgl. zur insoweit vergleichbaren Verfassungslage nach Art. 87 e Abs. 3 Satz 1 GG E. Schmidt-Aßmann / H. Chr. Röhl, DÖV 1994, 577 (581).

Hubertus Gersdorf: „Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze“ (Februar 1996). Hier S. 74.

schaftsverwaltungsrechts dar³³. Im Interesse der Wirtschaftlichkeit der Unternehmenspolitik werden beide Unternehmen durch Art. 87f Abs. 2 GG von den aus dem Demokratieprinzip fließenden Organisationsanforderungen freigestellt. Das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen dem Demokratieprinzip einerseits und dem Wirtschaftlichkeitsgebot andererseits wird durch Art. 87f Abs. 2 GG zugunsten der Wirtschaftlichkeit beider Unternehmen aufgelöst.

S. 62

schlag in den Art. 87 e Abs. 3 und Art. 87 f Abs. 2 GG gefunden. Im Interesse der Wirtschaftlichkeit des Erbringens von Dienstleistungen in den drei Dienstleistungsbereichen werden die Deutsche Bahn AG, die Deutsche Post AG und die Deutsche Telekom AG durch Art. 87 e Abs. 3 und Art. 87 f Abs. 2 GG von den aus dem Demokratieprinzip fließenden Organisationsanforderungen suspendiert. Die Unternehmen sollen eigenverantwortlich und ohne externe Einflußnahme nach kaufmännischen Gesichtspunkten geführt werden. Das Grundgesetz selbst bekennt sich zur Wirtschaftlichkeit als maßgeblichem Zielwert bei der Unternehmensleitung und räumt diesem Vorrang gegenüber den sub specie des Demokratieprinzips erforderlichen Einwirkungsnotwendigkeiten ein. Das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen dem Demokratieprinzip einerseits und dem Wirtschaftlichkeitsgebot andererseits wird durch die Art. 87 e Abs. 3 und Art. 87 f Abs. 2 GG zugunsten der Wirtschaftlichkeit der Unternehmen aufgelöst.

S. 357 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



1 GG)³⁵. Diese verfassungsrechtlichen Regelungen über die Zusammensetzung und Mitwirkung des Bundesrates am Gesetzgebungsverfahren des Bundes beruhen auf föderalistischen Erwägungen; im Interesse der bundesstaatlichen Struktur der Bundesrepublik Deutschland ist die Mitwirkung der Länder am Gesetzgebungsverfahren des Bundes geboten³⁶. Wie auch noch an anderer

Rechtfertigung in Art. 50 - 52 GG. Kurzum: Art. 50 - 52 GG liegen bundesstaatliche Erwägungen zugrunde, welche entgegen dem Prinzip demokratischer Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG eine kollegiale Entscheidungsstruktur im Bundesrat gebieten und die damit einhergehende Unterschreitung des verfassungsrechtlich gebotenen Legitimationsniveaus rechtfertigen.

Um diese unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Rechtswerte deutlich hervortreten zu lassen, empfiehlt sich eine schutzgüterbezogene Differenzierung zwischen dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG einerseits und den organisationsrechtlichen Sonderregelungen für die einzelnen staatlichen

³⁶ Siehe nur Th. Maunz, in: ders. / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 50 Rdnr. 1; B. Pieroth, in: H. D. Jarass / B. Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 9 und Art. 50 Rdnr. 1.

legt. Den Vorschriften der Art. 50–52 GG liegen föderalistische Erwägungen zugrunde. Im Interesse der bundesstaatlichen Struktur der Bundesrepublik Deutschland ist die Mitwirkung der Länder am Gesetzgebungsverfahren des Bundes geboten⁷⁰⁶. Die Bestimmungen der Art. 50–52 GG konkretisieren das in Art. 20 Abs. 1 GG wurzelnde bundesstaatliche Prinzip und rechtfertigen verfassungsrechtlich das Defizit demokratischer Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG.

schaftlichkeit, und Schutzgut der Art. 50–52 GG ist das Bundesstaatsprinzip. Mit Blick auf diese unterschiedlichen Schutzgüter des Demokratieprinzips einerseits und der verfassungsrechtlichen Sonderregelungen andererseits erscheint es metho-

⁷⁰⁶ Siehe nur Th. Maunz, in: dems. / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 50 Rdnr. 1; B. Pieroth, in: H. D. Jarass / B. Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 9 und Art. 50 Rdnr. 1.

S. 219 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Funktionsbereiche andererseits. Eine Zusammenschau des Art. 20 Abs. 2 GG mit den verfassungsrechtlichen Organisationsmodellen, welche das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG von vornherein mit dem Regelungsgehalt der organisatorischen Sonderregelungen anreicherte, drohte die unterschiedliche Schutz- und Stoßrichtung des auf die Gewährleistung von Volkssouveränität gerichteten Demokratieprinzips und der im Interesse anderer Schutzgüter normierten verfassungsrechtlichen Ausnahmebestimmungen zu vernachlässigen. Um diese beiden Schutzebenen deutlich sichtbar werden zu lassen, soll im folgenden terminologisch und methodologisch zwischen der Gewährleistungsebene des Demokratieprinzips einerseits und der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung andererseits differenziert werden. Die Gewährleistungsebene betrifft den Prozeß der Vermittlung demokratischer Legitimation. Schutzgut ist insoweit das Prinzip der Volkssouveränität, das die Rückführbarkeit jedweder Ausübung von Staatsgewalt auf einen Willensakt des Volkes verlangt. Sofern das staatliche Organisationsrecht diesem demokratischen Prinzip nicht entspricht, führt dies keinesfalls axiomatisch zu einem Verfassungsverstoß. Nochmals: Das Demokratieprinzip ist eines unter mehreren Verfassungsprinzipien. Bei der Ausgestaltung staatlicher Organisationen ist nicht nur den aus dem Demokratieprinzip folgenden Anforderungen zu genügen. Neben das Demokratieprinzip können noch weitere Verfassungsprinzipien treten, die zuweilen ein von dem Prinzip demokratischer Legitimation abweichendes Organisationsmodell einfordern. Weil das Demokratieprinzip keine absolute, sondern nur relative Wirkung entfaltet, also nicht allein, sondern nur als eines unter mehreren Verfassungsprinzipien auf Verwirklichung drängt, können Defizite im Prozeß der Vermittlung demokratischer Legitimation durch andere Rechtswerte mit Verfassungsrang gerechtfertigt werden. Damit ist die Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Legitimationseinbußen angesprochen; sie ist funktional auf den Schutz von Rechtsgütern gerichtet, die nicht der Gewährleistung von Volkssouveränität dienen. Die Rechtfertigungsebene betrifft also andere, mit dem Verfassungsprinzip Demokratie kollidierende Rechtsgüter.

Unter Zugrundelegung der hier befürworteten Konzeption ergibt sich mithin das verfassungsrechtlich gebotene Legitimationsniveau allein aus der Verfassungsbestimmung des Art. 20 Abs. 2 GG. Die organisationsrechtlichen Sonderregelungen stellen demgegenüber verfassungsrangige Ausnahmebestimmungen von den demokratischen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG dar. Sie kommen daher nur dann zum Tragen, wenn das Prinzip demokratischer Legitimation beeinträchtigt ist, also staatliche Funktionsträger

S. 64 (Zu beachten ist insbesondere die rote Einrahmung.)

und der verfassungsrechtlichen Sonderregelungen andererseits erscheint es methodologisch anfechtbar, durch eine Zusammenschau des demokratischen Prinzips und der Sonderbestimmungen des Grundgesetzes ein entsprechend geringeres Legitimationsniveau im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG zu kreieren. Eine solche Betrachtungsweise vernachlässigte die unterschiedliche funktionale Schutz- und Stoßrichtung des auf die Gewährleistung von Volkssouveränität gerichteten Demokratieprinzips und der im Interesse anderer Schutzgüter normierten verfassungsrechtlichen Ausnahmebestimmungen. Um diese beiden Schutzebenen deutlicher sichtbar werden zu lassen, empfiehlt es sich, terminologisch zwischen der Gewährleistungsebene des Demokratieprinzips einerseits und der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung andererseits zu differenzieren. Die Gewährleistungsebene betrifft den Prozeß der Vermittlung demokratischer Legitimation. Schutzgut ist insoweit das Prinzip der Volkssouveränität, das die Rückführbarkeit jedweder Ausübung von Staatsgewalt auf einen Willensakt des Volkes verlangt. Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung stellt sich immer dann, wenn der Bereich organisierter Staatlichkeit diesem in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegten demokratischen Legitimationsniveau nicht entspricht. Insoweit können andere verfassungsrechtliche, außerhalb des Prozesses demokratischer Legitimationsvermittlung liegende Schutzgüter ein anderes, von Art. 20 Abs. 2 GG abweichendes Organisationsmodell ermöglichen oder – wie in den Fällen der grundgesetzlichen Sonderregelungen – sogar einfordern. Diese kollidierenden Verfassungsgüter modifizieren nicht das Demokratieprinzip, weil sie funktional nicht auf die Herstellung des Prinzips der Volkssouveränität gerichtet sind. Sie betreffen andere Verfassungsgüter, zu deren Schutz Einschränkungen des Prinzips demokratischer Legitimation verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind. Sie kommen auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zum Tragen.

Nach dem hier entwickelten Modell folgt das verfassungsrechtlich gebotene Legitimationsniveau allein aus der Verfassungsbestimmung des Art. 20 Abs. 2 GG. Die organisationsrechtlichen Sonderregelungen stellen demgegenüber verfassungsrangige Ausnahmebestimmungen von den demokratischen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG dar. Sie vermögen Einbußen im demokratischen Legitimationsniveau (Art. 20 Abs. 2 GG) verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Diese

S. 219-220 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



pien treten, die zuweilen ein von dem **Prinzip demokratischer Legitimation** abweichendes Organisationsmodell **einfordern**. Weil **das Demokratieprinzip keine absolute, sondern nur relative Wirkung entfaltet**, also **nicht allein, sondern nur als eines unter mehreren Verfassungsprinzipien auf Verwirklichung drängt**, können Defizite im Prozeß der Vermittlung demokratischer Legitimation durch andere Rechtswerte mit **Verfassungsrang gerechtfertigt** werden. Da-

S. 64 (Teile des Textes von oben sind auch im Resümee von Hubertus Gersdorfs Habilitationsschrift zu finden.)

Resümee: Der weiteren Untersuchung sind zwei Erkenntnisse zugrunde zu legen. Erstens **entfaltet das Demokratieprinzip keine absolute, sondern nur relative Wirkung und drängt nicht als einziges, sondern als eines unter mehreren verfassungsrechtlichen Organisationsprinzipien auf Verwirklichung**. Sofern also der Be-

S. 219-220 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

II. System funktional komplementärer Legitimationsstränge

S. 66

I. Verhältnis von personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation: System funktional komplementärer Legitimationsstränge

S. 171 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Kommt es somit unter dem Blickwinkel des Art. 20 Abs. 2 GG ausschließlich darauf an, daß die personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimationsform in ihrem Zusammenwirken das gebotene Legitimationsniveau erreichen, so erhellt daraus, daß Lücken in dem einen Legitimationsstrang durch entsprechende Verstärkung des jeweils anderen kompensiert werden können, solange und soweit im Ergebnis die erforderliche Legitimation vermittelt wird⁴³. We-

⁴³ Vgl. statt vieler E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 23; E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 276 f.; anderer Ansicht soweit ersichtlich nur R. Schäfer, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 46 f., der von der unbestrittenen Eigenständigkeit beider Legitimationsformen auf die Unzulässigkeit ihrer Verzahnung schließt - eine Folgerung, deren juristische Argumentationslinie nicht so recht einzuleuchten vermag.

S. 66

Ist unter den Auspizien des Demokratieprinzips allein entscheidend, daß beide Legitimationsfaktoren in ihrem Zusammenwirken der Ausübung von Staatsgewalt das verfassungsrechtlich gebotene „bestimmte Legitimationsniveau“ vermitteln, so erhellt daraus, daß Lücken in einem der beiden Legitimationsstränge durch entsprechende Verstärkung des jeweils anderen Legitimationsstranges kompensiert werden können, solange und soweit im Ergebnis das „bestimmte Legitimationsniveau“ erreicht wird⁵⁶².

⁵⁶² Vgl. statt vieler E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 23; E. Th. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 282 f.; K. Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 37; anderer Ansicht R. Schäfer, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 46 und 50, der insoweit – ohne nähere Begründung – von einem Kompensations- und Substitutionsverbot der personellen und sachlich-inhaltlichen Legitimationskomponenten ausgeht; siehe auch P. Wössner, Paritätische Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 116 f.; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 154 ff.; zweifelnd auch E. Schmidt-Aßmann, AöR Bd. 116 [1991], 329 (367 f.).

S. 172 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

⁷¹ Vgl. R. Schäfer, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, 1988, S. 46.

⁷² R. Schäfer, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, 1988, S. 50. In diese Richtung bereits R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, Art. 20, II, Rn. 47, ohne freilich die genannte Konsequenz ausdrücklich auszusprechen.

⁷³ Zur Herleitung beider Legitimationskomponenten aus demselben Gesichtspunkt der (demokratischen) Rückführbarkeit der Ausübung von Staatsgewalt auf das Volk siehe oben bei Fußn. 4 - 10.

⁷⁴ Dazu auch E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 328.

⁷⁸ So ausdrücklich E.-W. Böckenförde, in: HdbStR I, 1987, § 22 Rn. 23; R. Schäfer, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, 1988, S. 46 und 50; E. T. Emde,

Matthias Jestaedt: „Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung“. Hier S. 282-283



Denn Art. 20 Abs. 2 GG markiert allein das Legitimationsziel, läßt aber die Wege zu dessen Verwirklichung offen⁴⁵. Daraus folgt, daß nicht nur Lücken in dem einen Legitimationsstrang durch zusätzliche Legitimationselemente in der jeweils anderen Legitimationsform kompensiert werden können, sondern entgegen der wohl überwiegenden Auffassung in der Lehre im Einzelfall auch eine vollständige Substitution der einen durch die andere Legitimationsform zulässig ist, solange und soweit summa summarum das gebotene Legitimationsniveau erreicht wird⁴⁶.

Die Zulässigkeit einer solchen Totalsubstitution findet ihre Bestätigung auch am Beispiel der Legitimationsstruktur des Parlaments, bei dem wegen der unmittelbaren demokratischen Legitimation durch das Volk die personelle Komponente in vollkommener Form verwirklicht ist, während es keinerlei Lenkungs- und Steuerungsmechanismen übergeordneter Stellen unterworfen ist, so daß es einer sachlich-inhaltlichen Legitimation vollständig entbehrt. Und weiter spricht für die Zulässigkeit einer Totalsubstitution auch, daß es unter den Auspizien des Prinzips demokratischer Legitimation keinen Unterschied machen kann, ob die erforderliche Rückkoppelung staatlicher Exekutiventscheidungen durch das Weisungsrecht des jeweiligen Ressortministers oder durch dessen unmittelbare Repräsentanz in dem entsprechenden Entscheidungsgremium sichergestellt wird. Diese Beispiele lassen deutlich werden, daß die gegenseitige Verzahnung und Reziprozität der personellen und sachlich-inhaltlichen Legitimationsform nicht lediglich in der Kompensationsmöglichkeit einzelner Legitimationsdefizite besteht, sondern bis hin zur vollständigen Substitution der einen durch die andere Legitimationsform reichen kann, solange und soweit im Ergebnis das nach Art. 20 Abs. 2 GG gebotene Legitimationsniveau erreicht und Volkssouveränität gewährleistet wird.

S. 67

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, weil Art. 20 Abs. 2 GG nur das Ziel des „bestimmten Legitimationsniveaus“ markiert, die Wege zu dessen Verwirklichung aber offen läßt. Das bedeutet also, daß nicht nur einzelne Lücken im jeweiligen Legitimationsstrang durch zusätzliche Legitimationselemente des jeweils anderen Legitimationsbandes kompensiert werden können, sondern entgegen der häufig vorgetragenen Auffassung⁵⁶⁴ im Einzelfall auch eine vollständige Substitution der einen durch die jeweils andere Legitimationsform möglich und zulässig ist, solange und soweit nur das entsprechende Legitimationsergebnis erreicht wird⁵⁶⁵. Als Beleg dafür, daß eine solche Totalsubstitution der einen durch die andere Legitimationsform im Hinblick auf Art. 20 Abs. 2 GG unbedenklich ist, sei hier auf die Legitimationsstruktur des Parlaments verwiesen, das wegen der unmittelbaren demokratischen Legitimation die personelle Komponente umfassend verwirklicht, während es einer sachlich-inhaltlichen Legitimation vollständig entbehrt⁵⁶⁶. Und weiter machte es im Hinblick auf die Rückführbarkeit und damit auf die demokratische Legitimation von Entscheidungen verselbständigter Verwaltungseinheiten keinen Unterschied, ob sich der jeweils zuständige Ressortminister spezieller administrativer Steuerungsinstrumentarien, so etwa des Weisungsrechts, bedienen kann, um den Entscheidungen der verselbständigten Verwaltungseinheit die erforderliche Legitimation zu vermitteln, oder aber, ob er ein mit Stimmrecht ausgestattetes Mandat in dem entsprechenden Entscheidungsgremium innehat, das ihn zur Durchsetzung seiner (politischen) Ziele unmittelbar autorisiert. Dieses Beispiel läßt deutlich werden, daß die personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation – in einem Wechselbezüglichkeitsverhältnis stehend – auf ein und dasselbe Ziel

S. 173 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



ein Bedeutungsgefälle im Sinne einer Über- Unterordnung besteht. Zum Teil wird in der Literatur für eine Vorrangstellung der sachlich-inhaltlichen Legitimation plädiert. Dafür wird ins Feld geführt, daß Gegenstand demokratischer Legitimation nicht in erster Linie die Amtswalter, sondern die von ihnen getroffenen Entscheidungen seien. Die mit der Ausübung von Staatsgewalt betrauten Amtswalter handelten nicht etwa selbstzweckhaft, sondern stets mit dem Ziel, bestimmte Entscheidungen zu treffen. Da die sachlich-inhaltliche Legitimationsform auf die Legitimation der staatlichen Entscheidungen gerichtet sei, während die personelle Legitimationskomponente lediglich auf die Legitimation der Amtswalter ziele, leite sich daraus die Prävalenz der sachlich-inhaltlichen gegenüber der personellen Legitimation ab⁴⁷.

⁴⁷ Vgl. etwa E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 46; siehe auch R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnr. 48, nach dessen Ansicht die demokratische Legitimation in erster Linie darauf abzielt, „die Staatstätigkeit inhaltlich (materiell) an den Willen der unmittelbar vom Volk gewählten Staatsorgane (scil.: konkret also des Parlaments) zu binden [...]“; ähnlich auch BVerfGE 83, 60 (73): „Entscheidungen steuern die staatliche Herrschaft und müssen sich daher vom Volk herleiten“.

S. 68

Fraglich erscheint, ob zwischen den beiden Legitimationssträngen ein Bedeutungsgefälle besteht, das eine Prävalenz der sachlich-inhaltlichen Legitimation aufweist. Hierfür scheint auf den ersten Blick die Zielsetzung des Prinzips demokratischer Legitimation zu sprechen, den Zurechnungszusammenhang zwischen staatlicher Herrschaftsausübung und Herrschaftsunterworfenheit des Volkes herzustellen. Denn Gegenstand der Herrschaftsausübung des Staates sind letztlich nicht die Personen, sondern die von ihnen getroffenen Entscheidungen. Vor diesem Hintergrund wird teilweise der sachlich-inhaltlichen gegenüber der personalen Legitimation Vorrang eingeräumt⁵⁶³.

⁵⁶³ Vgl. etwa E. Th. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 46; siehe auch R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Art. 20 II Rdnr. 48, demzufolge die demokratische Legitimation in erster Linie darauf abzielt, „die Staatstätigkeit inhaltlich (materiell) an den Willen der unmittelbar vom Volk gewählten Staatsorgane (konkret also des Parlaments) zu binden ...“; ähnlich BVerfGE 83, 60 (73): „Entscheidungen steuern die staatliche Herrschaft und müssen sich daher vom Volk herleiten.“

S. 172 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



⁴⁸ E.-W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 75; ders., in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnrn. 17, 19; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 373; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 92; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 161 f.; J. Tettinger, Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot, S. 53 f.

S. 68 (Die Quelle ist zwar eingestreut, aber die Übernahme der anderen Verweise aus ebendieser Quelle wurde nicht kenntlich gemacht. Damit **Quellenplagiat**)

auf den Willen verschiedener (Teil-)Völker zurück. Die besondere Problematik solcher Kollegialorgane besteht darin, daß sich die einzelnen Mitglieder zwar jeweils auf ihr (Teil-)Volk als Legitimationssubjekt berufen können, sie jedoch insoweit nicht demokratisch legitimiert sind, als den von ihnen getroffenen Entscheidungen auch verbindliche Wirkung für die anderen (Teil-)Völker zukommt.

S. 73 (In beiden Werken keine Quellenangaben)

II. Demokratische Legitimation kollegialer Entscheidungsgremien

S. 76

¹⁴ So E.-W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 75; ders., in: HdbStR I, 1987, § 22 Rn. 17, 19; auf ihn Bezug nehmend: A. Dickersbach, in: G. Geller / K. Kleinrahm, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, ³1977, Art. 2 Anm. 6; P. J. Tettinger, Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot, 1986, S. 53f.; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, 1991, S. 161, 162 mit Nachw.

¹⁵ Vgl. oben Kap. 7 bei Fußn. 1 ff., bes. 66 ff. Siehe im übrigen J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume, 1986, S. 92.

Matthias Jestaedt: „Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung“ (1992).
Hier S. 373

beiträger geht. Die besondere Problematik derartiger Kollegialgremien besteht darin, daß sich die einzelnen Amtswalter jeweils auf ihr (Teil-)Volk als Legitimationssubjekt berufen können, aber insoweit nicht demokratisch legitimiert sind, als es um die Geltungserstreckung der zu treffenden Entscheidungen mit Wirkung für andere (Teil-)Völker geht. Als Beispiele hierfür seien die interkommunale Zusam-

S. 202 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

IV. Zur Problematik (personeller) Legitimation kollegialer Entscheidungsgremien

S. 202 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Grundgesetz in Einklang stehen. Vielmehr müßte weiter gefragt werden, ob ein solches Legitimationsdefizit durch **verfassungsrangige Ausnahmeregelungen von den demokratischen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG** gerechtfertigt ist. Nur wenn solche Ausnahmebestimmungen nicht greifen,

S. 76 ("verfassungsrangige Ausnahmeregelungen" hat nur einen einzigen Treffer mit Google.)

mungen unberührt. Sie stellen allein **verfassungsrangige Ausnahmeregelungen von den demokratischen Legitimationsanforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG** dar und liefern den verfassungsrechtlichen Rechtfertigungstitel für Unterschreitungen des hiernach erforderlichen Legitimationsniveaus.

S. 213 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

¹⁹ So vor allem **E.-W. Böckenförde**, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 74 ff.; „potentielle Träger der Entscheidung“ (S. 77); *ders.*, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 19; im Anschluß an **E.-W. Böckenförde** auch **K. J. Bieback**, Die Mitwirkung der Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung, S. 43 ff.; **A. Dickersbach**, in: G. Geller / K. Kleinrahn (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Art. 2 Anm. 6; **E. T. Emde**, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329; **K. Ipsen**, DÖV 1971, 469 (474); **B. Pieroth**, in: H. D. Jarass / B. Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 8; **G. Püttner**, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, S. 64; **H. P. Schneider**, DÖV 1972, 598 (605); **P. J. Tettinger**, Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratieprinzip, S. 24 f. und 53 f.

S. 78 (Vor allem die gemeinsame Formulierung „im Anschluß an“ verrät die gemeinsame Autorschaft. Weitere Indizien: Aus Böckenfördes Vornamen „Ernst-Wolfgang“ wurde „E.-W.“, aber aus Biebacks Vornamen „Karl-Jürgen“ wurde „K. J.“ ohne Bindestrich – **genau dieselbe Inkonsistenz in beiden Werken**. Zudem heißt das direkte Zitat im Wortlaut nicht „potentielle Träger der Entscheidung“, sondern „(potentieller) Träger der Entscheidung“.)

⁶⁶⁴ Grundlegend **E.-W. Böckenförde**, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 74 ff.; siehe ferner *dens.*, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 19; im Anschluß an

E.-W. Böckenförde; **K. J. Bieback**, Die Mitbestimmung der Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung, S. 43 ff.; **E. Th. Emde**, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329; **R. Fischer**, Die Sparkasse 1986, 532 (535); **P. J. Tettinger**, Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratieprinzip, S. 24 f., 53 f., besonders deutlich S. 71, wonach ein Anteil von einem Drittel der nicht demokratisch Legitimierten am Kollegialorgan „auch unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips als in jedem Fall tolerabel“ erscheinen soll.

⁶⁶⁵ So ausdrücklich **E.-W. Böckenförde**, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 77: “ ... potentielle Träger der Entscheidung”.

⁶⁶⁶ **E. Th. Emde**, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329; siehe auch **B. Pieroth**, in: H. D. Jarass / B. Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 8; ebenso, wenngleich mit deutlich schwächerem Impetus („zu erwägen ist“)

S. 205-206 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Zwecke der demokratischen Legitimation allen staatlichen Handelns²⁰. Die personelle Legitimation ist funktional darauf gerichtet, staatlichen Entscheidungen die nach Art. 20 Abs. 2 GG erforderliche Rückanbindung an den Willen des Volkes zu vermitteln. Die personelle Legitimationskomponente will im Ergebnis sicherstellen, daß sämtliche hoheitlichen Entscheidungen demokratisch legitimiert sind²¹. Anknüpfungspunkt für das Gebot personeller

²¹ Vgl. E.-W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, S.75; dens., in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnrn. 17, 19; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 162; K. Ipsen, DÖV 1971, 469 (474); M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 373; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 92; P. J. Tettinger, Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratieprinzip, S. 53 f.

S. 79 (Der Fußnoteninhalt ist 1:1 identisch, also sehr wahrscheinlich Copy and Paste.)

Augen führen, daß die personelle Legitimationskomponente funktional auf die Entscheidung der Kollegialorgane als Anknüpfungspunkt für die Legitimationsbedürftigkeit nach Art. 20 Abs. 2 GG bezogen ist. Nicht die Amtswaltereigenschaft als solche löst die Notwendigkeit demokratischer Legitimation aus, sondern die von Amtswaltern getroffenen Entscheidungen. Deshalb erfüllt die personelle Legitimationsform keinen Selbstzweck, sondern ist funktional darauf gerichtet, staatlichen Entscheidungen die erforderliche Legitimation zu vermitteln⁶⁶⁹. Daher kommt es

⁶⁶⁹ Vgl. E.-W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 75; dens., in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnrn. 17, 19; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 162; K. Ipsen, DÖV 1971, 469 (474); M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 373; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 92; P. J. Tettinger, Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratieprinzip, S. 53 f.

S. 207 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

²⁴ Als Beleg für die Unsicherheit vieler Autoren bei der Beantwortung der Frage, ob auch die konkrete Entscheidung von der Mehrheit der demokratisch legitimierten Gremienmitglieder getragen sein muß, sei hier stellvertretend E. T. Emde (Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329) genannt, nach dessen Auffassung zwar einerseits neben dem numerischen Übergewicht der demokratisch Legitimierten zusätzlich sichergestellt sein müsse, „daß keine Entscheidung gegen die Mehrheit der staatlich legitimierten Organwalter zustande kommen kann“; andererseits aber soll dem Prinzip materiell-demokratischer Legitimation dann nicht genügt sein, „wenn eine Entscheidung durch eine Mehrheit von staatlich nicht legitimierten Organwaltern zustande gebracht worden ist“. Diese beiden Aussagen widersprechen einander, weil die erste eine abstrakt-virtuelle Entscheidungsgewalt der Mehrheit demokratisch Legitimierter genügen läßt, während die zweite eine konkret-aktuelle Entscheidungsmacht verlangt.

S. 80

Ungeklärt bleibt nach Maßgabe dieser Auffassung, ob auch die konkrete Entscheidung von der Mehrheit der demokratisch legitimierten Mitglieder getragen sein muß, eine Frage, der immer dann Bedeutung zukommt, wenn die demokra- [...]

mation bedarf und darüber hinaus die Gewähr bestehen muß, „daß keine Entscheidung gegen die Mehrheit der staatlich legitimierten Organwalter zustandekommen kann“⁶⁶⁶. Anders gewendet: Es ist erforderlich, „daß die Entscheidung ... von ei- [...]

nur insoweit zulässig, als diese über kein (echtes) Stimmrecht verfügten und deshalb die abstrakt-virtuelle Entscheidungsgewalt der demokratisch legitimierten Gremienmitglieder gewährleistet sei⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ E. Th. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329; siehe auch B. Pieroth, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz,

S. 206 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



²⁵ Siehe hierzu *W. Leisner*, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 40 f.; *M. Papenfuß*, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 162; *G. Püttner*, DVBl. 1984, 165 (167); *J. Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 92.

S. 80 (Der Fußnoteninhalt ist 1:1 identisch, also sehr wahrscheinlich Copy and Paste)

lich vertreten - demokratisch legitimierte Entscheidungsträger angehören, ist nicht sichergestellt, daß jede einzelne Entscheidung von der demokratisch legitimierten Mehrheit getragen wird. Zwar ist einzuräumen, daß die diesem Modell immanente Demokratieschwäche nicht bei jeder einzelnen Entscheidung auch tatsächlich durchschlagen muß. Vielmehr können im konkreten

²⁶ Unter Rekurs auf dieses Argument erachtet *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 380, dieses Modell für grundgesetzkonform.

S. 81 (Bei Jestaedt finden sich diese Formulierungen in diesem Wortlaut nicht.)

⁶⁷³ Siehe hierzu *W. Leisner*, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 40 f.; *M. Papenfuß*, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 162; *G. Püttner*, DVBl. 1984, 165 (167); *J. Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 92.

S. 208 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

wird⁶⁷⁸. Denn insoweit ist nicht in jedem Fall sichergestellt, daß jede Entscheidung zumindest von der Mehrheit der demokratisch legitimierten Amtswalter getragen ist, also demokratisch legitimiert ist. Zwar ist einzuräumen, daß die Schwäche in der personell-demokratischen Legitimationsstruktur nicht immer auf die konkrete Entscheidung durchschlagen muß, sondern nur dann, wenn die konkrete Entschei-

⁶⁷⁹ Deshalb erklärt *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 380, dieses Modell als mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes für kompatibel.

S. 209-210 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Mitglieder in der Entscheidung Niederschlag finden. Daraus erhellt, daß bei diesem auf die Mitgliedermehrheit bezogenen Legitimationskonzept das von Verfassungen wegen vorgegebene Ziel, jede staatliche Entscheidung auf den Willen des Volkes zurückzuführen, nicht mit Sicherheit gewährleistet ist. Nach diesem Legitimationskonzept werden einzelne Entscheidungen auf dem Willen aller demokratisch legitimierten Mitglieder beruhen und damit demokratisch legitimiert sein; andere Entscheidungen hingegen werden eben diese Rückanbindung und damit die nach Art. 20 Abs. 2 GG gebotene Legitimation vermissen lassen. Dies aber läßt die systembedingte Schwäche dieses Legitimationskonzepts deutlich werden: Das Modell stellt keine institutionellen oder organisatorischen Sicherungen zur Verfügung, die die Rückführbarkeit jeder einzelnen Entscheidung auf den Willen der demokratisch legitimierten Mehrheit sicherstellen. Es ist nicht gewährleistet, daß sämtliche demokratisch legitimierten Mitglieder ihren Willen bei jeder einzelnen Entscheidung tatsächlich durchzusetzen vermögen und damit jede Entscheidung auf dem Willen des Volkes beruht. Kurzum: Die konkrete Entscheidung kann, muß aber nicht demokratisch legitimiert sein. Wollte man als Bezugspunkt demokratischer Legitimation in kollegialen Entscheidungsgremien die Mehrheit der Mitglieder genügen lassen, bliebe es der konkreten Entscheidungs- und Beschlußlage und damit dem Einzelfall überlassen, ob die jeweilige Entscheidung im Ergebnis legitimiert ist²⁷. Das Gebot demokratischer Legitimation ist indes nicht etwa eine abdingbare verfassungsrechtliche Kann-Vorgabe, die in das Belieben des Organisationsgesetzgebers gestellt ist, sondern drängt zwingend bei jeder staatlichen Entscheidung auf Verwirklichung. Daraus erhellt, daß von Verfassungen wegen eine solche organisatorische Ausgestaltung der Legitimationsstruktur kollegialer Entscheidungsgremien erforderlich ist, welche mit Sicherheit und in jedem konkreten Einzelfall gewährleistet, daß jede staatliche Entscheidung auf dem Willen der demokratisch legitimierten Mitgliedermehrheit

²⁷ Diese modellimmanenten Schwächen sieht auch M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 380, ohne freilich hieraus das Verdikt der Verfassungswidrigkeit abzuleiten.

S. 81-82

kratienprinzips an nichts zu erinnern⁶⁷⁹. Nur ist bei diesem Legitimationskonzept das von Verfassungen wegen indisponible Ziel, jede staatliche Entscheidung auf den Willen des Volkes zurückzuführen, nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet. Dies läßt die Schwäche dieses Legitimationsmodells deutlich werden. Es stehen keine institutionellen oder organisatorischen Sicherungssysteme zur Verfügung, welche zu gewährleisten vermöchten, daß die demokratisch legitimierten Amtswalter auch tatsächlich ihren (politischen) Willen durchsetzen (können) und damit die konkrete Entscheidung auf den Willen des Volkes rückführbar ist. Kurzum: Die konkrete Entscheidung kann, muß aber nicht demokratisch legitimiert sein. Es bleibt eine Frage des Einzelfalls, ob die konkrete Entscheidung auch realiter hinreichend demokratisch legitimiert ist⁶⁸⁰. Da die personelle Legitimationsform keinen Selbstzweck erfüllt, sondern nur Mittel zur Erreichung hinreichender Legitimation staatlicher Entscheidungen ist, dieses Ziel aber nicht nur als bloße verfassungsrechtliche Kann-Vorgabe fungiert, sondern strikt und ohne jede Einschränkung auf Verwirklichung drängt, muß von Verfassungen wegen auch eine personelle Legitimationsstruktur verlangt werden, welche mit hinreichender Verlässlichkeit sicherzustellen in der Lage ist, daß jede staatliche Entscheidung von dem Willen zumindest der Mehrheit demokratisch legitimierter Gremienmitglieder getragen und damit demokratisch legitimiert ist. Dieser unverrückbaren verfassungs-

⁶⁸⁰ Diese modellimmanenten Schwächen sieht auch M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 380, ohne freilich hieraus das Verdikt der Verfassungswidrigkeit abzuleiten.

S. 210 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



²⁹ Vgl. zu diesem sogenannten „Prinzip der doppelten Mehrheit“ *E.-W. Böckenförde*, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 19 mit Fn. 25, der es in Abweichung zu seinen früheren Ausführungen (Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 74 ff.) für überlegenswert hält, ob nicht auch die konkrete Entscheidung auf den Stimmen der Mehrheit der demokratisch legitimierten Mitglieder des Kollegialorgans beruhen muß; so jetzt auch BVerfGE 93, 37 (72).

S. 82

Fraglich erscheint allein, ob dieses Ergebnis zumindest in den Fällen zu korrigieren ist, in denen kollegiale Gremien Entscheidungen nicht nach dem Mehrheitsprinzip treffen, sondern als Abstimmungsmodus das Einstimmigkeitsprinzip verbindlich vorgeschrieben ist. Nach dem Einstimmigkeitsprinzip kommen Entscheidungen nur mit den Stimmen sämtlicher Mitglieder zustande, so daß sichergestellt ist, daß keine Entscheidung gegen den Willen demokratisch legitimer Mitglieder getroffen wird³³. Damit erhebt sich die Frage

³³ So die Begründung *E. T. Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329.

S. 83

⁶⁶⁶ *E. Th. Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329; siehe auch *B. Pieroth*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 8; ebenso, wenngleich mit deutlich schwächerem Impetus („zu erwägen ist“) *E.-W. Böckenförde*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 19 Fn. 25, in Ergänzung zu seinen früheren Ausführungen in Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 74 ff.

⁶⁶⁷ BVerfGE 93, 37 (72) unter Bezugnahme auf *E.-W. Böckenförde*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 19 Fn. 25.

S. 206 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

Nicht ausreichend ist es ferner, wenn zwischen den demokratisch legitimierten und nichtlegitimierten Funktions- und Aufgabenträgern als Abstimmungsmodus das Einstimmigkeitsprinzip vereinbart wird. Nach dem Einstimmigkeitsprinzip kommen Entscheidungen nur mit den Stimmen sämtlicher Mitglieder zustande, so daß sichergestellt ist, daß keine Entscheidung gegen den Willen demokratisch legitimer Mitglieder getroffen wird⁶⁷⁵. Doch genügt dies zur Verwirklichung des

⁶⁷⁵ Vgl. *E. Th. Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329.

S. 208 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Die Antwort auf diese Frage muß abermals unter Rekurs auf die verfassungsrechtliche Schlüsselbestimmung des Art. 20 Abs. 2 GG gefunden werden. Art. 20 Abs. 2 GG verlangt, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Jede Ausübung staatlicher Gewalt muß sich auf den Willen des Volkes rückführen lassen, sei es, daß die Gewaltausübung darin besteht, eine bestimmte Entscheidung zu treffen oder diese im umgekehrten Fall nicht zu treffen. Daraus erhellt, daß für das demokratische Verfassungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG nicht lediglich ein entsprechendes Veto-Recht der demokratisch legitimierten Mehrheit genügt. Vielmehr verlangt Art. 20 Abs. 2 GG eine Organisationsstruktur, die gewährleistet, daß die demokratisch legitimierten Mitglieder ihren Willen tatsächlich und in jedem konkreten Entscheidungsfall durchzusetzen vermögen. Mit anderen Worten: Dem Prinzip demokratischer Legitimation nach Art. 20 Abs. 2 GG ist nur dann entsprochen, wenn die demokratisch legitimierten Mitglieder nicht nur die Möglichkeit haben, Entscheidungen zu verhindern, sondern diese auch herbeiführen können. Das Demokratieprinzip

S. 83-84

³⁴ Siehe dazu E.-W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 76 f., der von „Entscheidungsverhinderungsbefugnis“ spricht; ders., in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 19; siehe ferner M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 376; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 159 ff.

S. 84

liegen. Dies folgt unmittelbar aus Art. 20 Abs. 2 GG, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Jede Ausübung staatlicher Gewalt muß auf den Willen des Volkes rückführbar sein, sei es, daß die Gewaltausübung darin besteht, eine bestimmte Entscheidung zu treffen oder diese im umgekehrten Fall nicht zu treffen. Dem verfassungsrechtlichen Prinzip wird nicht allein dadurch genügt, daß der demokratisch legitimierten Mehrheit ein entsprechendes Vetorecht zusteht. Vielmehr verlangt Art. 20 Abs. 2 GG, den Exekutivbereich in einer Weise auszugestalten, daß die demokratisch legitimierten Mitglieder ihren Willen auch tatsächlich und in jedem konkreten Entscheidungsfall durchsetzen können. Kurzum: Dem Prinzip demokratischer Legitimation nach Art. 20 Abs. 2 GG ist nur dann entsprochen, wenn die demokratisch legitimierten Mitglieder nicht nur die Möglichkeit haben, Entscheidungen zu verhindern, sondern diese auch herbeiführen können. Sowohl die

S. 208-209 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

Prinzips demokratischer Legitimation nicht. Denn danach ist nicht nur eine „Entscheidungsverhinderungskompetenz“⁶⁷⁶ erforderlich, vielmehr muß auch die posi-

⁶⁷⁶ So E.-W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 76 f.; ders., in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 19; siehe ferner M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 376; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 159 ff.

S. 208 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



tisch legitimiert. Sie beziehen ihre Legitimation aber von verschiedenen Legitimationssubjekten. Die besondere Problematik dieser Legitimationsstruktur besteht darin, daß sich zwar die einzelnen Mitglieder jeweils auf ihr (Teil-)Volk als Legitimationssubjekt berufen können, sie jedoch insoweit nicht demokratisch legitimiert sind, als die Entscheidungen auch verbindliche Wirkung für die anderen (Teil-)Völker beanspruchen. Die maßgebliche Frage lautet damit: Verlangt das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG eine Organisa-

S. 84-85

sammenarbeiten, sondern auch insofern, als es um das Zusammenwirken mehrerer für sich genommen demokratisch legitimierter staatlicher oder kommunaler Aufgabenträger geht. Die besondere Problematik derartiger Kollegialgremien besteht darin, daß sich die einzelnen Amtswalter jeweils auf ihr (Teil-)Volk als Legitimationssubjekt berufen können, aber insoweit nicht demokratisch legitimiert sind, als es um die Geltungserstreckung der zu treffenden Entscheidungen mit Wirkung für andere (Teil-)Völker geht. Als Beispiele hierfür seien die interkommunale Zusammenarbeit mehrerer kommunaler Selbstverwaltungsträger durch einen kommunalen Zweckverband, das Zusammenwirken mehrerer Bundesländer oder des Bundes

S. 202 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

³⁷ So im Ergebnis auch HessStGH, DVBl. 1986, 936 (937 f., 941 f.); M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 377 ff., insbesondere 379; W. Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 40, 57 ff.; ders., ZBR 1971, 65 ff.; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 161 ff.; G. Püttner, DVBl. 1984, 165 (167 f.); ders., DÖV 1988, 357 (359); J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 92; R. Schäfer, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 41, 59 f.

S. 86

⁶⁶⁸ Grundlegend W. Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 40 f.; ders., ZBR 1971, 65 ff.; M. Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 161 ff.; ebenso G. Püttner, DVBl. 1984, 165 (167 f.); ders., ZöGU 1984, 227 (238 f.); ders., DÖV 1988, 357 (359); J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 92; M. Sachs, in: dems. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art 20 Rdnr. 25; R. Schäfer, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 41, 59 f.; R. Scholz, ZBR 1980, 297 (302 f.); VerfGH NW, OVG 39, 292 (294); siehe schließlich mit

S. 206 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

einem ausdifferenzierten Legitimationsprofil kollegialer Entscheidungsträger M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 377 ff.; differenzierend auch D. Ehlers, [...]

ebenso wie die herrschende Lehre Hess StGH, DVBl. 1986, 936 (937 f., 941 f.); VerfGHNW,

S. 207 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

⁶⁸² So W. Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 40, 57 ff.; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 379.

S. 210 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



I. Ministerialverwaltung als Regeltypus staatlicher Verwaltung

S. 88

II. Ministerialverwaltung als Regeltypus der (privatrechtsförmigen) Verwaltungsorganisation

S. 175 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

Ministerialverwaltung

- als Regeltypus staatlicher Verwaltung
175 ff.

S. 554 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf (Sachwortverzeichnis)

⁵ Vgl. zu dieser Doppelstellung des Ressortministers *E.-W. Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, S. 212; *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung, S. 134.; *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 318; *K. Kröger*, Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung, S. 74.

S. 89

⁶⁰² Zu dieser Doppelstellung des Bundesministers *E.-W. Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, S. 174; *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 134; *J. Köble*, DÖV 1969, 25 (26 ff.); *K. Kröger*, Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, S. 74; *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 318; *B. Pieroth*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 65 Rdnr. 5.

S. 185 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

Damit ist aber noch keine Antwort auf die Frage gefunden, welcher **Steuerungsinstrumente** es zur Verwirklichung des nach Art. 20 Abs. 2 GG gebotenen **Legitimationsniveaus** bedarf. Zu klären ist insbesondere, ob die **Weisung** einen **unentbehrlichen Baustein im Legitimationsgefüge der staatlichen Verwaltung** darstellt.

S. 92 („Baustein im Legitimationsgefüge“: Nur ein einziger Treffer mit Google und zwar diese Dissertation.)

Bereichen gleichermaßen die legitimationsvermittelnden **Steuerungsinstrumente** zum Tragen gelangen. Das Institut der (Einzel-)**Weisung** ist demnach ein unverzichtbarer **Baustein im Legitimationsgefüge der** in privatrechtlichen Organisationsformen handelnden **Verwaltung**, solange und soweit das verfassungsrechtliche **Legitimationsniveau** nicht durch andere Steuerungsmittel erreicht werden kann. Da allein die Befugnis zur (Einzel-)Weisung eine auf die konkrete Entscheidung bezogene Legitimation zu vermitteln in der Lage ist, zählt dieses Legitimationsmittel zu den **unentbehrlichen** Bausteinen im Legitimationsmodell der privatrechtsförmigen

S. 195 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Diese Deutung des Art. 65 Satz 2 GG als Garantie ministerieller Weisungsbefugnis ist freilich nicht unumstritten. Teilweise wird dagegen vorgebracht, Art. 65 Satz 2 GG erkenne die Weisungsgewalt zwar an, garantiere sie aber nicht, da diese Verfassungsbestimmung die Einschränkung der ministeriellen Weisungsgewalt durch einfaches Bundesgesetz zulasse. Zur Begründung wird vorgetragen, daß Art. 65 Satz 2 GG lediglich einen „Geschäftsbereich“ voraussetze, über dessen Umfang jedoch keine Aussage treffe. Deswegen könne der Gesetzgeber über die Ausgestaltung dieses Geschäftsbereichs und damit auch über das Weisungsrecht selbst befinden²⁵. Für die hierzu erforderliche grund-

²⁵ Vgl. J. Bieback, Die Mitwirkung der Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung, S. 47 ff.; H. Faber, Wirtschaftsplanung und Bundesbankautonomie, S. 62 f.; C. P. Fichtmüller, AöR 91 (1966), 297 (322); P. Fußlein, Ministerialfreie Verwaltung, S. 320; W. Müller, JuS 1985, 497 (504).

S. 94 (Am Ende des Absatzes befindet sich zwar eine Referenz zu Emde, die Übernahme ist aber dennoch nicht ausreichend kenntlich gemacht.)

Die Deutung des Art. 65 Satz 2 GG als Garantie der ministeriellen (Einzel)Weisungsbefugnis ist nicht unumstritten. Insbesondere Maunz und v. Mangoldt/Klein²² sowie Fichtmüller²³, aber auch Bieback²⁴ vertreten die Auffassung, das Grundgesetz erkenne das Einzelweisungsrecht zwar an, gewährleiste es aber nicht und lasse seine Einschränkung durch einfaches Bundesgesetz zu. Doch die Argumente, die dieses Ergebnis begründen sol-

²³ Fichtmüller, Zulässigkeit ministerialfreien Raums in der Bundesverwaltung, AöR Bd. 91 (1966), S. 322.

²⁴ Bieback (Anm. 20), S. 47 - 58.

Ernst Thomas Emde: „Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung“ (1991). Hier S. 345



Die **Steuerungskraft** und damit auch der **demokratische Gehalt** **nimmt proportional zur Regelungsdichte des Gesetzes** und der damit einhergehenden Verringerung der Entscheidungsspielräume des normanwendenden Amtswalters zu. Der **sachlich-inhaltliche Legitimationswert des Gesetzes** differiert also nach Maßgabe der inhaltlichen Regelungsdichte der gesetzlichen Inhaltsvorgaben. Die Regelungsdichte wiederum wird durch die Grundstruktur der gesetzlichen Inhaltsvorgabe bestimmt, die entweder ein **Konditionalprogramm** oder ein **Zweckprogramm** beinhaltet³⁶. Diese beiden Kategorien, die sich - dies

³⁶ Zu diesen beiden Kategorien ausführlich aus systemtheoretischer Sicht *N. Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität*, S. 257 ff.; siehe ferner auch *M. Ströbenreuther, Die behördeninterne Kontrolle*, S. 50 ff.; *W. Thieme, Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung*, S. 43 f.

S. 97 (Bereits die Wortkette „nimmt proportional zur Regelungsdichte“ verweist mit Google-Suche nur auf die beiden hier verglichenen Werke.)

in den Konturen feststehende Verhaltensprogrammierung. **Konditionalprogramme** finden sich daher vor allem in der klassischen Eingriffsverwaltung⁴⁷, deren Rechtsakte auch unter rechtsstaatlichen Leitzielen der hinreichenden Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit bedürfen. Demgegenüber fallen die sogenannten **Zweckprogramme**⁴⁸ in ihrer Funktion als legitimationsvermittelnde Steuerungsinstrumente

[...]

größer diese **Spielräume** sind, desto schwächer ist die legitimationsvermittelnde Kraft **des Gesetzes**. Der „**Demokratiewert**“ des Gesetzes **nimmt proportional zur Regelungsdichte** der Norm zu; je offener und unbestimmter der Rechtssatz ist, desto geringer ist sein legitimationsstiftender **Gehalt**. Auf diese Zusammenhänge wird an anderer Stelle nochmals zurückzukommen sein⁵⁰.

⁴⁷ Zu nennen ist insbesondere das weite Feld des Polizei- und Ordnungsrechts, vgl. *R. Mayntz*, in: ders./F. Scharpf (Hrsg.), *Planungsorganisation*, S. 98 (100); *M. Ströbenreuther, Die behördeninterne Kontrolle*, S. 51.

⁴⁸ Vgl. dazu ausführlich aus systemtheoretischer Sicht *N. Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität*, S. 257 ff.; siehe auch *M. Ströbenreuther, Die behördeninterne Kontrolle*, S. 53 ff.

⁵⁰ Zu der nur begrenzten legitimationsvermittelnden **Steuerungskraft** von Satzungen staatlicher sowie kommunaler Eigen- und Beteiligungsgesellschaften eingehend unten im zweiten Teil, Kapitel 2, S. 271 ff.

S. 37 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Regelt der Gesetzgeber die Inhaltsvorgabe in Form eines Konditionalprogrammes, so beläßt die Gesetzesregelung dem Normanwender regelmäßig nur geringe eigene Entscheidungsspielräume, die Subsumtion auf den Einzelfall ist bereits im Detail durch das Gesetz vorausbestimmt. Dem Normanwender sind detaillierte Verhaltensdirektiven vorgegeben, für ihn steht fest, daß bei Vorliegen bestimmter Umstände eine ganz bestimmte Rechtsfolge anzuordnen ist („Muß-Vorschrift“) oder zumindest angeordnet werden kann („Kann-Vorschrift“)³⁷. Die nach Maßgabe gesetzlicher Konditionalprogramme getroffene

³⁷ M. Strößenreuther, Die behördeninterne Kontrolle, S. 50; zu dem Gebrauch von Konditionalprogrammen in der Praxis N. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 227; W. Thiemer, Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, S. 43.

S. 97 (Hier finden sich zusätzliche Quellenangaben, die in der Habilitationsschrift fehlen.)

ber Manövrierspielraum verbleibt, ist unvermeidbar⁴⁰. Das Ausmaß dieser Freiräume bestimmt sich in erster Linie nach der Grundstruktur der vom Gesetzgeber getroffenen Soll-Vorgabe. Regelt der Gesetzgeber diese Sollvorgabe in Gestalt eines sogenannten Konditionalprogramms, so steht fest, daß bei Vorliegen bestimmter Umstände eine bestimmte Entscheidung anzuordnen („Muß-Vorschrift“) oder zumindest zugelassen („Kann-Vorschrift“) ist. Der Entscheidende muß aber

S. 35 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Demgegenüber bleibt die Regelungsdichte gesetzlicher Inhaltsvorgaben in Form von Zweckprogrammen deutlich hinter der von Konditionalprogrammen zurück³⁸. Zweckprogramme geben lediglich das Ziel und die äußeren Grenzen

³⁸ M. Strößenreuther, Die behördeninterne Kontrolle, S. 53 ff.; zu den Grenzen des Gesetzes als Steuerungsmedium eingehend H. Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 164 ff., insbesondere 168 ff.

³⁹ Vgl. auch G. Schuppert, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1992, 186 (192).

S. 98

⁴⁵ E. Schmidt-Aßmann, in: Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Art. 19 IV Rdnr. 182: Das Gesetz ist kein „Speicher fertiger Antworten“, sondern bedarf der Konkretisierung; ausführlich zu den Grenzen des Gesetzes als Steuerungsmedium H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 164 ff.

⁴⁶ H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 168, bezeichnet die Unvermeidbarkeit offener Normen zu Recht als „rechtstatsächlichen Grundtatbestand“.

S. 35 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

und Berechenbarkeit bedürfen. Demgegenüber fallen die sogenannten Zweckprogramme⁴⁸ in ihrer Funktion als legitimationsvermittelnde Steuerungsinstrumente deutlich hinter den Konditionalprogrammen zurück. Die Festlegung von Zielen als

⁴⁸ Vgl. dazu ausführlich aus systemtheoretischer Sicht N. Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 257 ff.; siehe auch M. Strößenreuther, Die behördeninterne Kontrolle, S. 53 ff.

⁴⁹ So zur Problematik der Steuerung öffentlicher Unternehmen G. F. Schuppert, Anlage zur Drs. 9/4545 der HmbBü, 3 (10, 26); ders., in: Th. Thiemeyer (Hrsg.), Instrumentalfunktionen öffentlicher Unternehmen, S. 139 ff.; speziell zur ungeklärten Relation von Sanierung und Privatisierung und zu dem Spannungsverhältnis von betriebswirtschaftlichen, struktur- und sozialpolitischen Zielsetzungen nach dem Treuhandgesetz N. Horn, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, S. 25; R. Schmidt, in: P. Hommelhoff (Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, S. 17 (25); G. F. Schuppert, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1992, 186 (192).

S. 36 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



tionsstiftenden Steuerungskraft des Gesetzes. Die **legislatorische Steuerungskraft** ist indes begrenzt durch die strukturelle Eigenart des Gesetzes. Als abstrakt-generelle Regelungen sind Gesetze **regelmäßig** nicht auf den konkreten Einzelfall bezogen, sondern verlagern die notwendigen **Entscheidungen** auf die Ebene des Gesetzesvollzugs. Exekutives Handeln **erschöpft sich** nur selten

in einem bloß **automatenhaften Vollzug** der **Gesetze**⁴³. Vielmehr werden den gesetzsvollziehenden Stellen durch die legislatorischen Vorgaben in aller Regel **gewisse eigene** Handlungs-, Wertungs- oder Ermessensspielräume belassen. Dies hat zur Folge, daß dem exekutiven Normanwender regelmäßig **eigene Entscheidungsbefugnisse** zumindest insoweit zukommen, als er die vom Gesetz belassenen Regelungsspielräume inhaltlich auszufüllen und die gesetzlichen Inhaltsvorgaben im Einzelfall zu konkretisieren hat⁴⁴. Um sicherzustellen

⁴³ *M. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 94; H. Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 163; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 14 Rdnr. 537; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 618; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 259.*

⁴⁴ *H. Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 163, 167; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 259.*

S. 100 (Nur etwas ähnlicher Text, aber starke Übereinstimmungen bei Literatúrauswahl und Seitenangaben.)

tion zu vermitteln. **Regelmäßig** ist wegen der begrenzten **legislatorischen Steuerungskraft** eine administrative Legitimationsunterstützung unumgänglich, um eine auf den Punkt genaue Steuerung der in dem Exekutivbereich getroffenen **Entscheidungen** zu ermöglichen. Vollziehende Verwaltung **erschöpft sich** prinzipiell nicht **in dem automatenhaften Vollzug** gesetzlich determinierter Vollprogramme, sondern nimmt regelmäßig auch **gewisse eigene Entscheidungsbefugnisse** wahr. Insbe-

⁶¹⁵ So auch *M. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 94; H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 163; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 618; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 259; E. Klein, Die verfassungs-*

S. 190 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



⁴⁰ Zu dem Akzessorietätsverhältnis zwischen der parlamentarischen Verantwortlichkeit und der administrativen Regierungsunterstellung bereits oben in Kapitel 1 bei Fn. 59 (S. 45); zu der umstrittenen Frage des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Verantwortlichkeit und Kompetenz bei M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 314 ff.; hierzu auch bei E. Friesenhahn, VVDStRL 16 (1958), 9 (40), der insoweit den Vorwurf der unzulässigen petitio principii erhebt; P. Fußlein, Ministerialfreie Verwaltung, S. 309; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 102; T. Puhl, Die Minderheitsregierung nach dem Grundgesetz, S. 133; G. Vorbrugg, Unabhängige Organe der Bundesverwaltung, S. 219 f.

S. 114 (Zwar wird die Quelle – als eine von vielen – in der Fußnote angeführt, aber hier wurden die anderen Verweise aus der Quelle mit abgeschrieben.

Quellenplagiat)

(Zugriffs- und) Kontrollrecht des Parlaments wird gewissermaßen vom Umfang der Kontrollunterworfenheit und Verantwortlichkeit der Regierung auf den Umfang von deren Kompetenz geschlossen. Gegen einen solchen Schluß werden Einwendungen, bis hin zu jener einer unzulässigen petitio principii⁶⁰, erhoben. Das maßgebliche Argument: „Die Verantwortung folgt der Kompetenz, nicht umgekehrt.“⁶¹ Und weiter: „Die Verantwortlichkeit ist der Zuständigkeit akzessorisch, nicht umgekehrt, denn Verantwortlichkeit besteht nur, wo eine Zuständigkeit besteht.“⁶² Der Vorwurf der petitio principii und die Aufrichtung eines daraus resultierenden Ableitungsverbotes beruhen allerdings auf der ungeprüften und sich als falsch erweisenden Verquickung bzw. Ineinssetzung von Akzessorietät der Verantwortlichkeit und Ableitungsverbot: Aus der Unumkehrbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses („Die Verantwortung folgt der Kompetenz, nicht umgekehrt.“⁶³) folge zwingend, daß Kom-

⁶⁰ So E. Friesenhahn, VVDStRL 16 (1958), 9 (40 Fußn. 75) zu dem Schluß, daß Ministerialfreiheit deswegen unzulässig sei, weil der Fachminister für Entscheidungen der nachgeordneten Dienststellen Verantwortung trage. Ebenso G. Vorbrugg, Unabhängige Organe der Bundesverwaltung, Diss. 1965, S. 219 f.

⁶¹ T. Puhl, Die Minderheitsregierung nach dem Grundgesetz, 1986, S. 133, vgl. auch S. 156; ähnlich P. Fußlein, Ministerialfreie Verwaltung, Diss. 1972, S. 309 mit Nachw. in Fußn. 3. Vgl. H. Lecheler, Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherren, 1977, S. 193 f.

⁶² J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume, 1986, S. 102. Vgl. aber

Matthias Jestaedt: „Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung“ (1992).
Hier S. 315



Unter welchen Voraussetzungen Grundgesetzschriften als Ausnahmeregelungen von dem Prinzip demokratischer Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG in Betracht kommen, ist weitgehend ungeklärt. Einigkeit besteht lediglich darüber, daß nur solche Regelungen das Demokratieprinzip zu begrenzen vermögen, denen ebenfalls verfassungsrechtliche Valenz zukommt¹. Was jedoch im

¹ Statt aller E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 87 Fn. 156; W. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 245; R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnrn. 33 und 49; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 286 f.; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 65; K. Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 28, 32; siehe dazu auch bereits im ersten Teil, Kapitel 2, S. 55 ff.

S. 175 (Literatur mit Seitenangaben 1:1 identisch mit einer einzigen „Anpassung“ am Schluss: einem Verweis auf das vorherige Kapitel.)

schließen vermögen. Prototypen solcher verfassungsexpliziten Sonderregelungen sind die Art. 97 Abs. 1 und Art. 114 Abs. 2 GG, denen zufolge den Richtern beziehungsweise den Mitgliedern des Bundesrechnungshofes Unabhängigkeit sowohl in personeller als auch in sachlich-inhaltlicher Hinsicht zukommt². Wie bereits oben erwähnt, zielen diese Verfassungsbestimmungen

² Zu diesen und weiteren verfassungsexpliziten Modifikationen des demokratischen Legitimationsniveaus und den hinter ihnen stehenden Schutzgütern ausführlich oben im ersten Teil, Kapitel 2, bei Fn. 28 - 38 (S. 61 - 63).

S. 175

rechtlichen Begründungs- und Rechtfertigungszwang aus. Mit anderen Worten: Es ist ein hinreichender Grund erforderlich, der die Beschränkung des Art. 20 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich zu rechtfertigen vermag.

Einigkeit besteht insoweit, daß nur solche Regelungen das Demokratieprinzip zu begrenzen vermögen, denen ebenfalls verfassungsrechtliche Valenz zukommt².

² Statt aller E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 87 Fn. 156; W. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 245; R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnrn. 33 und 49; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 286 f.; J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 65; K. Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 28, 32; siehe bereits oben im ersten Teil, Kapitel 3, bei Fn. 685 (S. 211).

S. 355 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

stimmte Bereiche der Staatstätigkeit enthalten. Prototypen solcher verfassungsmittelbaren Sonderregelungen sind Art. 97 Abs. 1 und Art. 114 Abs. 2 GG, denen zufolge den Richtern beziehungsweise den Mitgliedern des Bundesrechnungshofes Unabhängigkeit sowohl in personeller als auch in sachlich-inhaltlicher Hinsicht zukommt³. Aber auch die verfassungsrechtlichen Bestimmungen über den Bundesrat

³ Zum dogmatischen Sinngehalt der Art. 97 Abs. 1 und Art. 114 Abs. 2 GG oben im ersten Teil, Kapitel 3, nach Fn. 583 (S. 179) und S. 216.

S. 355-356 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



kommt². Wie bereits oben erwähnt, zielen diese Verfassungsbestimmungen nicht auf die Herstellung von Volkssouveränität, also nicht auf die Rückführbarkeit jedweder Ausübung von Staatsgewalt auf den Willen des Volkes, sondern auf den Schutz anderer, rechtsstaatlich fundierter Verfassungsgüter. Sie umschreiben demnach nicht den Inhalt dessen, was durch das Prinzip demokratischer Legitimation an verfassungsrechtlicher Substanz gewährleistet ist, sondern dienen dem Schutze anderer, mit dem Demokratieprinzip kollidierender Rechtsgüter. Zu diesem Zwecke enthalten sie organisationsrechtliche Vorgaben, die nicht mit den Organisationserfordernissen des Prinzips demokratischer Legitimation übereinstimmen. Diesen Verfassungsbestimmungen kommt Bedeutung in doppelter Hinsicht zu: Zum einen manifestiert sich in ihnen die Relativität des Demokratieprinzips, das des Ausgleichs mit kollidierenden Verfassungsgütern nicht nur zugänglich, sondern auch bedürftig ist. Zum anderen wird durch diese verfassungsrechtlichen Rechtfertigungstitel selbst der Ausgleich zwischen den kollidierenden Verfassungsnormen geschaffen; mit anderen Worten: Aus dem Verfassungstext selbst ergibt sich die Auflösung des bestehenden verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses.

S. 175-176 (Eindeutige Parallelität bei einer juristischen Auslegung)

Staatstätigkeit. Diese grundgesetzlichen Organisationsbestimmungen zielen nicht auf die Herstellung von Volkssouveränität, also auf die Rückführbarkeit jedweder Ausübung von Staatsgewalt auf den Willen des Volkes, sondern auf den Schutz anderer Verfassungsgüter. Sie umschreiben demnach nicht den Inhalt dessen, was durch das Prinzip demokratischer Legitimation an verfassungsrechtlicher Substanz gewährleistet ist, sondern dienen dem Schutz anderer, mit dem Demokratieprinzip kollidierender Rechtsgüter. Hieran zeigt sich, daß das Demokratieprinzip nicht als einziges Organisationsprinzip des Grundgesetzes fungiert, sondern auch andere Rechtswerte mit Verfassungsrang organisationsprägende Kraft zu entfalten vermögen. Über diese die Relativität des Demokratieprinzips sichtbar machende Dimension hinaus kommt diesen Organisationsbestimmungen noch eine weitere Funktion zu: Sie nehmen den notwendigen Ausgleich zwischen den einander konfligierenden Verfassungsgütern selbst vor. Das Grundgesetz selbst bestimmt, in welchem Umfang das Prinzip demokratischer Legitimation zur Verwirklichung gelangt und in welchem Maße die diesem Verfassungsprinzip widerstrebenden Verfassungswerte zum Zuge kommen. Aus dem Verfassungstext selbst ergibt sich die Auflösung des bestehenden verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses.

S. 357 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

Kapitel 2

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Demokratiedefizits der Deutschen Bundesbank

S. 178

Dritter Teil

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Demokratiedefizits öffentlicher Unternehmen

S. 354 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



² So *U. Di Fabio*, *VerwArch* 81 (1990), 193 (219), der das Argument des Sachverständigen in Verbindung mit dem Prinzip der Effektivität staatlichen Handelns im Rechtsstaatsprinzip verortet; so auch bereits *C. P. Fichtmüller*, *AöR* 91 (1966), 297 (343 f.); vgl. auch *H. Sodan*, *Kollegiale Funktionsträger als Verfassungsproblem*, S. 410 f., der den Sachverständigen aus Gründen der Machtmißbrauchsverhinderung im Gewaltenteilungsprinzip verankert.

S. 179

tionsträgern besetzte Organisationseinheiten angesehen. Sei es aus Gründen der Machtmißbrauchsverhinderung, im Gewaltenteilungsprinzip wurzelnd,⁷⁶³ sei es in Verbindung mit dem Prinzip der Effektivität staatlichen Handelns als objektivverfassungsrechtliches „Effektivitäts- und Rationalitätsgebot“ im Rechtsstaatsprinzip verortet⁷⁶⁴ – der Sachverständigen avanciert in dieser Deutung

⁷⁶³ Vgl. dazu insbesondere *H. Sodan*, *Kollegiale Funktionsträger als Verfassungsproblem*, 1987, S. 410f.

⁷⁶⁴ So jüngst *U. Di Fabio*, *VerwArch* 81 (1990), 193 (210 u. ö.). Ähnlich bereits *C. P. Fichtmüller*, *AöR* 91 (1966), 297 (343f.); *H. Sodan*, *Kollegiale Funktionsträger als Ver-*

Matthias Jestaedt: „Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung“ (1992).

Hier S. 588-589

hinter ihm stehender Verfassungswerte und -güter zum Einsatz bringt; so liegt es etwa bei der verfassungsrechtlich verbürgten **Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit** (vgl. Art. 97 GG), die dem rechtsstaatlich geforderten Gebot der Kontrolle dient, welches bei einer dem Mehrheitswillen zur Verwirklichung verhelfenden demokratischen Organisationsstruktur der Judikative nicht in jedem Falle gewährleistet wäre⁴⁴. Für sich genommen vermag das Rechtsstaatsprin-

⁴⁴ Siehe dazu im ersten Teil, Kapitel 2, bei Fn. 28 (S. 61).

S. 188

Verfassungsdogmatisch gründet die **Unabhängigkeit der Richter auf einem rechtsstaatlichen Grundanliegen: dem wirksamen Minderheitenschutz, welcher bei einer dem Mehrheitswillen zur Verwirklichung verhelfenden demokratischen Organisationsstruktur der Gerichtsbarkeit nicht in jedem Falle gewährleistet wäre.**

S. 179 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Unter der Auslegungsfigur des vorverfassungsmäßigen Gesamtbildes versteht man das „Zurückgehen auf die Grundvorstellungen des Verfassungsgesetzgebers“, die diesem bei der Rechtsetzung vorschwebten; abzustellen ist auf den „Ideenkomplex“, der Leitbild für den Verfassungsgesetzgeber war, oder auf das „Gesamtbild der zu schaffenden Ordnung“⁴⁶. Grundlage und Auslegungsfundament für die Figur des vorverfassungsmäßigen Gesamtbildes ist also die Rechtslage vor beziehungsweise bei Erlass des Grundgesetzes⁴⁷. Erforderlich ist demnach für eine Verfassungsinterpretation im Sinne des vorrechtlichen Gesamtbildes zweierlei: Zum einen muß zur Zeit der Schaffung des Grundgesetzes ein tatsächliches Gesamtbild bestanden haben, welches der *pouvoir constitué* vorgefunden hat. Zum anderen muß der Verfassungsgesetzgeber diesen vorkonstitutionellen Rechtszustand rezipiert, das heißt in seinen Willen aufgenommen und im Grundgesetz verankert haben.

⁴⁶ Vgl. H. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 137 f.; vgl. dazu auch J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 50; siehe zum Begriff des vorverfassungsmäßigen Gesamtbildes auch bei A. Blankenagel, Tradition und Verfassung, S. 134 ff.; C.-Th. Samm, Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge, S. 164 ff.

Unter der Kategorie des vorkonstitutionellen Gesamtbildes im Sinne H. Nawiaskys³⁵ wird gemeinhin ein Mittel zur Interpretation der Verfassung verstanden, indem durch ein „Zurückgehen auf die Grundvorstellungen des Rechtssetzers“ der subjektive Wille des Verfassungsgesetzgebers ermittelt wird³⁶. Abzustellen sei auf das „Gesamtbild der zu schaffenden Ordnung“, den „Ideenkomplex“, der den Verfassungsvätern bei Erlass des Grundgesetzes vorschwebte³⁷. Erforderlich ist danach für eine Verfassungsinterpretation im Sinne des vorrechtlichen Gesamtbildes zweierlei: Zum einen, daß zur Zeit der Schaffung des Grundgesetzes ein tatsächliches Gesamtbild bestand, welches der *pouvoir constitué* vorgefunden hat; zum anderen, daß der Verfassungsgesetzgeber diesen vorkonstitutionellen Rechtszustand rezipiert, also in seinen Willen aufgenommen und verfassungskräftig verankert hat.

³⁷ H. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 137 f.; vgl. dazu auch J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 50; siehe zum Begriff des vorverfassungsmäßigen Gesamtbildes auch bei C.-Th. Samm, Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge, S. 164 ff.



Es **erscheint bereits fraglich**, ob die **Kategorie** des vorverfassungsrechtlichen Gesamtbildes überhaupt als selbständige **Auslegungsfigur** für die Interpretation des Art. 88 Satz 1 GG **anzuerkennen ist**⁴⁸. Dies aus zwei Gründen: Erstens ist zweifelhaft, ob der in dem **vorkonstitutionellen Gesamtbild zum Ausdruck kommende Traditionsgedanke** für sich genommen das **geltende Verfassungsrecht** mit **inhaltlichem Leben** zu füllen **vermag**⁴⁹ und **inwiefern** **daraus** interpretatorische **Anhaltspunkte für die inhaltliche Auslegung des heute geltenden Verfassungsrechts** entnommen werden können⁵⁰. Denn dadurch würde ein vorverfassungsrechtlicher, **einfachgesetzlicher Rechtszustand konstitutionalisiert**, so daß der vom Verfassungsgesetzgeber vorgefundene traditionale, einfachgesetzliche Zustand **zum ungeschriebenen Verfassungsrechtssatz avancierte**⁵¹. **Dann aber** bestünde die Gefahr, daß **das Verfassungsrecht nur noch nach Maßgabe der von den Grundgesetzvätern vorgefundenen einfachgesetzlichen Rechtslage gälte**. Und zweitens: **Wollte man das vorverfassungsmäßige Gesamtbild als selbständige Auslegungsfigur anerkennen**, rückte die Frage nach ihrem **Verhältnis zu den herkömmlichen Auslegungsmethoden** in den Vordergrund. **Bei Lichte betrachtet** erscheint die Kategorie des vorverfassungsrechtlichen Gesamtbildes lediglich als Unterfall **der historischen Auslegungsmethode**, die den Inhalt der betreffenden Norm **durch einen Rekurs auf die Grundvorstellung des Verfassungsgesetzgebers bei Erlass** der betreffenden Verfassungsnorm **zu ermitteln** sucht⁵². **Mithin sprechen schon grundsätzliche Erwägungen dagegen**, das vorverfassungsmäßige Gesamtbild als **Interpretationsfigur** zur Ermittlung des verfassungsrechtlichen Normgehaltes des Art. 88

⁴⁹ Ebenso *K. v. Bonin, Zentralbanken zwischen funktionaler Unabhängigkeit und politischer Autonomie*, S. 165; siehe auch die Kritik an dieser Auslegungsfigur bei *M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, S. 359 f.; kritisch gegenüber

S. 189-190

Bereits die grundsätzliche Anerkennenswürdigkeit dieser Auslegungskategorie erscheint zweifelhaft. **Dies aus zwei Gründen**. Der erste Einwand speist sich daraus, daß bereits problematisch erscheint, inwieweit der in der Kategorie **des vorkonstitutionellen Gesamtbildes zum Ausdruck kommende Traditionsgedanke** für sich genommen das **heute geltende Verfassungsrecht inhaltlich** zu konturieren **vermag**³⁸, **inwiefern sich daraus also Anhaltspunkte für die inhaltliche Auslegung des geltenden Verfassungsrechts gewinnen lassen**³⁹. Auf Ablehnung muß dieses verfassungssystematische Vorgehen deswegen stoßen, weil dadurch ein **vorgrundgesetzlicher, einfachgesetzlicher Tradition** entsprechender **Rechtszustand konstitutionalisiert** würde und damit **zum ungeschriebenen Verfassungsrechtssatz avancierte**⁴⁰. **Dann aber gälte das Verfassungsrecht nur noch nach Maßgabe der von den Verfassungsvätern vorgefundenen einfachgesetzlichen, traditionellen Rechtslage**⁴¹.

Und ein weiterer, grundsätzlicher Einwand ist gegen die Eigenständigkeit des vorverfassungsmäßigen Gesamtbildes als Mittel der Verfassungsinterpretation zu erheben. Versteht sich die Auslegungsfigur des vorrechtlichen Gesamtbildes als ein Zurückgehen **auf die Grundvorstellungen des Verfassungsgesetzgebers bei Erlass** des Grundgesetzes, so verbirgt sich dahinter **bei Lichte betrachtet** nichts anderes als eine Variante der **herkömmlichen subjektiv-historischen Interpretation**⁴², die den Inhalt von Verfassungsnormen ebenfalls **durch einen Rekurs auf den Willen des Verfassungsgesetzgebers zu ermitteln** sucht⁴³ und die neben der grammatischen, der systematischen und der teleologischen Auslegungsmethode als Mittel der **Verfassungsinterpretation** allgemein anerkannt ist. Insoweit kommt dem vorrechtlichen Gesamtbild Bedeutung allenfalls im Rahmen **der historischen Interpretation** zu. **Wollte man das vorkonstitutionelle Gesamtbild als eigenständige**, von der historischen Auslegung zu separierende Interpretationsfigur **anerkennen**, geriete man in Begründungsnot, in welchem **Verhältnis** sie zu eben dieser tradierten **Auslegungsmethode** stehen sollte⁴⁴. Bereits unter diesem Aspekt erscheint die Auslegungsfigur des vorverfassungsmäßigen Gesamtbildes als Instrument zur Deutung verfassungsrechtlicher Normgehalte rechtsmethodologisch bedenklich. Daher **sprechen schon grundsätzliche Erwägungen gegen** die Anerkennung einer

³⁸ So die Zweifel *K. v. Bonins, Zentralbanken zwischen funktionaler Unabhängigkeit und politischer Autonomie*, S. 165; siehe auch die Kritik an dieser Auslegungsfigur bei *M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, S. 359 f.

S. 367-368 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



gungsprinzip aus dem Satz „Verfassungsrecht bricht Gesetzesrecht“¹¹². **Verfassungsrechtliche Rechtsbegriffe** können, selbst wenn sie durch **einfaches Recht legaldefiniert** sind, **nicht** lediglich als ein „Konzentrat einfach-gesetzlicher Normen“ verstanden werden¹¹³, sondern bedürfen grundsätzlich eines ei-

¹¹³ BVerfGE 67, 256 (282) unter Hinweis auf P. Lerche, Werbung und Verfassung, S. 33 ff.

S. 209 (Bereits die Eingabe „unter Hinweis auf P. Lerche, Werbung“ in Suchmaschinen genügt, um ein eindeutiges Ergebnis zu erhalten.)

nach Maßgabe des einfachen Rechts. Dementsprechend vertritt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung des Standpunkt, daß bei der Bestimmung des Begriffes der Steuer, der in Art. 105 ff. GG zwar verwendet, selbst aber nicht definiert wird, zwar an die **einfachgesetzliche Legaldefinition** des § 3 Abs. 1 AO „angeknüpft“ werden könne, der **verfassungsrechtliche Steuerbegriff** aber **nicht** abschließend als ein „Konzentrat einfach-gesetzlicher Normen“ verstanden werden dürfe²²¹.

²²¹ BVerfGE 67, 256, 282 unter Hinweis auf P. Lerche, Werbung und Verfassung, S. 33 ff.

Hubertus Gersdorf: „Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation: Ein Rechtsgutachten im Auftrag der Hamburgischen Anstalt für Neue Medien“ (Februar 1995). Hier S. 83

(Diesmal also nicht die Habilitationsschrift, sondern eine Publikation von Hubertus Gersdorf, die schon vor der Abfassung der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf veröffentlicht wurde.)

1. Genereller Vorrang des Demokratieprinzips?

S. 228

a) Generelles Primat des Demokratieprinzips?

Ein genereller Vorrang der aus dem Prinzip demokratischer Legitimation flie-

S. 481 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Ein solcher genereller **Vorrang des Prinzips demokratischer** Legitimation des Art. 20 Abs. 2 GG vor anderen Verfassungsprinzipien wird zum Teil aus der Verfassungsbestimmung des Art. 79 Abs. 3 GG hergeleitet. Gem. Art. 79 Abs. 3 GG ist eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze und damit auch das Prinzip demokratischer Legitimation berührt werden, unzulässig. Unabhängig von der umstrittenen und schwierigen Frage, wie der durch diese sogenannte Ewigkeitsgarantie¹⁸⁴ des Art. 79 Abs. 3 GG als unabänderlich verbürgte Gehalt des Art. 20 GG im einzelnen zu bestimmen ist¹⁸⁵, wird daraus geschlossen, daß dem Demokratieprinzip gegenüber anderen Verfassungsprinzipien, die nicht unter dem besonderen Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG stehen, ein in der Hierarchie des Grundgesetzes besonders hoher und in der Autorität über den sonstigen Verfassungswerten stehender Rang zukomme¹⁸⁶.

Gegen einen solchen generellen **Vorrang des Demokratieprinzips gegenüber** anderen grundgesetzlichen Prinzipien spricht jedoch, daß mit dem Demokratieprinzip kollidierende Verfassungsgüter regelmäßig durch die anderen in Art. 20 GG niedergelegten Strukturprinzipien aufgefangen werden und auf

S. 228-229 (Die weiteren Übereinstimmungen in den Fußnoten werden im folgenden Fragment gezeigt.)

Bei der Suche nach einer dogmatischen Begründung für einen **Vorrang des Demokratieprinzips** gegenüber dem Wirtschaftlichkeitsgebot könnte jedoch die sogenannte Ewigkeitsgarantie¹¹ des Art. 79 Abs. 3 GG gewisse Impulse liefern. Nach dieser Bestimmung ist eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze und damit auch das Prinzip demokratischer Legitimation berührt werden, unzulässig. Ungeachtet der Frage, wie der durch Art. 79 Abs. 3 GG als unabänderlich verbürgte Garantiegehalt des Art. 20 GG im einzelnen zu bestimmen ist¹², wird daraus geschlossen, daß das Demokratieprinzip auf der Bedeutungsskala der verfassungsrechtlich verbürgten Garantien vor solchen Verfassungsprinzipien rangiere, die nicht durch Art. 79 Abs. 3 GG der Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen sind¹³.

Zweifel gegenüber einem solchen Rangverhältnis rühren aber bereits daraus, daß die mit dem Demokratieprinzip kollidierenden Verfassungsgüter regelmäßig durch andere in Art. 20 GG niedergelegte Strukturprinzipien dogmatisch unterfangen sind, so daß sich insoweit aus dem Garantiegehalt des Art. 79 Abs. 3 GG keine

S. 482 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



¹⁸⁴ Dazu *B.-O. Bryde*, in: I. v. Münch (Hrsg.), *Grundgesetzkommentar III*, Art. 79 Rdnrn. 24 ff.; *G. Dürig*, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 IV Rdnrn. 21 ff.; *H.-U. Evers*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 79 Abs. 3 Rdnrn. 133 ff.; *B. Pieroth*, in: H. D. Jarass / B. Pieroth (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 Rdnr. 5; *B. Schmidt-Bleibtreu*, in: ders. / F. Klein (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 Rdnrn. 10 ff.

¹⁸⁵ Dabei ist insbesondere umstritten, wie die in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Begriffe „Grundsätze“ und „berühren“ zu definieren sind und welcher Gehalt des Art. 20 Abs. 2 GG demnach als unabänderlich verbürgt ist, vgl. dazu *BVerfGE* 30, 1 (24); 30, 33 (38); *B.-O. Bryde*, in: I. v. Münch (Hrsg.), *Grundgesetzkommentar III*, Art. 79 Rdnr. 33; *H.-U. Evers*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 79 Rdnrn. 114, 151 ff.; *P. M. Huber*, *Maastricht - ein Staatsstreich?*, S. 22 f.; *B. Pieroth*, in: H. D. Jarass / B. Pieroth (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 Rdnr. 6; *H. Ridder*, in: R. Wassermann (Hrsg.), *Alternativ-Kommentar*, Art. 79 Rdnr. 36; *K. Stern*, *Staatsrecht I*, S. 173.

¹⁸⁶ So die Annahme *P. M. Hubers*, *Maastricht - ein Staatsstreich?*, S. 27.

S. 229 (Hier sind in beiden Werken elf Quellen in exakt gleicher Reihenfolge und mit exakt identischen Seitenangaben angegeben.)

¹¹ Vgl. hierzu *B.-O. Bryde*, in: I. v. Münch / Ph. Kunig (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 3, Art. 79 Rdnrn. 24 ff.; *G. Dürig*, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), *Art. 79 IV Rdnrn. 21 ff.*; *H.-U. Evers*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 79 Abs. 3 Rdnrn. 133 ff.; *B. Pieroth*, in: H. D. Jarass / B. Pieroth, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 Rdnr. 5; *B. Schmidt-Bleibtreu*, in: dems. / F. Klein (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 Rdnrn. 10 ff.

¹² Umstritten ist in erster Linie, wie die in Art. 79 Abs. 3 GG verwendeten Begriffe „Grundsätze“ und „berühren“ zu definieren sind und welcher Gehalt des Art. 20 Abs. 2 GG demnach als unabänderlich verbürgt ist, vgl. dazu *BVerfGE* 30, 1 (24); 30, 33 (38); *B.-O. Bryde*, in: I. v. Münch / Ph. Kunig (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 3, Art. 79 Rdnr. 33; *H.-U. Evers*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 79 Rdnrn. 114, 151 ff.; *P. M. Huber*, *Maastricht - ein Staatsstreich?*, S. 22 f.; *B. Pieroth*, in: H. D. Jarass / B. Pieroth, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 Rdnr. 6; *H. Ridder*, in: R. Wassermann (Hrsg.), *Alternativ-Kommentar*, Art. 79 Rdnr. 36; *K. Stern*, *Staatsrecht I*, S. 173.

¹³ So *P. M. Huber*, *Maastricht - ein Staatsstreich?*, S. 27.

S. 482 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Gegen einen aus der Unabänderlichkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG abzuleitenden generellen Vorrang des Demokratieprinzips sprechen jedoch noch weitere, grundsätzliche Bedenken. Denn insoweit fehlt es in der Argumentationskette gleich in zweifacher Hinsicht an der notwendigen logischen Verknüpfung: Erstens ist die Schlußfolgerung, daß aus der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG ein besonders hoher Rang des Demokratieprinzips folge, keineswegs zwingend. Zwar liegt es nicht ganz fern und erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, aus diesem verfassungsrechtlichen Änderungsverbot darauf zu schließen, daß der Verfassungsgesetzgeber dem Demokratieprinzip einen besonderen verfassungsrechtlichen Stellenwert beigemessen hat. Jedoch sind andererseits auch keine unabweisbaren rechtslogischen Gründe für einen solche Deduktion ersichtlich¹⁸⁸. Doch selbst wenn man den in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegten demokratischen Grundsätzen über Art. 79 Abs. 3 GG einen besonders hohen Rang zuerkennen wollte, so ließe dies – und das ist der zweite Einwand – noch nicht den Schluß auf einen generellen Vorrang des Demokratieprinzips vor den anderen Verfassungsprinzipien zu. Denn insoweit fehlt es an der erforderlichen argumentativen Verbindung zwischen der besonderen Stellung des Demokratieprinzips und dessen generellem Vorrang vor anderen Verfassungswerten. Selbst wenn dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip durch die Unantastbarkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG erhöhte Geltungskraft zukommen sollte, ergibt sich daraus noch nicht zwingend seine Unantastbarkeit in dem Sinne, daß ihm bei einem Konflikt mit anderen Verfassungsprinzipien stets der Vorrang gebührt¹⁸⁹. Denn dann wäre eine Beschränkung der demokratiestaatlichen Grundsätze durch andere, mit dem Demokratieprinzip konfligierende Verfassungswerte – von verfassungsexpliziten Ausnahmebestimmungen einmal abgesehen – wegen des absoluten Vorrangs des Demokratieprinzips von vornherein ausgeschlossen. Dies aber widerspräche dem Grundsatz der Einheit der Verfassung, wonach die in der Verfassung enthaltenen Rechtswerte im Falle einer Kollision zum gerechten Ausgleich gebracht werden müssen, um im Einzelfall zu ermitteln, welchem verfassungs-

¹⁸⁸ Ebenso R. Herzog, EuGRZ 1990, 483 (485); ders, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnr. 23; M. Kriele, VVDStRL 29 (1971), 46 (47 f.); in dieselbe Richtungweisend BVerfGE 30, 1 (19 ff.); zu weiteren Nachweisen aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts bei H. Ehmke, VVDStRL 20 (1963), 53 (80).

¹⁸⁹ Im Ergebnis ebenso R. Herzog, EuGRZ 1990, 483 (484 f.); ders, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnr. 22.

Gegen ein aus Art. 79 Abs. 3 GG deduziertes generelles Primat des Demokratieprinzips sprechen noch weitere, grundsätzliche Bedenken. In der Argumentationskette lassen sich fehlende Glieder ausmachen, welche die These vom Vorrang des Demokratieprinzips brüchig erscheinen lassen: Erstens ist die Schlußfolgerung, daß aus der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG ein besonders hoher Rang des Demokratieprinzips folge, keineswegs zwingend. Zwar erscheint es naheliegend, aus dieser Einbeziehung des Demokratieprinzips in den Garantiegehalt des Art. 79 Abs. 3 GG zu folgern, daß der Verfassungsgesetzgeber diesem Verfassungsprinzip einen besonderen verfassungsrechtlichen Stellenwert beigemessen hat. Indes lassen sich aber auch keine unabweisbaren rechtslogischen Gründe für eine solche Deduktion finden¹⁴. Doch selbst wenn man den in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegten demokratischen Grundsätzen über Art. 79 Abs. 3 GG einen besonders hohen Rang zuerkennen wollte, so ließe dies – und das ist der zweite Einwand – noch nicht den Schluß auf einen generellen Vorrang des Demokratieprinzips vor den anderen Verfassungsprinzipien zu. Denn insoweit ist noch nicht dargetan, daß die besondere Stellung des Demokratieprinzips einen generellen Vorrang vor anderen Verfassungswerten zu begründen vermag¹⁵. Gegen einen solchen absoluten Rang spricht der Grundsatz der Einheit der Verfassung, wonach die einander konfligierenden verfassungskräftigen Rechtswerte der wechselseitigen Zuordnung und Begrenzung bedürfen, um sie auf diese Weise zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen. Sofern hingegen das Demokratieprinzip generellen Vorrang gegenüber anderen Verfassungsgütern besäße und damit einen absoluten Rang einnähme, wäre einem solchen Güterausgleich von vornherein der Boden entzogen. Der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG läßt sich daher kein Primat des Demokratieprinzips zu Lasten des Wirtschaftlichkeitsgebots entnehmen¹⁶.

¹⁴ Siehe R. Herzog, EuGRZ 1990, 483 (485); ders, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Art. 20 II Rdnr. 23; M. Kriele, VVDStRL Bd. 29 [1971], 46 (47 f.); in dieselbe Richtungweisend BVerfGE 30, 1 (19 ff.); zu weiteren Nachweisen aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts bei H. Ehmke, VVDStRL Bd. 20 [1963], 53 (80).

¹⁵ Vgl. R. Herzog, EuGRZ 1990, 483 (484 f.); ders, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Art. 20 II Rdnr. 22.



S. 230

rechtlichen Rechtswert Vorrang zukommt¹⁹⁰. Aus der Unabänderlichkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG läßt sich somit ein genereller Vorrang des in Art. 20 Abs. 2 GG verankerten Demokratieprinzips dogmatisch nicht begründen¹⁹¹.

Anhaltspunkte für einen generellen Vorrang des Demokratieprinzips ergeben sich schließlich auch nicht aus der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁹². Darin hat sich das Bundesverfassungsgericht in einem Zielkonflikt zwischen Verwaltungseffizienz und Bürgernähe in der Kommunalverwaltung für einen Vorrang der bürgernahen Verwaltung ausgesprochen¹⁹³ und sich damit für eine Akzentuierung des Demokratieprinzips in dem oben genannten Sinne entschieden. In dem zur Entscheidung anstehenden Konflikt zwischen einer bürgernahen Aufgabenerledigung durch die Gemeinden und einer effizienteren Aufgabenwahrnehmung durch die Kreise hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, daß Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung grundsätzlich keine „Hochzonung“ entsprechender Verwaltungsaufgaben von den Gemeinden auf die Kreise rechtfertigen; nur wenn ein Belassen der betreffenden Verwaltungsaufgabe bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führe, sei ein Aufgabenentzug zulasten der Gemeinden und eine Übertragung auf die Kreise von Verfassungs wegen gerechtfertigt¹⁹⁴. Man wird allerdings dieser Entscheidung nicht den allgemeinen Verfassungsgrundsatz entnehmen können, daß sämtliche mit dem Demokratieprinzip kollidierenden Verfassungswerte nur innerhalb des demokratischen Legitimationsmodells zur Entfaltung gelangen können. Denn die Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist vor

S. 231

S. 483 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

den entzogen. Der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG läßt sich daher kein Primat des Demokratieprinzips zu Lasten des Wirtschaftlichkeitsgebots entnehmen¹⁶.

Anhaltspunkte für einen generellen Vorrang des Demokratieprinzips ergeben sich schließlich auch nicht aus der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁷. Das Gericht hatte sich in dieser Entscheidung mit dem Spannungsverhältnis zwischen einer bürgernahen Aufgabenerledigung durch die Gemeinden und einer effizienteren Aufgabenwahrnehmung durch die Kreise zu beschäftigen. Zu diesem Konflikt hat es ausgeführt, daß Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung grundsätzlich keine „Hochzonung“ entsprechender Verwaltungsaufgaben von den Gemeinden auf die Kreise zu rechtfertigen vermögen; nur wenn ein Belassen der betreffenden Verwaltungsaufgabe bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führe, sei ein Aufgabenentzug zu Lasten der Gemeinden und eine Übertragung auf die Kreise von Verfassungs wegen gerechtfertigt¹⁸. Es hat sich in dem Zielkonflikt zwischen Bürgernähe und Verwaltungseffizienz in der Kommunalverwaltung für einen Vorrang der bürgernahen Verwaltung ausgesprochen¹⁹.

Dieser Entscheidung kann man indes nicht den Verfassungssatz des Inhalts abgewinnen, daß sämtliche mit dem Demokratieprinzip kollidierenden Verfassungswerte nur nachrangige Wertigkeit besitzen und lediglich innerhalb des demokratischen Legitimationsmodells zur Entfaltung gelangen können. Zu berücksichtigen

S. 483-484 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



¹⁹¹ Im Ergebnis ebenso R. Herzog, EuGRZ 1990, 483 (485 f.); ders, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnrn. 21 ff.; unklar dagegen K. Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 28 f., der zwar einerseits „einen rangmäßigen Vorrang“ des Demokratieprinzips aus Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG ablehnt, aber andererseits einen „logischen Vorrang“ des Demokratieprinzips bejaht; vgl. allgemein zu der Gleichrangigkeit des Prinzips der Volkssouveränität und anderen Verfassungsprinzipien M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 286.

¹⁹² BVerfGE 79, 127.

¹⁹³ BVerfGE 79, 127 (147 ff.).

¹⁹⁴ BVerfGE 79, 127 (147 ff., insbesondere 153).

S. 231 (Das sind die Fußnoten des vorherigen Fragments. Zu beachten sind die identischen „eigenen“ Ausführungen bei der lilafarben und der dunkelgrau markierten Passage).

Gemeinsamer Zitierfehler: In der Originalquelle von Kay Waechter steht nicht wortwörtlich „einen rangmäßigen Vorrang“, sondern vielmehr:

A. Übersicht über Theorien ministerialfreier Räume 29

nisationsnormen der Verfassung herzustellen. Ein logischer Vorrang (wenn auch kein rangmäßiger) der Verfassungsprinzipien über andere Verfassungsnormen ergibt sich beispielsweise aus Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 GG. Der

Dies verrät deutlich einen gemeinsamen Autor.

¹⁶ Im Ergebnis ebenso R. Herzog, EuGRZ 1990, 483 (485 f.); ders, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Art. 20 II Rdnrn. 21 ff.; siehe allgemein zu der Gleichrangigkeit des Prinzips der Volkssouveränität und anderen Verfassungsprinzipien M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 286; widersprüchlich hingegen K. Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, S. 28 f., der zwar einerseits „einen rangmäßigen Vorrang“ des Demokratieprinzips aus Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG ablehnt, aber andererseits einen „logischen Vorrang“ des Demokratieprinzips bejaht.

¹⁷ BVerfGE 79, 127.

¹⁸ BVerfGE 79, 127 (147 ff., insbesondere 153, siehe auch 158 f.).

¹⁹ BVerfGE 79, 127 (147 ff.).

S. 484 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



3. Auflösung des verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses nach Maßgabe der Entstehungsgeschichte des Art. 88 Satz 1 GG

Ein spezieller Maßstab für die Auflösung des im Hinblick auf die Organisa-

S. 234

²⁷¹ Zum Vorrangprinzip BVerfGE 31, 145 (173 ff.); 73, 339 (375); 75, 223 (244 f.); 85, 191 (204); U. Di Fabio, NJW 1990, 947 (950 ff.); A. Gerber, in: Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften, S. 77 (82 ff.); H. Gersdorf, DVBl. 1994, 674 (677); G. Hirsch, NJW 1996, 2457 (2458 ff.); H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 277 ff.; W. Kahl, Die Verwaltung 29 (1996), 341 (375 f.); C. Langenfeld, in: H. Siedentopf (Hrsg.), Europäische Integration und nationalstaatliche Verwaltung, S. 173 ff.; R. Stettner, AöR 111 (1986), 537 (540 ff.); R. Streinz, Bundesverfassungsrechtlicher Grundrechtsschutz und europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 113; ders., in: M. Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rdnr. 59; C. Tomuschat, in: Bonner Kommentar, Art. 24 Rdnrn. 75 ff.

S. 249 (Die identische Auswahl der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in beiden Quellen kann kein Zufall sein und ist wohl auf Hubertus Gersdorf zurückzuführen.)

II. Maßstäbe für die Auflösung des verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses

S. 479 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

¹⁶⁷ Zur rechtsdogmatischen Verortung des Vorrangprinzips BVerfGE 31, 145, 173 ff.; 73, 339, 375; 75, 223, 244 f.; 85, 191, 204; aus dem Schrifttum statt vieler J.-P. Schneider, AöR Bd. 119 [1994], 294, 296 f.; H. Gersdorf, DVBl. 1994, 674, 677.

Hubertus Gersdorf: „Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation: Ein Rechtsgutachten im Auftrag der Hamburgischen Anstalt für Neue Medien“ (Februar 1995). Hier S. 68

(Diesmal also nicht die Habilitationsschrift, sondern eine Publikation von Hubertus Gersdorf, die schon vor der Abfassung der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf veröffentlicht wurde.)



dualistischen Konzeption beantwortet würde²⁷⁵. Denn das Prinzip vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist lediglich eine Kollisionsregel, die nur das Ergebnis des durch Art. 23 Abs. 1 GG geforderten Ausgleichs zwischen den Notwendigkeiten der europäischen Integration einerseits und dem gebotenen Schutz nationaler Bestimmungen andererseits darstellt²⁷⁶. Es drängt daher nur insoweit auf Verwirklichung, als die Derogation der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zur Verwirklichung integrationspolitischer Belange erforderlich ist, also nur dann, wenn eine Kollisionslage zwischen europäischem und nationalem Recht besteht. Muß sich demnach das Gemeinschaftsrecht nur im Konfliktfalle - und nur das gebietet das Vorrangprinzip - gegenüber nationalem Recht durchsetzen können, so erhellt daraus, daß das Vorrangprinzip als Kollisionsregel lediglich die Frage des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht betrifft, ohne dadurch auch die oben beschriebene Frage des Geltungsvorrangs zu berühren²⁷⁷. Eines solchen,

²⁷⁶ H. Gersdorf, DVBl. 1994, 674 (679).

²⁷⁷ Zu dieser Unterscheidung zwischen dem Anwendungs- und dem Geltungsvorrang auch M. Meißner, Die Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften, S. 53.

S. 250 (Dies kann als „Bauernopfer“-Plagiat gewertet werden und erneut als Hinweis darauf, dass Hubertus Gersdorf der wahre Autor ist.)

die spezifische Funktion des Vorrangprinzips. Dieses Prinzip ist das Ergebnis des durch Art. 23 I GG erforderlichen Ausgleichs zwischen den Notwendigkeiten der europäischen Integration und dem gebotenen Schutz grundgesetzlicher Bestimmungen. Es ist nur insoweit von der Ermäch-

rangprinzip drängt nur dann auf Verwirklichung, wenn die Derogation der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten zur Verwirklichung integrationspolitischer Belange erforderlich ist. In diesem das Vorrangprinzip prägenden Erforderlichkeitsaspekt liegt auch der Grund, daß im Konfliktfall zwischen nationalem und europäischem Recht ersteres nicht

den⁴⁷. Nur im Konfliktfalle, und nur das gebietet das Vorrangprinzip, muß sich das Gemeinschaftsrecht durchsetzen können. Hieraus leitet sich folgende miteinander

Hubertus Gersdorf: „Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH“ (1994), in: DVBl 1994. Hier S. 679-680



Kollision mit europäischem Gemeinschaftsrecht unanwendbar ist, soweit es zur Funktions-²⁸³ und Effizienz-sicherung²⁸⁴ der Gemeinschaften eines solchen Vorrangs bedarf²⁸⁵. Insoweit stellt sich die Frage, ob es zur Sicherung

im Falle einer Kollision mit europäischem Gemeinschaftsrecht wäre nationales Recht nicht nichtig²⁸⁶, sondern lediglich unanwendbar²⁸⁷. Demgegenüber

²⁸³ Siehe zum Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 200, 280 ff.; dazu auch *R. Geiger*, Kommentar zum EG-Vertrag, Art. 5 Rdnr. 20.

²⁸⁴ Zu dem Effektivitätsgebot im Europäischen Gemeinschaftsrecht *EuGH*, Slg. I 1991, 415 (540), wonach „das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit Gemeinschaftsrecht anzuwenden hat, dessen volle Wirksamkeit sicherzustellen“ habe; *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 280; *T. Oppermann*, Europarecht, Rdnr. 442; *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1993, 924 (930 ff.).

²⁸⁵ Zum Vorrangprinzip bereits oben, bei Fn. 273 (S. 249).

²⁸⁶ So aber *E. Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, S. 1966.

S. 253 (Wie auf den Seiten 250, 254 und 259 wurde auch hier Text von Gersdorfs Seite 680 verwendet. **Gersdorf hat sein Werk aber bereits 1994 veröffentlicht, also vor Beginn der Promotionsarbeit von Frauke Brosius-Gersdorf.** Das ist der einzige Verweis in der Arbeit auf die Dissertation von Grabitz. Das Erscheinungsjahr 1966 wird bei Frauke Brosius-Gersdorf zur Seitenzahl 1966.)

tigung des Art. 23 I GG gedeckt, als es zur Funktions- und Effizienz-sicherung der Gemeinschaften eines solchen Vorrangs überhaupt bedarf. Mit anderen Worten: Das Vor-

schen nationalem und europäischem Recht ersteres nicht nichtig⁴⁵, sondern lediglich unanwendbar ist; eine Unter-

45 So aber der Vorschlag von *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, 1966.

Hubertus Gersdorf: „Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH“ (1994), in: DVBl 1994. Hier S. 680



Rechtsnorm vor der Nichtigkeit bewahrt²⁸⁹. Zudem - und dies wäre ein weiterer Unterschied - träte die Unanwendbarkeit der nationalen Rechtsvorschrift im Konfliktfalle nur im Verhältnis zu den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten ein; ihre Anwendbarkeit gegenüber Inländern bliebe dagegen unberührt²⁹⁰.

Ein solches verfassungsrechtliches Gebot gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung ist aber mit dem Anwendungsfeld des - ebenfalls in Art. 23 Abs. 1 GG wurzelnden - Vorrangprinzips auszuloten. Nach dem Vorrangprinzip ist nationales Recht im Konfliktfalle mit europäischem Recht unanwendbar. **Das Vorrangprinzip ist eine Kollisionsregel, die immer dann auf Verwirklichung drängt, wenn sich das Recht der Mitgliedstaaten und das Gemeinschaftsrecht widersprechen.** Insoweit könnte man dem Vorrangprinzip einen über diese Funktion hinausgehenden Anwendungsbereich zuerkennen und ihm eine gewisse *Vorwirkung* in dem Sinne beimessen, daß Kollisionen nationaler Rechts-

vorschriften mit europäischem Gemeinschaftsrecht von vornherein verhindert und die nach nationalem Recht bestehenden Normspielräume bereits im Vorfeld von Konflikten gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden müssen²⁹¹.

²⁹⁰ Vgl. *H. D. Jarass*, NJW 1990, 2420 (2421).

²⁹¹ So im Ergebnis apodiktisch auch *K.-P. Sommermann*, DÖV 1994, 596 (602), der den Grundsatz gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung als mit dem aus Art. 23 Abs. 1 GG folgenden Grundsatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts „verwandt“ bezeichnet, dies allerdings ohne nähere Erläuterung.

S. 254 („ihre Anwendbarkeit gegenüber Inländern“ oder „wenn sich das Recht der Mitgliedstaaten und das Gemeinschaftsrecht widersprechen“: Beide keine Google-Treffer. Weiterer Text wurde hier nur wiedergegeben, um darzulegen, dass Hubertus Gersdorf nicht zitiert wurde.)

Bedeutung ist, weil sie lediglich zur Unanwendbarkeit der betreffenden Norm im Verhältnis zu den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten führt, ihre Anwendbarkeit gegenüber Inländern jedoch unberührt bleibt⁴⁶.

Das Vorrangprinzip ist damit lediglich eine Kollisionsregel, die nur dann zur Anwendung gelangt, wenn sich das Recht der Mitgliedstaaten und das Gemeinschaftsrecht widersprechen. Das nationale Verfassungsrecht und

⁴⁶ Vgl. *Jarass*, NJW 1990, 2420, 2421.

Hubertus Gersdorf: „Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH“ (1994), in: DVBI 1994. Hier S. 680



zur Durchsetzung und Wahrung integrationspolitischer Belange erforderlich ist. In diesem - auch das Vorrangprinzip prägenden³⁰³ - Erforderlichkeitsaspekt liegt auch der Grund dafür, daß im Kollisionsfalle zwischen nationalem und europäischem Recht ersteres nicht nichtig, sondern lediglich unanwendbar ist; eine Folge, die für die nationalen Mitgliedstaaten von besonderer Bedeutung ist, denn dadurch bleibt die innerstaatliche Anwendbarkeit der betreffenden nationalen Rechtsnorm unberührt und kann etwa im Verhältnis der Inländer zueinander weiterhin Anwendung finden³⁰⁴.

³⁰³ Dazu H. Gersdorf, DVBl. 1994, 674 (679 f.).

³⁰⁴ So zuletzt in dem kürzlich vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall „Bosman“ (NJW 1996, 505), in dem der Europäische Gerichtshof die Fußball-Transferregelungen für unvereinbar mit dem in Art. 48 EGV verankerten Grundsatz der Freizügigkeit erklärt hat; in diesen Transferbestimmungen war geregelt, daß Berufsfußballspieler ihre Tätigkeit nur dann bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen neuen Verein ausüben durften, wenn dieser dem bisherigen Verein eine Transferentschädigung zahlte, deren Höhe zwischen den beiden Vereinen vereinbart oder gemäß den Vorschriften der Sportverbände bestimmt wurde; wegen der dem Vorrangprinzip immanenten Unanwendbarkeitsfolge und der lediglich auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbaren Regelung des Art. 48 EGV sind die betreffenden Transferregelungen nur insoweit unanwendbar, als es um den Wechsel von Fußballspielern zu einem Verein in einem anderen Mitgliedstaat geht; dagegen bleiben die Transferre-

gelungen wirksam, wenn ein Vereinswechsel innerhalb eines und desselben Mitgliedstaates ansteht - eine Unterscheidung die in der Fußballpraxis von erheblicher Bedeutung ist und zu nicht unerheblichen Schwierigkeiten führt; siehe dazu auch *EuGH*, NJW 1996, 505 (509); *EuGH* - Saunders -, Slg. 1979, 1129 Tz. 11; *EuGH* - Moser -, Slg. 1984, 2539; hierzu auch *M. Hilf/ E. Pache*, NJW 1996, 1169 (1174).

S. 259 (Dies kann als „Bauernopfer“-Plagiat gewertet werden und einmal mehr als Hinweis, dass Hubertus Gersdorf der wahre Autor ist.)

Verwirklichung integrationspolitischer Belange erforderlich ist. In diesem das Vorrangprinzip prägenden Erforderlichkeitsaspekt liegt auch der Grund, daß im Konfliktfall zwischen nationalem und europäischem Recht ersteres nicht nichtig⁴⁵, sondern lediglich unanwendbar ist; eine Unterscheidung, die aus Sicht der Mitgliedstaaten durchaus von Bedeutung ist, weil sie lediglich zur Unanwendbarkeit der betreffenden Norm im Verhältnis zu den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten führt, ihre Anwendbarkeit gegenüber Inländern jedoch unberührt bleibt⁴⁶.

Hubertus Gersdorf: „Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH“ (1994), in: DVBl 1994. Hier S. 680



¹⁹ Wegen der unmittelbaren Geltung von EG-Verordnungen sind entsprechende nationale Ausführungsakte allerdings nur ausnahmsweise erforderlich, vgl. dazu A. Gerber, in: Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften, S. 77 (102 ff.); R. Riegel, DVBl. 1979, 245 ff.

S. 289 („Geltung von EG-Verordnungen sind entsprechende“ hat keinen Treffer mit Google.)

²² Wegen der unmittelbaren Wirkung und Geltung von EG-Verordnungen sind entsprechende deutsche Ausführungsregelungen allerdings nur ausnahmsweise erforderlich, vgl. dazu Riegel, DVBl. 1979, 245 ff.; Vorwerk, Die Ausführung von

Hubertus Gersdorf: „Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH“ (1994), in: DVBl 1994. Hier S. 677



Um das Ergebnis vorwegzunehmen: **Vollständig vorprogrammierte Maßnahmen** sind aus dem Bereich **legitimationsbedürftiger Staatsgewalt** nach Art. 20 Abs. 2 GG auszuklammern. Dies aus folgendem Grunde: **Sind staatliche Maßnahmen - durch gesetzliche Voldeterminierungen oder detaillierte Weisungen - in umfassender Weise vorherbestimmt, bedarf es keines eigenen Willensentschließungsaktes des mit dem Vollzug betrauten Amtswalters mehr. Sein Handeln beschränkt sich darauf, eine bereits getroffene Entscheidung auszuführen. Seine Funktion erschöpft sich in dem automatenhaften Vollzug bereits getroffener Entscheidungen, er wird zum Vollzugswerkzeug eines bereits gebildeten Willens degradiert und sinkt damit zum bloßen Subsumtionsautomaten herab³⁸. Weisen aber die von dem Amtswalter erlassenen Maßnahmen keine Willensbildungselemente auf, die nicht bereits in dem Programmierungsakt enthalten sind, so nimmt er insoweit eigene Entscheidungsbefugnisse nicht wahr³⁹. In diesen Fällen fehlt es an dem legitimationsbegründenden Merkmal der Entscheidung⁴⁰.**

³⁸ So auch *M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 259*; damit setzt er sich allerdings in Widerspruch zu seinen vorhergehenden Ausführungen, wonach das bloße Bestehen von Weisungsbefugnissen den Entscheidungscharakter von Maßnahmen unberührt lassen soll (S. 258); insoweit übersieht er, daß inhaltliche Programmierung gerade auch durch Weisungen erfolgen kann.

³⁹ Der Grund hierfür liegt letztlich im Hierarchieprinzip, das als Organisationsprinzip grundsätzlich dem gesamten Aufbau der staatlichen Verwaltung zugrunde liegt, vgl. dazu bereits ausführlich oben im ersten Teil, Kapitel 4, S. 87 ff.; allgemein und umfassend zur hierarchisch gegliederten Verwaltung *H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, passim*.

⁴⁰ Im Ergebnis ebenso *M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 259*; *ders.*, *Der Staat* 32 (1993), 29 (40); *J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 80 f.*; *ders.*, *VerwArch* 81 (1990), 349 (357); *G. Vorbrugg, Unabhängige Organe der Bundesverwaltung, S. 287*.

rechtlich garantiert ist. Dies ließe sich unter Hinweis darauf bestreiten, daß in dem Fall **vollständig vorprogrammierter Maßnahmen** keine das Erfordernis demokratischer **Legitimation** auslösenden Entscheidungen getroffen würden. **Seien staatliche Maßnahmen, so die Auffassung von breiten Teilen des Schrifttums, durch gesetzliche Voldeterminierungen in umfassender Weise vorherbestimmt, bedürfe es keines eigenen Willensentschließungsaktes des mit dem Gesetzesvollzug betrauten Amtswalters mehr. Sein Handeln beschränke sich darauf, eine bereits getroffene Entscheidung auszuführen. Seine Funktion erschöpfe sich in dem automatenhaften Vollzug bereits getroffener Entscheidungen; er werde zum Vollzugswerkzeug eines bereits gebildeten Willens degradiert und sinke damit zum bloßen Subsumtionsautomaten herab⁶¹⁸. Wiesen aber die von dem Amtswalter erlassenen Maßnahmen keine Willensbildungselemente auf, die nicht bereits in dem Programmierungsakt enthalten sind, so nehme der Amtswalter insoweit keine eigenen Entscheidungsbefugnisse wahr. In diesen Fällen fehle es an dem legitimationsbegründenden Merkmal der Entscheidung⁶¹⁹.**

⁶¹⁸ *M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 259*

⁶¹⁹ In diesem Sinne *M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 259*; *ders.*, *Der Staat* Bd. 32 [1993], 29 (40); *J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 80 f.*; *ders.*, *VerwArch* Bd. 81 (1990), 349 (357); *G. Vorbrugg, Unabhängige Organe der Bundesverwaltung, S. 287*; anderer Ansicht *D. Ehlers, JZ* 1987, 218 (219), der auch inhaltlich vollständig programmierte Maßnahmen als Ausübung demokratisch legitimationsbedürftiger Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG qualifiziert.

S. 191 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



GG herausfällt⁴¹. Denn vollziehende Verwaltung erschöpft sich regelmäßig nicht in dem automatenhaften Vollzug gesetzlicher oder exekutiver Vollprogramme, sondern nimmt regelmäßig auch gewisse eigene Entscheidungsbefugnisse wahr. Insbesondere die Gesetzesanwendung und -konkretisierung ist regelmäßig ein Akt wertender, rechtsschöpfender Erkenntnis. Eine detailliert gesetztesprogrammierte staatliche Verwaltung dürfte daher eher die Ausnahme sein⁴².

⁴² So auch *M. Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 94; *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung, S. 163; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 14 Rdnr. 537; *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 618; *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 259; *E. Klein*, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, S. 42; *W. Krebs*, DVBl. 1984, 109 (111 f.); *J. Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 80 f.; *F. Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 189; *U. Scheuner*, DÖV 1969, 585 (591); *G. Vorbrugg*, Unabhängige Organe der Bundesverwaltung, S. 286 ff.

S. 305 (Der Text in Cyan ist in beiden Werken 1:1 identisch.)

dungen zu ermöglichen. Vollziehende Verwaltung erschöpft sich prinzipiell nicht in dem automatenhaften Vollzug gesetzlich determinierter Vollprogramme, sondern nimmt regelmäßig auch gewisse eigene Entscheidungsbefugnisse wahr. Insbesondere die Gesetzesanwendung und -konkretisierung ist regelmäßig ein Akt wertender, rechtsschöpfender Erkenntnis. Eine detailliert gesetztesprogrammierte staatliche Verwaltung ist daher eher die Ausnahme⁶¹⁵. Zur Kompensation dieser legis-

⁶¹⁵ So auch *M. Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 94; *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 163; *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 618; *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 259; *E. Klein*, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, S. 42; *W. Krebs*, DVBl. 1984, 109 (111 f.); *J. Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 80 f.; *F. Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 189; *U. Scheuner*, DÖV 1969, 585 (591); *G. Vorbrugg*, Unabhängige Organe der Bundesverwaltung, S. 286 ff.

S. 190 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



sprochen¹⁰⁰. Sie **besitzt keine eigene Kompetenz zur Erweiterung ihrer Zuständigkeiten**¹⁰¹, sondern ihre Aufgaben sowie die zu ihrer Wahrnehmung eingeräumten Befugnisse werden nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung¹⁰² von den Mitgliedstaaten festgelegt. **Ausschließlich die Mitgliedstaaten sind als „Herren der Gemeinschaftsverträge“ befugt, Inhalt und Umfang der Tätigkeitsfelder der Europäischen Union zu bestimmen**¹⁰³. Die

¹⁰¹ Dazu P. M. Huber, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 1992/93, 179 (183 ff.), ders., Maastricht - ein Staatsstreich?, S. 29 ff.

¹⁰² Vgl. Art. 3b EGV; dazu auch P. M. Huber, Maastricht - ein Staatsstreich?, S. 29 f., 43 f.; R. Scholz, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rdnr. 19.

¹⁰³ BVerfGE 75, 223 (242); siehe ferner BVerfG, NJW 1993, 3047 (3052).

S. 328 (Hier wird durch identische Inhalte und das frühere Jahr der Veröffentlichung erneut deutlich, dass **Hubertus Gersdorf der Originalautor** ist.)

für das deutsche Volk treffen kann¹¹¹. Der nach dem **Prinzip demokratischer Legitimation** erforderliche **Zurechnungszusammenhang zwischen der Ausübung hoheitlicher Gewalt einerseits und der Gewaltunterworfenheit des Volkes andererseits** kann in diesem Fall nur dann sichergestellt werden, wenn die

S. 337 („Gewaltunterworfenheit des Volkes“ ist wieder eindeutig:

<https://www.google.com/search?q=%22Gewaltunterworfenheit+des+Volkes%22>

2)

sprechenden Zustimmungsgesetz¹⁹. Die Gemeinschaft selbst **besitzt keine Kompetenz zur Erweiterung ihrer Zuständigkeiten**. Ausschließlich die Mitgliedstaaten sind als »Herren der Gemeinschaftsverträge«²⁰ befugt, Inhalt und Umfang der Tätigkeitsfelder der Gemeinschaften zu bestimmen. Allein ihnen obliegt es daher, das Verhältnis ih-

²⁰ BVerfGE 75, 223, 242; siehe ferner BVerfG, NJW 1993, 3047, 3052.

Hubertus Gersdorf: „Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH“ (1994), in: DVBI 1994. Hier S. 677

Modell **demokratischer Legitimation** tragenden Bausteine zu lenken. Das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip ist darauf gerichtet, den **Zurechnungszusammenhang zwischen staatlicher Gewaltausübung einerseits und der Gewaltunterworfenheit des Volkes andererseits** herzustellen. Zu diesem Zweck muß das Volk als

S. 167 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



für das deutsche Volk treffen kann¹¹¹. Der nach dem Prinzip **demokratischer Legitimation** erforderliche **Zurechnungszusammenhang zwischen der Ausübung hoheitlicher Gewalt** einerseits und der **Gewaltunterworfenheit des Volkes** andererseits kann in diesem Fall nur dann sichergestellt werden, wenn die

S. 337 (Weiterer Beweis am selben Snippet wie zuvor: Hier kann auch gezeigt werden, dass diese Worte bereits früher in einem Werk von Hubertus Gersdorf und seinem Betreuer der Habilitationsschrift erschienen sind. Das widerspricht der Theorie, dass Hubertus Gersdorf von seiner Frau abgeschrieben hat und zeigt, dass er an ihrer Arbeit (mit-)geschrieben hat.)

Zwar ist der Bürger der Ausübung staatlicher Gewalt unterworfen, die als Korrelat hierzu, um also den notwendigen **Zurechnungszusammenhang zwischen staatlicher Gewaltausübung und Gewaltunterworfenheit des Volkes** herzustellen, **demokratisch legitimiert** sein muß¹⁶. Er ist aber kein Untertan, sondern

¹⁶ Zum Gebot demokratischer Legitimation als Organisations- und Legitimationsprinzip für die Ausübung staatlicher und kommunaler Herrschaftsgewalt vgl. BVerfGE 47, 253 (275); 83, 60 (71 f.); aus dem Schrifttum statt vieler *E.-W. Böckenförde*, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnrn. 2 ff.; *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 121 ff., 129 ff.; *E. T. Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 26 ff.; *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 173, 176 f., 178 ff., 204 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, AöR Bd. 116 [1991], 329, 337 ff.; *K. Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem, S. 32 ff.

Peter Selmer und Hubertus Gersdorf: „Verwaltungsvollstreckungsverfahren. Typologie und Einzelfragen des Vollstreckungsrechts des Bundes und der Länder bei der Durchführung ordnungs- und polizeirechtlicher Maßnahmen“ (1996). Hier S. 14

mationsstandard unterwerfen wollte, wäre nicht sichergestellt, daß jede auf europäischer Ebene getroffene, die Legitimationsbedürftigkeit auslösende Entscheidung **auf den Willen des deutschen Volkes rückführbar ist**. Anders gewendet: Der **Zurechnungszusammenhang zwischen hoheitlicher Gewaltausübung einerseits und Gewaltunterworfenheit andererseits** könnte nicht in jedem Fall hergestellt werden.

Die zuletzt genannte Erwägung betrifft bereits den Kernbereich, auf dem
S. 350

scher Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG ausgelöst. Als Ausübung von Staatsgewalt muß das gesamte Finanzgebaren unmittelbarer Bundesverwaltung **auf den Willen des Volkes rückführbar sein**, um auf diese Weise den sub specie des Prinzips demokratischer Legitimation notwendigen **Zurechnungszusammenhang zwischen staatlicher Gewaltausübung einerseits und Gewaltunterworfenheit des Volkes andererseits herzustellen**¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu *K. Vogel*, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, § 27 Rdnrn. 16, 25 ff.; *Th. Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, S. 159.

S. 392 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



mation nach Art. 20 Abs. 2 GG kommt es entscheidend darauf an, daß alle Hoheitsgewalt, sei es nationale oder europäische, auf den Willen des deutschen Volkes rückführbar ist. In der teleologischen Sinnmitte des Art. 20 Abs. 2 GG steht das Prinzip der Volkssouveränität, das die verfassungsrechtliche Legitimität und die staatstheoretische Legitimität hoheitlicher Gewaltausübung davon

S. 351 („teleologischen Sinnmitte“ ist eine distinkte Wortkette:

<https://www.google.com/search?q=%22teleologischen+Sinnmitte%22>)

das nach Art. 20 Abs. 2 GG vorgegebene Legitimationsziel, die Rückführbarkeit jeder Berufungsentscheidung auf den Willen des deutschen Volkes ist nicht in jedem Falle sichergestellt. Dies läßt die systembedingte Schwäche dieses Legitimationskonzepts deutlich werden: Das Berufungsverfahren der Direktoriumsmitglieder stellt keine institutionellen oder organisatorischen Sicherungen zur Verfügung, welche die Rückführbarkeit jeder einzelnen Entscheidung auf den Willen des demokratisch legitimierten deutschen Regierungschefs gewährleisten. Kurzum: Die Direktoriumsmitglieder können, müssen aber nicht demokratisch legitimiert sein; dies bleibt dem Einzelfall überlassen. Da die personelle Legitimation indes eine zwingende verfassungsrechtliche Vorgabe im demokratischen Legitimationsmodell ist und bei jeder hoheitlichen Entscheidung auf Verwirklichung drängt, bedarf es einer Legitimationsstruktur, die die Rückführbarkeit jeder einzelnen Entscheidung auf den Willen des deutschen Volkes zu gewährleisten in der Lage ist. Dieser zwingenden verfassungsrechtlichen Direktive des Art. 20 Abs. 2 GG entspricht das Berufungsverfahren der Direktoriumsmitglieder der Europäischen Zentralbank nicht. Es steht mithin mit dem Gebot demokratischer personeller Legitimation

S. 361

auferlegt sind. In der teleologischen Sinnmitte des Verfassungsprinzips demokratischer Legitimation steht nicht die Gewährleistung des öffentlichen Auftrages der privatrechtsförmigen Gesellschaften, sondern ihr Tätigwerden schlechthin und deren Rückführung auf den Willen des Volkes. Das Erfordernis demokratischer Legi-

S. 239 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

kratienprinzips an nichts zu erinnern⁶⁷⁹. Nur ist bei diesem Legitimationskonzept das von Verfassungs wegen indisponible Ziel, jede staatliche Entscheidung auf den Willen des Volkes zurückzuführen, nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet. Dies läßt die Schwäche dieses Legitimationsmodells deutlich werden. Es stehen keine institutionellen oder organisatorischen Sicherungssysteme zur Verfügung, welche zu gewährleisten vermöchten, daß die demokratisch legitimierten Amtswalter auch tatsächlich ihren (politischen) Willen durchsetzen (können) und damit die konkrete Entscheidung auf den Willen des Volkes rückführbar ist. Kurzum: Die konkrete Entscheidung kann, muß aber nicht demokratisch legitimiert sein. Es bleibt eine Frage des Einzelfalls, ob die konkrete Entscheidung auch realiter hinreichend demokratisch legitimiert ist⁶⁸⁰. Da die personelle Legitimationsform keinen Selbstzweck erfüllt, sondern nur Mittel zur Erreichung hinreichender Legitimation staatlicher Entscheidungen ist, dieses Ziel aber nicht nur als bloße verfassungsrechtliche Kann-Vorgabe fungiert, sondern strikt und ohne jede Einschränkung auf Verwirklichung drängt, muß von Verfassungs wegen auch eine personelle Legitimationsstruktur verlangt werden, welche mit hinreichender Verlässlichkeit sicherzustellen in der Lage ist, daß jede staatliche Entscheidung von dem Willen zumindest der Mehrheit demokratisch legitimierter Gremienmitglieder getragen und damit demokratisch legitimiert ist. Dieser unverrückbaren verfassungsrechtlichen Direktive ist aber dann nicht entsprochen, wenn staatliche Kollegialgremien beliebig zusammengesetzt sind und es eine Frage des Einzelfalls bleibt,

S. 210 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



stellt. Sie kann also nur insoweit bestehen, als die Bundesregierung die Funktionswahrnehmung der Europäischen Zentralbank zu **steuern in der Lage ist**. Jedoch ist die Europäische Zentralbank - **insoweit sei das Ergebnis der nachfolgenden Untersuchung vorweggenommen** - weder der Lenkung noch der Kontrolle der Bundesregierung unterworfen. Da die Europäische Zentralbank

S. 366 (Die Formulierung „– insoweit sei das Ergebnis der nachfolgenden Untersuchung vorweggenommen –“ ist selten:

<https://www.google.com/search?q=%22insoweit+sei+das+Ergebnis+der+nachfolgenden+Untersuchung+vorweggenommen%22>)

ger- oder Beteiligungskörperschaften auslösen. Da diese Frage zu bejahen sein wird – **insoweit sei das Ergebnis der nachfolgenden Untersuchung vorweggenommen** –, ist sodann zu überprüfen, ob das Gesellschaftsrecht diesem sub specie des Prinzips demokratischer Legitimation erforderlichen qualifizierten **Steueranspruch** zu entsprechen **in der Lage ist**. Hierbei wird sich zeigen, daß das Gesell-

S. 23 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



3. Die sachlich-inhaltliche Legitimation verlangt die Rückführbarkeit jeder konkreten Entscheidung der mit der Hoheitsgewalt betrauten Amtswalter auf den Willen des Volkes. Als Mittel zur Verwirklichung sachlich-inhaltlicher Legitimation stehen die unmittelbare und die mittelbare legislative Kontrolle, das legislative Lenkungsinstrument des Parlamentsgesetzes sowie die exekutiven Steuerungsmittel der Weisungsbefugnis und der Rechtsaufsicht zur Verfügung¹¹. Die Weisungsbefugnis ist zur Ver-
- ¹¹ Erster Teil, Kapitel 1, S. 44 ff.

S. 398, auf der verwiesenen Seite 44 der Dissertation ist zu lesen:

seines konkreten Aufgabenbereichs auf das Volk rückführbar ist⁵⁴, besteht die Funktion der sachlich-inhaltlichen Legitimation darin, die konkreten Entscheidungen der mit der Ausübung von Staatsgewalt betrauten Amtswalter demokratisch zu legitimieren. Sie ist darauf gerichtet, die staatlicherseits getroffenen Entscheidungen ihrem Inhalt nach vom Willen des Volkes herzuleiten⁵⁵. In dieser Funktion tritt die sachlich-inhaltliche Legitimation im demokratischen Legitimationsmodell zu der personellen Legitimation hinzu. In ihrem Zusammenwirken stellen die personelle und die sachlich-inhaltliche Legi-

⁵⁵ E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 21; E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 43; R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 II Rdnr. 48.

gen. An dieser Stelle setzt das Gebot sachlich-inhaltlicher Legitimation an. Es verlangt, daß auch das Handeln der mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben betrauten Amtswalter auf den Willen des Volkes rückführbar, das heißt, die Ausübung von Staatsgewalt ihrem Inhalt nach vom Volk ableitbar ist³⁶. Das sachlich-inhaltliche Legitimationssegment bildet ein weiteres Steinchen im Mosaik des grundgesetzlichen Konzepts demokratischer Legitimation. Es tritt neben die personale Legitimationskomponente und hilft damit, die Entstehung von Legitimationslücken zu vermeiden.

³⁶ E.-W. Böckenförde, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rdnr. 21; E. Th. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 43; R. Herzog, in: Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Art. 20 II Rdnr. 48.

S. 33 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



1. Gem. Art. 20 Abs. 2 GG müssen die personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation in ihrem Zusammenwirken das gebotene Legitimationsniveau erreichen und die Rückführbarkeit jeder staatlichen Gewaltausübung auf den Willen des Volkes gewährleisten. Insoweit kann Staatsgewalt nur legitimiert oder nicht legitimiert sein; eine Spannweite, innerhalb derer sich demokratische Legitimation bewegen kann, ist dem demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG fremd¹⁴.
2. Die personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimationsform stehen im Verhältnis gegenseitiger Kompensation und Substitution. Defizite in der einen Legitimationsform können durch eine entsprechende Verstärkung der anderen Legitimationsform kompensiert und ein Ausfall an Legitimation substituiert werden, solange nur im Ergebnis das von Verfassungs wegen gebotene Legitimationsniveau erreicht wird. Ein Bedeutungsgefälle,

¹⁴ Erster Teil, Kapitel 2, S. 51 ff.

¹⁵ Erster Teil, Kapitel 2, S. 66 ff.

S. 399 (Kapitel „Zusammenfassung der Thesen“) und S. 66:

besteht. Dieses von Verfassungs wegen zu verwirklichende Legitimationsniveau vor Augen, stehen die personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimationsform nicht unverbunden nebeneinander, sondern suchen in ihrem Zusammenwirken als Leitziel die demokratische Legitimation zu erreichen. Sie sind mithin auf ein und dasselbe Ergebnis gerichtet, nämlich darauf, den nach Art. 20 Abs. 2 GG gebotenen Zurechnungszusammenhang zwischen der staatlichen Gewaltausübung und dem Volk herzustellen. Insoweit sind sie funktional miteinander verzahnt.

2. Die Legitimationstypen der personellen und sachlich-inhaltlichen Legitimation stehen nicht berührungslos und ohne Querverbindungen nebeneinander, sondern sind funktional auf ein und dasselbe Ziel gerichtet, nämlich auf die Erreichung eines bestimmten Legitimationsergebnisses. Da beide Legitimationsformen nur in dieser legitimationsvermittelnden Funktion in dem System demokratischer Legitimation Platz finden, sind sie selbst keine integralen, unverzichtbaren Bausteine desselben. Sie sind beliebig ersetz- und austauschbar, solange und soweit nur im Ergebnis das von Verfassungs wegen vorgegebene Ziel erreicht wird: die Gewährleistung von Volkssouveränität, das heißt die Rückführbarkeit jeder Entscheidung staatlicher sowie kommunaler Funktions- und Aufgabenträger auf den Willen des Volkes¹⁵.

¹⁵ Erster Teil, Kapitel 3, S. 171 ff.

S. 505 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf (Kapitel „Zusammenfassung der Thesen“: Hier zeigt sich, dass auch die Thesen Gemeinsamkeiten aufweisen.)



Bull, Hans Peter: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 1971.

S. 412 (Identischer Zitierfehler: Die 2. Auflage erschien erst 1977. 1972 wurde die Habilitationsschrift eingereicht, siehe <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/personenverzeichnis/bull-hans-peter.html>. Die erste Auflage stammt aus dem Jahr 1973.)

Bull, Hans Peter: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 1971.

S. 522 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



Stilometrische und sonstige weitere Indikatoren für „Ghostwriting“ durch Hubertus Gersdorf über die oben dargestellten Stellen hinaus

Links die Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf, rechts die Originalquelle von Hubertus Gersdorf

Vorwort

Der Entschluß, über die demokratische Legitimation der Deutschen Bundesbank zu promovieren, wurde **im Herbst 1995** gefaßt. Der Bedeutung dieses

Vorwort der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf, S. 7

Der Verfasser ist wissenschaftlicher Assistent und **Habilitand** am Fachbereich Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg. Die Studie gibt den Diskussionsstand bis Januar 1995 wieder.

Hamburg, **im Februar 1995** *Hamburgische Anstalt für neue Medien*

Hubertus Gersdorf: „Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation: Ein Rechtsgutachten im Auftrag der Hamburgischen Anstalt für Neue Medien“ (1995). – Hier aus dem Vorwort.

*Der Ausschnitt beweist, dass Hubertus Gersdorf **bereits Anfang 1995 Habilitand war.***

Beide Screenshots zusammen weisen somit nach, dass Hubertus Gersdorf bereits Habilitand war (nämlich seit mindestens Januar/Februar 1995), bevor Frauke Brosius-Gersdorf überhaupt erst den Entschluss gefasst hatte, über ihr Thema zu promovieren (nämlich im Herbst 1995).



Widmungen in der Dissertation:

Für Hubertus

Was schließlich die Widmung der Arbeit anbelangt, so sei an dieser Stelle nur das folgende gesagt: Die unermüdliche Diskussionsbereitschaft **meines Ehemannes**, die **unermessliche Hilfe** selbst in Zeiten eigener starker Arbeitsbelastung, die liebevollen, aber eindringlichen Aufmunterungen und nicht zuletzt die Nachsicht im Hinblick auf die **infolge zeitlicher Engpässe eingetretenen „Anarchien jeder Art“** haben maßgeblich dazu beigetragen, daß diese Arbeit zustande gekommen ist. Sein Anteil am Gelingen dieser Arbeit ist nicht hoch genug einzuschätzen.

Hamburg, im Juni 1997

Frauke Brosius-Gersdorf

Hubertus Gersdorf erwähnt in seiner Habilitationsschrift umgekehrt keine Hilfe seiner Frau. Bis 1996 hatte Hubertus Gersdorf 20 Aufsätze/Beiträge in Sammelbänden und sieben Bücher veröffentlicht (Quelle: https://www.jura.uni-leipzig.de/fileadmin/Fakult%C3%A4t_Juristen/Professuren/Gersdorf/Dokumente/Schriftenverzeichnisse/Gersdorf_Schriftenverzeichnis_Stand_03.21.pdf), während Frauke Brosius-Gersdorf bis dahin (Quelle: https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/lehrstuhl-brosius-gersdorf/Dokumente/GGK/Schriftenverzeichnis_Brosius-Gersdorf.pdf) weder Aufsätze noch Bücher veröffentlicht hatte.



Kommt es demnach unter dem Blickwinkel des Art. 20 Abs. 2 GG ausschließlich darauf an, daß die **Legitimationsfaktoren in ihrem Zusammenwirken der Ausübung von Staatsgewalt das verfassungsrechtlich gebotene Legitimationsniveau vermitteln, so** drängt sich die Frage auf, wie dieses Legitimationsniveau beschaffen sein muß, **mit anderen Worten: ob** und inwieweit ein bestimmtes Maß an demokratischer Legitimation zu erzielen ist.

S. 52 Unmittelbar nach einer langen Textübereinstimmung (siehe das Fragment von Seite 51-52) folgt bei Frauke Brosius-Gersdorf eine häufiger verwendete Sprachauffälligkeit: „[...] mit anderen Worten: ob [...]“. – Weitere Beispiele:

heitsrechte übertragen darf. Offen ist hingegen die Frage, wie die Begriffe „demokratische Grundsätze“ auszulegen sind, **mit anderen Worten, ob** damit auf ein gemeinschaftsrechtliches oder (auch) auf ein verfassungsrechtliches Demokratieprinzip Bezug genommen wird. Der Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 Satz 1

S. 319

damit noch nicht geklärt, ob zwischen diesen beiden Legitimationsformen ein Rangverhältnis besteht, **mit anderen Worten: ob** die gemeinschaftsrechtliche oder die verfassungsrechtliche Legitimation Vorrang gegenüber der jeweils

S. 377

Diese findet sich auch mehrfach bei Hubertus Gersdorf und kam auch in seinen vorherigen Publikationen vor.

M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 227) oder nur beispielhaft umschreiben möchte, mit anderen Worten: ob die Ausübung von Staatsgewalt einen „einseitig verbindliche Hoheitsakte“ überschießenden Gehalt aufweist.

S. 50 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

schaftern die Herrschaft über die Gesellschaft auch tatsächlich zu belassen. Damit ist freilich noch nicht die Frage beantwortet, ob der Gestaltungsbefugnis der Gesellschafter gesellschaftsrechtliche Grenzen gesetzt sind, **mit anderen Worten: ob** das Legalstatut des GmbH-Rechts dem Geschäftsführer einen gewissen Kernbe-

S. 325 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

scher Legitimation divergierendes Modell für das staatliche Organisationsgefüge einfordern, **mit anderen Worten: ob** zur Rechtfertigung von Einbußen im demokratischen Legitimationsgefüge auch verfassungsimmanente Legitimationstitel in Be-

S. 358 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

im Hinblick auf die verschiedenen Sendarten eine unterschiedliche Schutzintensität entfaltet, **mit anderen Worten: ob** der Gewährleistungsauftrag des Gesetzgebers nach Maßgabe einzelner Sendarten (Bildung, Beratung, Informa-

Hubertus Gersdorf: „Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation: ein Rechtsgutachten im Auftrag der Hamburgischen Anstalt für Neue Medien“ (1995). Hier S. 153

neuen Nutzungsformen auf die Frage hin zu beleuchten, welche Schutzgüter der durch sie begründete Regelungsbedarf betrifft, **mit anderen Worten: ob** insoweit das Grundrecht der Rundfunkfreiheit ausgestaltungsgestaltende Gesetze im

Hubertus Gersdorf: „Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsvorbehalt: Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Voraussetzungen für die Einführung neuer Kommunikationsdienste am Beispiel reiner Teleshoppingkanäle. Im Auftrag der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM)“ (1996). Hier S. 38



ken der Ausübung von Staatsgewalt das verfassungsrechtlich gebotene Legitimationsniveau vermitteln, so drängt sich die Frage auf, wie dieses Legitimationsniveau beschaffen sein muß, mit anderen Worten: ob und inwieweit ein bestimmtes Maß an demokratischer Legitimation zu erzielen ist.

Das von Verfassungen wegen zu verwirklichende Legitimationsniveau ist bei Lichte betrachtet identisch mit dem in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG umrissenen Ziel der Volkssouveränität⁵. Legitimationsniveau und Volkssouveränität sind

Direkt im Anschluss an die vorherige Auffälligkeit (S. 52 der Dissertation)

findet sich bei Frauke Brosius-Gersdorf eine weitere auffällig häufig

verwendete Redewendung: „bei Lichte betrachtet“. – Während sie in anderer

Literatur selten vorkommt, so steht sie gleich 17 mal in der Dissertation von

Frauke Brosius-Gersdorf und 14 mal in der Habilitationsschrift von Hubertus

Gersdorf, auch in Kombination mit dem Zusatz „erweist sich“:

these von einer Einheit zwischen Volk und Parlament⁵⁰. Diese Verschmelzung erweist sich bei Lichte betrachtet als schlichte Fiktion. Das Grundgesetz

S. 117

Insbesondere kann nicht geltend gemacht werden, daß dem Vorrangprinzip bei Lichte betrachtet hinsichtlich der Normanwendung ein monistisches Verständnis zugrunde liege, während die Frage des Geltungsvorrangs zwischen

²⁷¹ Zum Vorrangprinzip BVerfGE 31, 145 (173 ff.); 73, 339 (375); 75, 223 (244 f.); 85, 191 (204); U. Di Fabio, NJW 1990, 947 (950 ff.); A. Gerber, in: Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften, S. 77 (82 ff.); H. Gersdorf, DVBl. 1994, 674 (677); G. Hirsch, NJW 1996, 2457 (2458 ff.); H. P. Ip-

Diese Entscheidung hat Kritik erfahren⁴⁴⁴, die sich bei Lichte betrachtet allerdings nur insoweit als zutreffend erweist, als sie sich auf die Begründung bezieht,

S. 138 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

diär, das heißt nur dann Anwendung finden soll, wenn die hoheitlichen Ingerenzen nicht mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts realisiert werden können¹³⁶, ist bei Lichte betrachtet bereits aus diesem Grunde die Basis entzogen. Doch selbst wenn die Einwirkungspotentiale des Gesellschaftsrechts nicht ausreichen sollten, den

S. 266 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

Eine Vielzahl der im Schrifttum unternommenen Versuche, das Wirtschaftlichkeitsprinzip verfassungsrechtlich zu fundieren, erweist sich bei Lichte betrachtet als brüchig oder vermag von Verfassungen wegen von vornherein nicht zu überzeugen

S. 443 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

gewinnen, daß sämtliche mit dem Demokratieprinzip kollidierenden Verfassungswerte nur nachrangige Wertigkeit besitzen und lediglich innerhalb des demokratischen Legitimationsmodells zur Entfaltung gelangen können. Zu berücksichtigen ist, daß es sich bei der vom Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gemeinden und Kreisen bei Lichte betrachtet nicht um einen Konflikt zwischen dem Prinzip demokratischer Legitimation und dem

S. 484 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf (hier folgt sie auch unmittelbar auf eine längere Textübereinstimmung, die in der obigen Tabelle mit S. 231 der Dissertation korrespondiert)

schaften befinden. Dieser rein technizistische Zuweisungsversuch erweist sich bei Lichte betrachtet als ein Zirkelschluß-Argument, weil „Außenrechtsbezie-

S. 503 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

Die Wortkette befindet sich auch bereits in älteren Werken von Hubertus Gersdorf, z.B. „Rundfunkfreiheit ohne Ausgestaltungsfreiheit“ (1996):



⁵⁹ Ausgestaltungsgesetze können **bei Lichte betrachtet** auch nicht zu „erheblichen Belastungen“ führen.
S. 32

Bei Lichte betrachtet **erweist** es **sich** daher **als** schwierig, Argumente zu finden, welche die Notwendigkeit einer Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit belegen.
S. 42

die Gemeinwohlverträglichkeit dieses Angebots sicherzustellen, **erweist sich bei Lichte betrachtet als** eine Konkretisierung verfassungsrechtlicher Direktiven.
S. 51

als besondere Form der Werbung charakterisiert wird. **Bei Lichte betrachtet** **erweist sich** indes diese Annahme **als** zu pauschal und damit fehlerhaft. Es
S. 68

die Gemeinwohlverträglichkeit dieses Angebots sicherzustellen, **erweist sich bei Lichte betrachtet als** eine Konkretisierung verfassungsrechtlicher Direktiven für die Ordnung dieser speziellen Vertriebsform bis zur endgültigen Klärung.
S. 77

Oder bei Hubertus Gersdorf: „Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit als ‚Supergrundrecht?‘“ (1996), S. 138:

Zunächst wird auf einige Argumente eingegangen, die **sich bei Lichte betrachtet als unzureichend erweisen**, die Notwendigkeit eines einengenden Begriffsbildes dogmatisch zu begründen.



Zusammen mit „*petitio principii*“:

wird³⁵. Die Argumentationsführung **erweist sich bei Lichte betrachtet als *petitio principii*** und vermag daher unter methodologischen Gesichtspunkten nicht zu überzeugen.

S. 186

ten Organisationsrahmen geschlossen werden kann, denn eine solche Deduktion **erweist sich bei Lichte betrachtet als *petitio principii***; daher insoweit mißverständlich K.

S. 200

So deutet diese auffällig häufig verwendete metaphorische Wortkette auf eine Autorschaft von Hubertus Gersdorf auch in weiteren Textteilen der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf hin.

*Siehe auch im Zusammenhang mit „*petitio principii*“ bei Hubertus Gersdorf „Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH“ (1994):
In: DVBl vom 15. Juni 1994, S. 676*

werfen. Daß diese Argumentation **bei Lichte betrachtet** auf eine ***petitio principii*** hinausläuft, erhellt indes recht schnell¹⁷. Denn das Grundgesetz kann seine Bindungswir-



zu können²²: *Erstens* müssen sie einen hohen Grad

S. 279

tion des Art. 20 Abs. 2 GG entsprochen ist: *Erstens* müssen sämtliche entscheidungsbefugten Mitglieder demokratisch legitimiert sein. *Zweitens* müssen alle Mitglieder ihre Legitimation von einem und demselben Legiti-

S. 399

Auffällig ist auch **die Ausschreibung und gleichzeitige Kursivierung von Aufzählungen**. Hubertus Gersdorf hatte das bereits früher auch so geschrieben. Der Doktorvater von Frauke Brosius-Gersdorf, Horst Dreier schrieb Aufzählungen hingegen so:

ristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 265 ff. Die Besonderheit der Erörterungen Ip-sens liegt darin, daß er 1. nicht die Frage einer Weisungsbefugnis des Stadtstaates gegenüber ihren Vertretern in den Leitungsorganen der HEW erörtert (S. 272), 2. ausdrücklich

S. 262 von Horst Dreier: „Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive“ (1991)

aufmerksam gemacht werden: *Erstens* ist nicht sicher, ob sich

S. 229 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

stehen³⁷⁴. Dies aus zwei Gründen: *Erstens* zielt die Anwendung des

S. 342 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf

mehrfacher Hinsicht Grenzen gesetzt: *Erstens* sind Rahmengesetze inhaltlich begrenzt; sie müssen »ausfüllungsfähig und ausfüllungsbedürftig« sein²²; in Einzelheiten gehende (Detail-) Regelungen sind nach Art. 75 Abs. 2 GG »nur in Ausnahmefällen« zulässig. *Zweitens* ist die Rahmengesetzgebungskompe-

S. 170 von Hubertus Gersdorf: „Neue Dienste zwischen Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern“ (1996)



Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß zur Konkretisierung des in Art. 109 Abs. 2, 104a Abs. 4 und 115 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten

S. 212

Eine weitere stilometrische Parallele zwischen beiden Werken.

(c) Verwirklichung der Grundrechte durch das Gesetzgebungsverfahren

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß das parlamentarische Verfahren aufgrund seiner spezifischen Strukturen grundsätzlich die beste

S. 145 der Dissertation von Hubertus Gersdorf

Kapitel 1

Verfassungsunmittelbare und verfassungsimmanente Rechtfertigungstitel

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben der Einwirkung der öffentlichen Hand auf ihre Eigen- und Beteiligungs-

S. 354 der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf



2. Doppelte Legitimationsbasis der Europäischen Union

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich werden lassen, daß sich die Europäische Union auf zwei verschiedene Legitimationsquellen stützen kann

S. 335

Und noch eine stilometrische Parallele zwischen beiden Werken. Die Wortkette kommt so in der Literatur selten vor.

Anmerkung: Alle stilometrischen Indikatoren sind in der Zusammenschau zu lesen.

b) Vergabe von Übertragungskapazitäten auf Fernmeldesatelliten

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich werden lassen, daß staatliche Stellen über Aufteilung und Zuordnung von Übertragungskapazitäten unter

S. 251 der Dissertation von Hubertus Gersdorf

4. Anstaltliches und staatliches Kondominium

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich werden lassen, daß mit der Entscheidung über Änderungen der Gesamtdauer der Werbung und der

S. 370 der Dissertation von Hubertus Gersdorf



Zimmermann, Norbert: Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG - unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes berufsständischer Einrichtungen, öffentlich-rechtlicher Stiftungen und gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen -, München 1993.

Literaturverzeichnis, S. 439

Die Dissertation von Norbert Zimmermann findet sich interessanter Weise im Literaturverzeichnis der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf angeführt. Jedoch wurde sie im Fließtext an keiner Stelle zitiert, sodass sie im Literaturverzeichnis nicht zu finden sein dürfte.

(2) Ansatz von **N. Zimmermann**

In jüngster Zeit hat sich **N. Zimmermann** der Frage nach der Grundrechtsfähigkeit von juristischen Personen und damit auch von gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen angenommen⁴⁶⁰. Die umfangreichen Erörterungen zur Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen lassen es angezeigt erscheinen, die der Arbeit zugrundeliegenden Leitgedanken zu skizzieren und einer kritischen Überprüfung zu unterziehen.

N. Zimmermann lehnt die namentlich vom Bundesverfassungsgericht vertretene menschenbezogene und -zentrierte Dogmatik zu Art. 19 Abs. 3 GG als einen „Fehler“⁴⁶¹ ab und versucht, an deren Stelle eine eigenständige Konzeption zum Zuwei-

⁴⁶⁰ **N. Zimmermann, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts.**

⁴⁶¹ **N. Zimmermann, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, S. 109 und passim.**

⁴⁶² **N. Zimmermann, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, S. 111 ff.:** „Grundrechte bleiben gegen den Staat gerichtete Verfassungsrechte, mithin gegen ‚staatliche Gewalt‘ gerichtete Rechte.“ (S. 113).

⁴⁶³ **N. Zimmermann, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, S. 114.**

⁴⁶⁴ **N. Zimmermann, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, S. 117 ff., insbesondere 121.**

⁴⁶⁵ **N. Zimmermann, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, S. 120.**

S. 141 f.

Zimmermann, Norbert: Zur Grundrechtssubjektivität kommunaler Energieversorgungsunternehmen. BVerfG, NJW 1990, 1783, JuS 1991, 294.

– **Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG – unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes berufsständischer Einrichtungen, öffentlich-rechtlicher Stiftungen und gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen –, München 1993.**

*S. 549, Literaturverzeichnis der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf
Hubertus Gersdorf behandelt die Dissertation von Norbert Zimmermann ausführlich auf den Seiten 141 bis 147 seiner Habilitationsschrift.*



Richtigstellungen von falschen Narrativen, Falsch- und Desinformationen

„Wegen angeblicher Plagiatsvorwürfe [...], die er gerade wieder revidiert hat, [...]“. (Britta Haßelmann, Bündnis 90/Die Grünen) – Die schreiende Abgeordnete Haßelmann implizierte damit, dass zuvor von mir ein Plagiatsvorwurf erhoben wurde. **Das ist falsch.** Eine empirische Einordnung der Textübereinstimmungen (Plagiat, *Ghostwriting* oder *Collusion*) war lediglich zu diesem Zeitpunkt noch nicht möglich. Diese ist nunmehr mit dieser Dokumentation erfolgt.

Frauke Brosius-Gersdorf verweigerte im Interview mit Markus Lanz jegliche sachliche Erklärung zu den Textübereinstimmungen – mit Verweis auf ihre Anwälte. Am Morgen darauf wurden von der Anwaltskanzlei „Quaas & Partner“ alle großen Medienhäuser angeschrieben, die dann den Satz zitierten: „Die Prüfung hat ergeben, dass die Vorwürfe unbegründet sind und keine Substanz haben.“ **Das ist falsch.** Zu diesem Zeitpunkt war das Ausmaß der Textübereinstimmungen noch gar nicht bekannt und alleine deshalb war eine empirische Einordnung unmöglich. Von einer „Entlastung“ (so in diversen Schlagzeilen) konnte also von vornherein nicht gesprochen werden. Das „Kurzgutachten“ ist auch nicht öffentlich einsehbar. Eine zweimalige E-Mail-Anfrage nach diesem Dokument wurde von der Anwaltskanzlei „Quaas & Partner“ nicht beantwortet.

In einem Artikel der „Süddeutschen Zeitung“ vom 11.07.2025 war zu lesen: „Gerhard Dannemann ist eines der Gesichter der Plagiatsprüfungsplattform Vroniplag Wiki. Er schreibt der SZ nach einer ersten Prüfung der Fundstellen: ‚Das sieht in der Tat sehr problematisch aus.‘ Eine mögliche Erklärung sei allerdings, dass sich beide bei einem gemeinsam verfassten anderen Text aus dem Jahr 1997 bedient hätten, schreibt Dannemann, der Juraprofessor an der Humboldt-Universität Berlin ist. Weber sagte dazu, er habe noch keinen Abgleich mit diesem Text vornehmen können, weil er ihn nicht habe.“



Der Abgleich mit diesem Werk, in dem beide, Frauke Brosius-Gersdorf und Hubertus Gersdorf, als Autoren angeführt wurden, wurde mittlerweile durchgeführt. Die Übereinstimmungen zwischen der Dissertation von Frauke Brosius-Gersdorf und der Habilitationsschrift von Hubertus Gersdorf decken sich nicht mit diesem Werk. **Diese mögliche Erklärung hat sich also als falsch erwiesen.**

Kursierende Falschmeldungen und Fälschungen im Zusammenhang mit der Causa

- Das *ZDF* musste eine Falschmeldung über *Apollo News* in der Causa Brosius-Gersdorf eingestehen:
<https://www.welt.de/politik/deutschland/article688b86444ab4754741bfa083/Brosius-Gersdorf-ZDF-aendert-Heute-Journal-Beitrag-zu-Richter-Kandidatin.html>
- Auch in Österreich musste der *Standard* eine Falschangabe im Zusammenhang mit der Berichterstattung zur Causa Brosius-Gersdorf widerrufen:
<https://www.derstandard.de/story/3000000281432/widerruf>. Dieselbe Falschangabe findet sich auch im *Verfassungsblog* und in einem Posting auf *X* des Grünen-Politikers Ulrich Steinbach. Rechtliche Schritte wurden in allen Fällen eingeleitet.
- Auf *X* machte ein gefälschter Screenshot die Runde, wonach ich angeblich kurzfristig zugegeben hätte, dass *NIUS* der Auftraggeber meiner Recherchen in der Causa Brosius-Gersdorf sei: https://x.com/Andreas_Adam/status/1943723509198311934/photo/1
- Dieser gefälschte Screenshot veranlasste einen gewissen Jean Peters von *Correctiv* zu dieser E-Mail an mich (11.07.2025):



Sehr geehrter Herr Dr. Weber,

ich bin Journalist bei CORRECTIV und recherchiere aktuell zu der aktuellen Auseinandersetzung rund um die Richterwahl. In einem Screenshot eines Beitrag auf X (vormals Twitter) vom 11. Juli 2025 um 11:15 Uhr äußern Sie sich zu Ihrer jüngsten Plagiatsanalyse im Umfeld der CDU und nennen auf Nachfrage als Auftraggeber der Recherche die Plattform „NIUS“. In einem weiteren Beitrag auf X mit der ID <https://x.com/SprachPhilo/status/1943670106774466890> bezeichnen Sie später die Angabe als „Fälschung“.

Mit den Formulierungen „weiteren Beitrag“ und „später“ insinuiert der Aktivist, dass die Angabe „NIUS“ zuvor von mir tatsächlich erfolgt wäre.

- Die Anwaltskanzlei, die das von Brosius-Gersdorf selbst in Auftrag gegebene „Kurzgutachten“ ausgewählten Medien zukommen ließ, zitierte mich falsch: „Auch die teilweise ähnlichen Ausführungen in den Texten deuten, und so stellt es auch Herr Dr. Weber dar, allenfalls auf einen gedanklichen Austausch hin, nicht aber darauf, dass einer der Beteiligten von der oder dem anderen, ohne dies kenntlich zu machen, Inhalte übernommen hätte.“ (Quelle: <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/brosius-gersdorf-verfassungsgericht-100.html>) Mir ist dieser mir zugeschriebene Gedankengang nicht bekannt.



Warum von der Universität Hamburg keine Aufklärung zu erwarten ist

Gerne wird in solchen Fällen auf die „Prüfung“ der Universitäten vertraut. Universitäten tragen jedoch eine klare Mitschuld, wenn sie Täuschungen nicht bemerken und sind so auch in ihrem Urteil meist befangen. Zudem gibt es mehrere Hinweise darauf, dass die Universität Hamburg in toto „linksorientiert“ ist.¹

Bereits im Fall Robert Habeck hatte die Universität Hamburg nicht ihre eigenen Regeln durchgesetzt, obwohl sie klar formuliert waren:

„Es stellt gleichfalls ein Plagiat dar, wenn ein Prüfling die sogenannte ‚Letztquelle‘ – den Ursprung der inhaltlichen Aussage – aber nicht die ‚Zwischenquelle‘ zitiert, aus der die wörtliche Übernahme der Textpassage stammt, die ihrerseits wiederum inhaltlich auf die ‚Letztquelle‘ verweist. Denn auch dann verschweigt der Prüfling, dass er die sich durch ‚seinen‘ Text widerspiegelnde Interpretation der ‚Letztquelle‘ und deren semantische Wiedergabe nicht selbst vorgenommen hat, sondern im Wortlaut identisch aus einer ‚Zwischenquelle‘ übernommen hat.“
(Quelle: <https://www.uni-hamburg.de/uhh/organisation/praesidialverwaltung/studium-und-lehre/qualitaet-und-recht/handreichungen/dateien/handreichung-15-taeuschung-in-der-pruefung.pdf>)

Genau dieses von der Universität Hamburg selbst inkriminierte Vorgehen ist bei Habeck an zahlreichen Stellen dokumentiert (<https://plagiatsgutachten.com/blog/quellenplagiator-robert-habeck>). Dazu kamen noch zahllose Zitierfehler (<https://plagiatsgutachten.com/blog/543-zitierfehler-habeck>).

Dennoch kam die Ombudsstelle zu folgender auffällig schnellen und detailarmen Bewertung:

¹ <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article202456018/Universitaet-Hamburg-Professor-Lucke-der-ungeliebte-Kollege.html>, <https://www.ardaudiothek.de/episode/urn:ard:publication:7e87afbec483c78e>, <https://www.youtube.com/watch?v=BdGRMfso904>



„Im Ergebnis wurde festgestellt, dass gemäß den Regeln der UHH kein wissenschaftliches Fehlverhalten vorliegt, da weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gegen die Standards der guten wissenschaftlichen Praxis verstoßen wurde. Die Eigenständigkeit der Forschungsleistung, die die Dissertation von Dr. Robert Habeck darstellt, wurde durch dieses Prüfungsergebnis bestätigt.“ (Quelle: <https://www.uni-hamburg.de/newsroom/im-fokus/2025/0210-stellungnahme.html>)

Fragen an die Ombudsstelle wurden abgeschmettert, siehe den folgenden Mailverkehr. – Ich mailte der Ombudsstelle am 14.02.2025:

Sehr geehrte GWP-Ombudsstelle der UHH!

Ich kontaktiere Sie als Medieninhaber dieses Blogs: <https://plagiatsgutachten.com/blog>

Sie schreiben hier: <https://www.uni-hamburg.de/newsroom/im-fokus/2025/0210-stellungnahme.html>

„Dr. Robert Habeck hat sich im Januar 2025 erstmals an die Universität Hamburg (UHH) gewandt und um eine Überprüfung seiner Doktorarbeit gebeten.“

Sollte Herr Habeck diese Bitte mit einer Unterlage von mir geäußert haben, möchte ich folgendes bemerken und folgende Fragen an Sie stellen:

1. Eine „Selbstmeldung“ einer betreffenden Person ist in der Satzung nicht vorgesehen, siehe <https://www.uni-hamburg.de/ffd/satzung-gute-wissenschaftliche-praxis.pdf>
2. Ich nehme daher für mich gemäß § 13 Abs. 6 in Anspruch, dass ich der „Hinweisgebende“ sein muss, sofern Herr Habeck eine Unterlage von mir eingereicht hat, und Herr Habeck die „betreffende Person“. Daraus entstehen im Verfahren Pflichten Ihrerseits mir gegenüber.
3. Wenn dem also so sei, stellen sich die Fragen:
 1. Warum wurde ich von der Ombudsstelle nie kontaktiert?
 2. Hätten Sie meine Unterlage nicht auf Authentizität prüfen müssen? Ein Word-Dokument mit entsprechendem Briefkopf ist ja ganz leicht zu fälschen.
 3. Hätten Sie mich nicht fragen müssen, ob meine Untersuchung bereits abgeschlossen ist?
 4. Können Sie bestätigen, dass es sich – immer: bei einer allfälligen Unterlage von mir – um ein 68 Seiten umfassendes Word-Dokument vom 21.01.25 handelt?
 5. Hätten Sie mich als Hinweisgebenden nicht über den Ausgang des Verfahrens informieren müssen?
4. Es besteht ein erkennbar öffentliches Interesse an der ersten und der zweiten Einschätzung des von der Ombudsstelle hinzugezogenen, ausgewiesenen Fachexperten. Könnten Sie bitte Herrn Habeck fragen, ob er mit der Veröffentlichung der beiden Expertenstatements durch die UHH einverstanden wäre, die ja auch anonym erfolgen kann (es interessieren die Argumente)? Dr. Mathias Döpfner hat dies in seinem Plagiatsverdachtsfall etwa auch gestattet: <https://www.uni-frankfurt.de/131192024>
5. Falls Herr Habeck hingegen nur „allgemein“ – also ohne meine Unterlage – um Prüfung der Dissertation gebeten hatte, stellt sich indes die Frage, wie die Ombudsstelle Vorwürfe, die sie im Detail gar nicht kennen konnte, bereits vor 09.02.25 entkräften konnte.



Diese antwortete am 17.02.2025, ohne auf meine konkreten Fragen einzugehen:

Sehr geehrter Herr Dr. Weber,

hiermit bestätigen wir den Erhalt Ihrer Anfrage an die Ombudsstelle der Universität Hamburg (UHH).

Wie bereits öffentlich von der UHH kommuniziert, haben die zuständigen Stellen die Hinweise zur Doktorarbeit von Dr. Robert Habeck geprüft. Das Ergebnis dieser Prüfung können Sie der Stellungnahme entnehmen: [Stellungnahme der Universität Hamburg : Newsroom : Universität Hamburg](#)

In Übereinstimmung mit § 11 Abs. 2 der „Satzung zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und zur Vermeidung wissenschaftlichen Fehlverhaltens an der Universität Hamburg“ unterliegt die Arbeit des Ombudskollegiums und der Ombudsstelle der strikten Vertraulichkeit, sodass wir keine über die Stellungnahme hinausgehenden Informationen zum Verfahren an Dritte mitteilen.

Mit freundlichen Grüßen

Unsere Gutachten werden stets komplett veröffentlicht, damit sich jeder selbstständig und unabhängig mit den Inhalten beschäftigen und sich sein eigenes Urteil bilden kann, anstatt sich auf die Deutungshoheit anderer, insbesondere oft in manipulativer Absicht agierender Massenmedien und befangener Universitäten verlassen zu müssen.

Doz. Dr. Stefan Weber und Mitarbeiter N. N., 03.08.2025