

Buchbesprechungen

Günter Frankenberg, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Frankfurt am Main (Subrkamp Verlag, stw Bd. 1622), 2003, 418 Seiten, 14,00 €.*

Günter Frankenberg ist vielen Lesern nicht nur als Redaktionsmitglied der Kritischen Justiz bekannt, sondern auch als ein Rechtswissenschaftler, der bemüht ist, die Verfassungstheorie auf dem Hintergrund der kritischen Theorie und der Sozialwissenschaften schlechthin neu zu beleben und sie insbesondere aus der spezifisch deutschen Diaspora der Allgemeinen Staatslehre herauszuführen. Was er als Koautor eines Bandes über »Die demokratische Frage« im Jahre 1989 begann,¹ setzte er mit seiner Monografie »Die Verfassung der Republik« im Jahre 1996 fort.² Als roten Faden in Frankenbergs Überlegungen darf man dabei vielleicht sein Bemühen bezeichnen, Verfassung nicht als etwas Vorgegeben-Statiches, sondern als im Wandel begriffene Selbstverfassung der Zivilgesellschaft zu sehen. Auch mit seinem neuerlichen (Aufsatz-)Band schreitet Frankenberg auf diesem eingeschlagenen Weg weiter, wobei der Schwerpunkt seiner Untersuchungen von der Frage der Selbstbestimmung einer Zivilgesellschaft nunmehr etwas verlagert wird auf die Frage, wie eine solche Gesellschaft zusammenhält und welche Funktion die Verfassung im Integrationsprozess spielt.

Wie bereits seine Monografie ist dieser Band keine einfach zu verdauende Lektüre. Frankenberg lässt seine Ziehväter aus der Frankfurter Schule nicht nur theoretisch erkennen, sondern erinnert auch sprachlich an sie. Vieles, was in Frankenbergs Diktion kompliziert erscheint, könnte einfacher und treffender ausgedrückt werden. Wer sich allerdings nicht gleich abschrecken lässt, wird dem Franken-

bergschen Stil mitunter auch Ästhetisches abgewinnen können. Einstellen muss man sich in jedem Fall auf einen ideosynkratischen Satzbau und auf den Gebrauch von Wörtern in einem nicht immer üblichen Sinn. Letzteres beginnt bereits mit dem Untertitel, denn unter »Grammatik« versteht Frankenberg nicht etwa die Sprachstruktur. Vielmehr will er andeuten, dass die Verfassungsanalyse etwas mit »Textarbeit« zu tun hat (siehe S. 8). Der Verfassungstext ist aber zugleich der Gesellschaft »erster förmlicher Moment der Selbstbehauptung«, oder Autopoiesis, wie der Autor dies in seinem Band auch nennt (S. 250). Die Moderne, und so auch die Verfassungsgebung, sieht sich nach Frankenberg zwei fundamentalen Herausforderungen gegenübergestellt: Es müssen autoritative Instanzen geschaffen werden, was insofern noch eher konventionell erscheint, und es muss soziale Integration der Individuen erreicht werden. Auch der Begriff »soziale Integration« ist dabei nicht neu. Wir kennen ihn von Hermann Heller, auch wenn die Hellersche soziale Homogenität, wie Frankenberg andeutet (S. 46 f. Anm. 87), vom Bundesverfassungsgericht in seiner *Maastricht*-Entscheidung zur Legitimierung einer anderen, statischen Art von Integration missbraucht worden ist. Das Moderne der Integration liegt für Frankenberg aber darin, dass nicht etwas Vorgegebenes, wie der Staat, integriert wird, sondern etwas Plurales, das bei der Integration nicht seiner Pluralität verlustig geht.

Der Autor, der in seinen Sammelband immerhin drei Originalbeiträge und fünf weitere Beiträge aus den vorangegangenen drei Jahren aufgenommen und nur einmal auf einen recht frühen Aufsatz zurückgegriffen hat, unterteilt sein Buch in drei Abschnitte, wobei der erste Teil (»Verfassungstheorie«) nicht nur einen größeren Umfang als die beiden anderen Teile (»Kritik des Rechts«, »Rechtsvergleichende Studien«) zusammen besitzt, sondern auch thematisch den eindeutigen Schwerpunkt des Bandes ausmacht.

¹ Ulrich Rödel/Günter Frankenberg/Helmut Dubiel, *Die demokratische Frage*, Frankfurt a. M. 1989.

² Günter Frankenberg, *Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, Frankfurt a. M. 1976.

Der (originale) Auftaktbeitrag (»Feindes Wiederkehr?«) befasst sich mit dem Frankenberg vorschwebenden Modell des Politischen, das er als »agonales Modell« bezeichnet und dem Freund-Feind-Modell Carl Schmitts gegenüberstellt. Der Besprecher ist sicherlich nicht der Einzige, der des ständigen Rekurses auf Schmitt als Antipoden zu moderner politischer Theorie – gewissermaßen als Feind derselben – mitunter überdrüssig zu werden beginnt, aber trotzdem hat Frankenberg wohl Recht, in Schmitt das anti-quierte, aber doch noch sehr vitale Gegenbild zu erblicken, gegen das eine demokratische, zivilgesellschaftliche Verfassungstheorie kontrastiert werden muss. Allemal ist es besser, auf Schmitt und damit auf die Tatsache hinzuweisen, dass das Freund-Feind-Schema keine neue Variante der Politiktheorie ist, als diese Theorie gewissermaßen als neue Erkenntnis auferstehen zu lassen und so die gefährlichen Implikationen dieser Theorie verschweigen können zu glauben.³ Wenn Frankenberg seinen Ansatz, der darauf hinausläuft, dass die Zivilgesellschaft auf alltäglichen Dauerkonflikt eingestellt zu sein hat, ohne den Anderen zum Feind zu deklarieren (S. 29), als »agonal« bezeichnet, so scheint mir dieser Ausdruck allerdings nicht sehr glücklich gewählt. Obwohl nämlich »agonal« hier »wettkampfmäßig« bedeutet, assoziiert man zu leicht den Begriff »Agonie«, der für »Todeskampf« steht. Gerade solches meint Frankenberg aber nicht, wenn er der Verfassung die Rolle zuschreibt, einen *modus disputandi* zu liefern und das Politische zu verrechtlichen (S. 33 f.). Vielleicht wäre daher der Begriff »Streit«, den der Autor auch verwendet, geeigneter. Der Kontrast von Frankenbergs verfassungstheoretischem Ansatz zu Schmitt besteht aber nicht nur in der Anerkennung des Anderen als »differente(n) Gleichen« (S. 32), sondern auch in der verminderten Rolle des Staates, der erstens nicht vorgegeben, sondern rechtsstaatlich-demokratisch *verfasst* wird, und der sich zweitens so weit wie möglich zurückzieht und autonomisierte Handlungsbereiche anerkennt (S. 34). Die Frage, wie sich diese verfasste Zivilgesellschaft, in der ein eindeu-

tiges Zugehörigkeitsgefühl verloren geht und das Individuum unterschiedliche kollektive Identitäten entwickelt (S. 35), integriert wird bzw. in welchem Grade solche Integration notwendig ist, bleibt vom Autor an dieser Stelle aber unbeantwortet.

In seinem nicht viel älteren (2002) zweiten Beitrag (»Der lernende Souverän«) skizziert Frankenberg, was er unter dem Volk als Souverän versteht, nämlich nicht eine vorgegebene homogene Einheit, wie das etwa in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht durchklingt (S. 46), wo Volk im Prinzip ethnisch definiert wird. Den Souverän und die Verfassung statisch zu sehen, ist Ausdruck »rückwärts gewandter Lehren«. Der Autor bevorzugt stattdessen eine zeitgemäße Sichtweise, wie sie in anderen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts, etwa *Lüth, Brokdorf* und *Sitzblockaden*, zu Tage tritt, nach der der Souverän sich im demokratischen Prozess weiterentwickelt, offen bleibt für neue Informationen (S. 46–48). Wenn die Verfassung somit nicht dazu dienen darf, eine Wahrheit ein für allemal festzulegen, stellt sich die Frage, ob sie dennoch Vorkehrungen treffen darf, um bestimmte, als gefährlich angesehene Entwicklungen zu unterbinden. Dieses Dilemma einer liberalen Demokratie, in Deutschland unter dem Stichwort »streitbare Demokratie« behandelt, versucht Frankenberg in einer differenzierten Weise zu lösen. So sieht er den Schutz gegen eine Neuauflage des NS-Experiments als legitim und nicht im Widerspruch zur autonomen Selbstbestimmung des Souveräns an, begründet durch das Gewicht des begangenen Unrechts und unter der Bedingung, dass Begrenzungen eng an diese historische Erfahrung gebunden bleiben. Neonazistische Fremdenfeindlichkeit stellt er dabei – vielleicht etwas pauschal – dem Antisemitismus der Nazis gleich (S. 68). Problematischer ist für den Autor dagegen die Strafbarkeit des Holocaust-Leugnens, da hier eine historische Wahrheit beansprucht wird. Das Verbot von *hate speech* auf der anderen Seite scheint Frankenberg eher zulässig, denn der Einschüchterungseffekt (*chilling effect*), den dieses mit sich bringt, sei ein schlechtes Argument gegen das Verbot, da *hate speech* selbst einschüchternd sei (S. 56). Auch Parteiverbote scheinen Frankenberg nicht in jedem Fall im Widerspruch zu einem souveränen Volk zu stehen, das für neue Experimente offen sein müsse. Wie nahezu alle Verfechter

³ Siehe etwa das neueste Buch von Samuel P. Huntington, *Who Are We? The Challenges to America's National Identity*, New York usw. 2004, der eine Integrationstheorie der USA – für ihn nur »Amerika« – vorstellt, die sich von der Schmittschen Homogenitätsidee kaum unterscheidet, der aber auf 366 Textseiten den Namen Schmitt nicht einmal erwähnt, was vielleicht auch an der Begrenztheit seines »amerikanischen« Horizontes liegen mag.

einer liberalen Demokratie gelingt es Frankenberg jedoch nicht, ein konsistentes System für die Beantwortung der Frage zu finden, wann Demokratie repressiv verteidigt werden darf, ohne dadurch die gegenwärtige Ordnung zu einer statischen zu machen. Zwar liefert sein Hinweis, dass es nicht um den Schutz der Mehrheit, sondern um den von minoritären Opfergruppen gehe, einen wichtigen Argumentationsansatz. Kommt es deswegen aber, wie Frankenberg zu meinen scheint, lediglich auf die Gefahr für Minderheiten an und nicht auf die Systemgefahr (siehe S. 70)? Das dürfte wohl ganz davon abhängen, was man unter »System« versteht.

In seinen »Überlegungen zur Verfassung der Europäischen Union« unter dem Titel »Pluralität verfassen« versucht Frankenberg sich von der Vorstellung zu lösen, dass eine europäische Verfassung ganz und gar dem Vorbild europäischer nationaler Verfassungen entsprechen muss, die von einer homogenen Verfassungselite getragen waren. Zwar gehörten Vorschriften über fundamentale Rechte und der Anspruch, Freiheiten gleichmäßig zu verteilen, als Bausteine moderner Verfassungen auch in eine europäische Verfassungsstruktur. Auf die Etablierung von Werten und ein hohes Maß von Homogenität könne aber durchaus verzichtet werden. Stattdessen sollten multiple Mitgliedschaften betont werden. Die Blickrichtung müsse auf die Zivilgesellschaft gerichtet sein, weswegen Subsidiarität und begrenzte Einzelermächtigung richtige Ansätze darstellten (S. 111 f.). Trotz Betonung der Pluralität und der Einsicht, dass das Volk auf supranationaler Ebene fragmentiert sei und damit die Idee der Einheit der Verfassung fragwürdig werde, könne Einheit aber nicht allein technokratisch mittels gemeinsamen Marktes, gemeinsamer Währung und gemeinsamer Administration erreicht werden (S. 110). Nötig im Prozess der europäischen Einigung – und wichtiger als eine Verfassung – ist für Frankenberg eine demokratische Begleitdebatte über die Bedingungen legitimer Herrschaft (S. 114).

Etwas anders ist Frankenbergs Schwerpunkt in einem weiteren Originalbeitrag über die »Verfassungsgebung in Zeiten des Übergangs«, der sich mit dem jüngsten Konstitutionalismus in Mittel- und Osteuropa befasst. Hier mag man sogar einen leichten Widerspruch zu anderen Ausführungen in diesem Band erkennen, wenn der Autor erwähnt, dass Verfassungsnormen nicht nur eine in-

strumentelle Bedeutung hätten, sondern als symbolische Normen auch eine bestimmte Ordnung und Werte auszeichneten (S. 118). Frankenberg spricht insofern von einer Doppelcodierung (subjektive Rechte und Symbole) (S. 123). Im folgenden Beitrag kommt der Autor zum eigentlichen Schwerpunkt seines Buches zurück, indem er unter dem Titel »Tocquevilles Frage« die Rolle der Verfassung im Prozess der Integration behandelt. Aufgeworfen wird die Frage nach der sozialen Integration, dem »Sich-zu-Hause-Fühlen« (S. 139) der Individuen in Gesellschaft und Staat. Erneut wendet sich der Autor gegen einen »interpretatorische[n] Oktroi einer Wertordnung« à la Bundesverfassungsgericht als Basis der Integration. Ob man allerdings eine so klare Linie von *Elfes* über *Lüth* zur Abtreibungsrechtsprechung und zum Grundgesetzgebot einer funktionsfähigen Landesverteidigung im Kriegsdienstverweigerer-Urteil (S. 150 f.) ziehen kann wie der Autor, scheint mir eher fragwürdig. Frankenberg rekurriert für seine Alternative, der Integration in Form einer Konfliktesellschaft, die gewisse Streitregeln einhält, vor allem auf Marcel Gauchet, der den Mythos eines »produktiv-integrativen antagonistischen [sic!] Konflikts« in Anspruch nimmt (S. 157). Ist es aber der Konflikt, der integrierend wirkt, oder ist es nicht vielmehr eine als gemeinsam angesehene und damit integrative Basis, die diesen Konflikt nicht disintegrativ werden lässt? Hier scheint sich der Autor im Kreis zu drehen und die Beantwortung der Frage nach dem integrativen Moment in Dialektik auflösen zu wollen.

Frankenbergs Beitrag »Der Staat – Szenen eines Rückzugs oder: Von der Staatslehre zur Verfassungstheorie« gibt erneut einer der Hauptthesen dieses Buches Ausdruck: Das Konzept der Souveränität, wie es in Hobbes' *Leviathan* verkörpert ist, ist auf die moderne Zivilgesellschaft nicht anwendbar, wenn es überhaupt je eine realistische Darstellung der Machtverteilung im Staat war. Frankenberg schließt sich da mehr den Ausführungen Foucaults an, für den Macht nicht konzentriert, sondern zirkulierend, d. h. heterogen, ist (S. 179 f.).

Des Autors »Stichworte zur »Drittwirkung« der Rechtsphilosophie im Verfassungsrecht« geben nicht vor, mehr als bloße Bemerkungen zum Thema zu sein. Immerhin räumt Frankenberg mit der Vorstellung auf, dass eine stärkere Beziehung zwischen Ethik und po-

sitivem Recht bestehe, selbst dort, wie etwa bei den Grundrechten und Verfassungsgrundsätzen, wo man Einbruchstellen der Philosophie am ehesten vermuten würde (S. 197). In seinem etwas älteren Aufsatz von 1994 über die Kommunitarismus-Debatte (»Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft«) tritt Frankenberg der These entgegen, dass die im Kommunitarismus vorhandene Suche nach der gerechten Gesellschaft und dem einigenden Band ein obsoletes, ja nachgerade konservatives Unterfangen sei. Der Liberalismus hat nicht zum Ende der Geschichte (Fukuyama) geführt und hat das Projekt der Moderne, die Suche nach der gerechten Gesellschaft, nicht erledigt. Allerdings darf die Suche nach Werten nicht auf die hoheitliche Re-Ethisierung der Verfassung hinauslaufen, sondern muss die Prärogative der »Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten« (S. 220), d. h. aller, bleiben.

In zweiten Teil seines Bandes beschäftigt sich Frankenberg in drei Beiträgen mit der »Kritik des Rechts«, wobei eigentlich nur der erste Beitrag von 1987 (»Der Ernst im Recht«) streng genommen unter diese Rubrik passt, während die anderen beiden, etwas neueren Aufsätze (»Tyrannie der Würde?«, »Die Würde des Klons und die Krise des Rechts«) das Thema »Menschenwürde« behandeln. Im »Ernst des Rechts« erfährt der Leser einiges über die Dekonstruktion des Rechts. Gerechtigkeit in unserem Rechtssystem ist nur Konsistenz juristischer Entscheidungen, gemessen an der Normqualität der Normen (Luhmann). Frankenberg, der einige Zeit an amerikanischen Law Schools verbracht hat, geht dabei auch auf die US-amerikanische rechtstheoretische Diskussion ein, die vom Realismus Mitte des 20. Jahrhunderts, der das Recht in Beziehung zu Moral, Politik und sozialer Wirklichkeit setzte, zurück zu den Postrealisten führte, die heutzutage mittels neuer wissenschaftlicher Maßstäbe die Autonomie des Rechts erneuern wollten. Nennenswert wäre hier vor allem die Richtung des *Law and Economics*, die an einigen Law Schools in den USA eine enorme Bedeutung gewonnen hat. Frankenberg steht solchen neorealistischen Versuchen jedoch ablehnend gegenüber und ist eher der Richtung der *Critical Legal Studies (CLS)* verbunden, deren Vertreter in unterschiedlichem Maße die Unbestimmtheit des Rechts betonen und gegenteilige Theorien *thrashen*. Allerdings scheint Frankenberg auch die Grenzen der *Crits* zu sehen: »Der

grelle Lichtkegel radikaler Normskepsis blendet jede überprüfbare Differenz von Recht und Unrecht aus.« (S. 167). Anders gesagt: Wenn kritische Rechtstheorie zur *l'art pour l'art* wird, desavouiert (und dekonstruiert) sie sich selbst.

Bei seinen Betrachtungen zur Menschenwürde kritisiert Frankenberg die Trivialisierung des Themas. In der juristischen Bezugnahme auf die Menschenwürde wird diese zu oft mit Sittenwidrigkeit verwechselt und dient der Durchsetzung einer zweifelhaften, staatspaternalistisch exekutierten *political correctness* (S. 282). Wenngleich man dem Autor in diesem Punkt Recht geben muss, fragt man sich doch, ob die Verankerung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG als höchster Verfassungswert (?) und – wie der Autor herausstellt – als Reaktion auf Auschwitz nicht doch (als Symbol?) eine bedeutende Funktion im Verfassungsbewusstsein hat, auch wenn ihre Justiziabilität bestritten werden kann. Dass man das Verbot des Klonens mit dem Menschenwürde-Gebot des Grundgesetzes rechtfertigen kann, bezweifelt Frankenberg. Schließlich gehe es nicht um die Würde des geklonten Menschen, sondern um die *Menschheitswürde* (S. 293). Wenn der Autor statt eines Rekurses auf die juristische Norm eine politische Entscheidung der Frage bevorzugt, so ist dies – auch wenn er es an dieser Stelle nicht sagt – konsequent auf der Linie seiner Verfassungstheorie, nach der der Souverän frei sein muss von Werten, die von einer Verfassungsrichter-Elite außerhalb der Verfassung vorgefunden werden.

In den letzten Teil des Bandes hat der Verfasser zwei Beiträge zum Thema Rechtsvergleichung aufgenommen. Der erste ist ein Aufsatz aus dem Jahre 1985, der zuerst im *Harvard International Law Journal* veröffentlicht wurde. In diesem versuchte Frankenberg seinerzeit, einen kritischen Ansatz zur Rechtsvergleichung zu skizzieren. Man könnte dies als einen Versuch bezeichnen, die Rechtsvergleichung auf den Boden eines kritischen Realismus zu stellen. Insbesondere wendet sich der Autor gegen einen Legozentrismus, der mit der Annahme von Kontinuität und Universalität operiert (S. 360), ohne den sozialen Kontext in Betracht zu ziehen. Der Autor stellt dem einen Ansatz entgegen, der Distanz und Differenz betont und nicht etwa auf platte Analogien wie *civil law* und *common law* abstellt, die in sich kaum aussagekräftig sind. Allerdings gewinnt der Leser

den Eindruck, dass unter Frankenbergs Vorgaben nahezu jede konventionelle Rechtsvergleichung oberflächlich und nutzlos sei. Kann man unter diesen Vorgaben überhaupt noch irgendwelche Rechtsvergleichung betreiben, ohne in eine umfangreiche (und kaum zu bewältigende) politisch-ökonomisch-soziale Analyse der verglichenen Staaten und Rechtssysteme einzutreten? In Frankenbergs »grelle[m] kritischen Lichtkegel radikaler Normskepsis« wird dies wohl kaum möglich sein. – Oder doch? Wie, das verrät uns der Autor selbst in seinen abschließenden vergleichenden Anmerkungen zur Rechtstheorie von Film und Fernsehen (»Inszenierungen von Gerechtigkeit«), die er auf Deutschland und die USA beschränkt. Mit der salvatorischen Klausel, es gehe um »Stichworte für die Eröffnung einer Debatte, nicht um eine abgeschlossene Analyse«, macht sich der Rechtsvergleichungs-Crit der 80er Jahre von seinen eigenen Vorgaben frei und lässt sich ohne allzuviel Tiefgründigkeit auf einen Vergleich der Darstellung von Recht in deutschen und US-amerikanischen Medien ein, zwar kritisch, aber doch mehr im Plauderton als in kritischer Analyse – und gelangt zu so fundamentalen Erkenntnissen wie der, dass in der nordamerikanischen Pop- und Rechtskultur das souveräne Individuum im Mittelpunkt stehe (S. 366). Na denn, *comparemus igitur!*

Manfred H. Wiegandt

Andreas Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen (Mohr Siebeck) 2002, 396 Seiten, 89,00 €.

Die Beteiligung interessierter Individuen an administrativen Entscheidungen wird traditionell auf rechtsstaatliche und verfahrenspraktische Erwägungen gegründet. Neben der Informationsfunktion der Partizipationsregeln werden ihre Vermittlungsfunktion zwischen Bürger und Verwaltung und ihre Rechtsschutzfunktion hervorgehoben. Die hier besprochene, unter Betreuung von *Gerd Winter* entstandene Habilitationsschrift von *Andreas Fisahn* untersucht aus vorwiegend historischer und staatsrechtlicher Perspektive, ob sich die Beteiligung der Öffentlichkeit an staatlichen Entscheidungsprozessen auch dem demokratischen Prinzip zuordnen lässt. Die facettenreiche Analyse kann an dieser Stelle naturgemäss nur in einigen zentralen Argumentationslinien nachgezeichnet werden.

Die auf fünf Kapitel angelegte Arbeit nimmt ihren methodischen Ausgangspunkt in einer dogmengeschichtlichen Untersuchung der einschlägigen Beteiligungsregeln, zu deren Beginn *Fisahn* Erwartungen an die Linearität, Folgerichtigkeit und Bruchlosigkeit der geschichtlichen Entwicklung und ihrer Rekonstruktion zurückweist. Bedeutungsverschiebungen in der Zeit und Widersprüche von Interessen und Interpretationen im jeweiligen Beobachtungszeitpunkt schliessen es aus, der Geschichte eine »Richtung« unterzuschreiben. Statt lineare Entwicklungen zu konstruieren, müsse sich die Analyse deshalb in einer Art Archäologie den verschütteten Deutungsmustern unterhalb der aktuell vorherrschenden Sichtweisen widmen. Als erste Fundstücke bei der Suche nach demokratischen Ursprüngen der Öffentlichkeitsbeteiligung benennt *Fisahn* im ersten Kapitel einige Anhörungs-, Mitwirkungs- und Konfliktregelungen im Preußen des frühen 19. Jahrhunderts. Das preußische Gesetz wegen des Wasserstauens bei Mühlen aus dem Jahre 1811 etwa sah die Einrichtung eines Schiedsverfahrens vor, dem die Bestimmung der Höhe der Entschädigung und der Vollzug des staatlichen Entwässerungsplans übertragen war (S. 16 ff.). Ein weiteres Fossil demokratischer Beteiligung sieht *Fisahn* in der von *v. Stein* und *Hardenberg* betriebenen Einführung der Selbstverwaltung, wenn diese auch nicht als Element demokratischer Selbstregierung, sondern als erzieherisches und motivatorisches Mittel zur Überbrückung der Distanz zwischen Bürger und Staat und zur Nutzung privaten Sachverständigen in der Exekutive konzipiert war (S. 20 ff.). Eine gewisse Nähe von Selbstverwaltung und Betroffenenpartizipation indiziert immerhin die Regelung des preußischen Straßengesetzes von 1875, wonach ein Einwendungsverfahren bei der Anlegung oder Änderung von Straßen und Plätzen nur durchzuführen war, wenn die Festsetzung der Gemeinde entzogen und auf den weiter entfernten Kreisausschuss übertragen war. Auch die Struktur des preußischen Enteignungsgesetzes von 1874, das einerseits auf die seinerzeit geforderte Bindung der Exekutive an ein Maßnahmegesetz verzichtete, andererseits eine Erweiterung der Einwendungsberechtigten über die Eigentümer hinaus vorsah, lässt sich als Indiz für die kompensatorische Funktion der Partizipation und die zivilgesellschaftliche Aufladung des Verwaltungsverfahrens deuten – als eher schwa-

ches Indiz allerdings, wenn man berücksichtigt, dass das Einwendungsverfahren nur auf Antrag des begünstigten Unternehmers durchgeführt wurde, also offenbar vorwiegend dem Schutz seiner Interessen diene (S. 49).

Für die letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts konstatiert *Fisahn* dann einen zunehmenden Bedeutungswandel der Beteiligungsrechte und reflektiert dabei sowohl die Analysen von *Habermas* und *Sennett* zum Funktions- und Strukturwandel des Öffentlichen (S. 70 ff.) als auch den zu dieser Zeit etwa von *Gerber* und *Jellinek* vollzogenen Wandel der zeitgenössischen staatsrechtlichen Konzeptionen. Im Zuge von Industrialisierung, Bevölkerungswachstum und Verstädterung sei die liberale Öffentlichkeit des homogenen Bürgertums einer überwiegend rezeptiven Öffentlichkeit der heterogenen werdenden Massengesellschaft gewichen. Zugleich habe die vordringende positivistische Staatsauffassung mit der liberalen Vorstellung einer Trennung von Staat und Gesellschaft gebrochen und die staatliche Einheit auf die politische Einheit des Volkes zurückgeführt. Soll diese im Staat als »Gemeinwohl« nunmehr ohne Aufnahme der divergierenden Interessen der Gesellschaft verkörpert und artikuliert werden, erhalten die Beteiligungsrechte eine neue Bedeutung: In ihnen werden nunmehr partikuläre individuelle Interessen gegen den Staat als Hüter des Allgemeininteresses in Stellung gebracht. Diesen zum Ende des Kaiserreiches vollzogenen Paradigmenwechsel von der partizipatorisch-kompensatorischen zur rechtswahrend-informatorischen Funktion der Verfahrensbeteiligung hält *Fisahn* für grundlegend auch für das heutige Verständnis der Verfahrensöffentlichkeit (93). Dass dieser Funktionswandel auf dem verfehlten »Mythos« der Einheit des öffentlichen Wohls und seiner exklusiven Zuweisung in staatliche Definitionsmacht ruht, ist der Leitgedanke der im dritten Kapitel folgenden, die Rechtslage in der Bundesrepublik betreffenden demokratietheoretischen Argumentation (S. 117 ff.).

Die Entwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung in der Bundesrepublik teilt *Fisahn* in drei Phasen ein. Bis Anfang der 1970er Jahre würden die aus dem Kaiserreich überkommenen Institute und Regeln aus einer deutlich paternalistischen Haltung heraus fortgeschrieben. Das Einwendungsverfahren werde vorwiegend als Mittel zur Erforschung der

»allgemeinen Anschauungen« und damit zur Vorbereitung des behördlichen Interessenausgleichs verstanden. Als staatsrechtliche Grundlage für diese Perspektive verweist *Fisahn* auf das republikanische Staatsdenken *Ernst Forsthofts*. Dessen Postulat einer selbständig-gestaltenden Funktion der Verwaltung richte sich gegen die zunehmende Beschränkung administrativer Spielräume zum Schutz der individuellen Freiheiten und auf eine strikte Trennung und Entgegensetzung von Allgemeininteresse und individuellem Wohl (S. 136). Sobald freilich im Zuge neuer grundrechtsdogmatischer Akzente in der zweiten Phase der Theorieentwicklung die freiheitsschützende Funktion des Verfahrens herausgearbeitet und die Grundrechte als hierfür maßgebliche objektive Werte erkannt worden seien, hätten sich derartige radikale Trennungsthesen überholt. Das Gemeinwohl werde nicht mehr unabhängig von den gesellschaftlichen Interessen definiert, sondern auf deren Grundlage, »da das Ensemble ›Staat‹ von eben diesen Interessen durchzogen ist« (144).

Anknüpfend an diesen Befund entwickelt *Fisahn* seine Gegenthese, die die weitere Analyse der Arbeit markiert: Der spezifische Legitimationsmodus der Demokratie bestehe – im Kontrast zur Monarchie – gerade darin, dass sich die unterschiedlichen Meinungen und Interessen in der Gesellschaft artikulieren und auf staatliche Entscheidungen Einfluss gewinnen. Die grundgesetzliche Demokratie sei eine pluralistisch angelegte Demokratie, in der sich das Gemeinwohl »nicht gegen die Gesellschaft, sondern allenfalls als Abstraktion aus divergierenden Willen und Interessen in der Gesellschaft« bilde. *Fisahn* beruft sich insoweit auf die Arbeiten *Ernst Fraenkel*s, dessen pluralistische Staats- und Gesellschaftstheorie er ausführlich diskutiert und auf die administrative Entscheidungsfindung appliziert (S. 147 ff., 156 f.). Aus dieser theoretischen Warte erscheint Öffentlichkeitsbeteiligung nicht als bloßes Hilfsmittel zur Informationsgenerierung, sondern als »essentieller Verfahrensschritt«, um sich der regulativen Idee des Gemeinwohls anzunähern, denn »eine am Gemeinwohl orientierte Abwägungsentscheidung kann nur aus dem Miteinander und Gegeneinander der gesellschaftlichen Interessen entstehen.«

Auf der Grundlage der pluralistischen Demokratietheorie lässt sich die Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren damit als

Element demokratischer Entscheidungsfindung identifizieren. Diese These wird im vierten Kapitel der Arbeit im Rahmen der Darstellung der zweiten Phase der Öffentlichkeitsbeteiligung, die *Fisahn* bis zur Wiedervereinigung des Jahres 1989 datiert, in einer umfassenden Auseinandersetzung mit dem als »hierarchisch« qualifizierten Demokratie- und Legitimationskonzept *E.-W. Böckenfördes* konkretisiert (S. 216 ff.). *Fisahn* wendet sich vor allem gegen dessen vordemokratische Wendung des Staatsbegriffs. Würden abstrakte Staatlichkeit und konkret-historischer demokratischer Staat getrennt, müsse die Vermittlung von demokratischer Form und Akzeptanz staatlicher Entscheidungsbefugnisse misslingen, denn die politische Integration werde nicht der demokratischen Staatsform zugeschrieben, sondern ihr vorausgesetzt. Die relative Homogenität des Volkes werde dann zur außerpolitischen Voraussetzung der Demokratie. Demgegenüber sei es gerade die fortlaufende, nach anerkannten Verfahrensregeln verlaufende demokratische Praxis, die gesellschaftliche Lernprozesse eröffne und damit die Akzeptanz der jeweils unterlegenen Minderheiten garantiere. Nicht zuletzt deshalb lasse sich Demokratie auch nicht ausschließlich als formaler Ableitungszusammenhang konstruieren, der den politischen Prozess nach der Konstitution des Parlaments vor weiteren Einflussnahmen aus der Gesellschaft abschottet. Das demokratische Prinzip fordere vielmehr eine fortlaufende Vermittlung staatlicher Entscheidungen mit gesellschaftlichen Interessen (S. 234 ff.). Soweit dies im Schrifttum erkannt und in Konzepten »prozesshafter Demokratie« umgesetzt werde, bleibe doch als zentrales Problem ungelöst, wie »legitime Mitwirkung und illegitime Einflussnahme« voneinander abzugrenzen seien.

Fisahn möchte das demokratische Prinzip neu definieren. Statt Demokratie darauf zu beziehen, eine vorgegebene Staatlichkeit mit Herrschaftsbefugnissen gleichsam nachträglich zu legitimieren, sei sie als Versuch der institutionellen Selbstorganisation der Gesellschaft zu verstehen, in dem »über das Arrangement der staatlichen Institutionen gesellschaftliche Prozesse der Meinungs- und Willensbildung ... in staatliche Entscheidungen« transformiert werden (S. 249). Institutionalisierte Mitwirkungsrechte stellten sich dann nicht als Instrumente zur Kritik und Kontrolle legitimer staatlicher Herrschaft, sondern als

Elemente der Selbstprogrammierung der Gesellschaft über die staatlichen Institutionen dar. Vor einer weiteren Entfaltung dieser Demokratiekonzeption wendet sich *Fisahn* allerdings zunächst der Bewertung von Verfahrensfehlern und ihrer gerichtlichen Einklagbarkeit nach Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze zu. Rechtsprechung und Literatur werden an dieser Stelle, dem historischen Aufbau geschuldet, bis etwa 1990 rezipiert.

Das abschließende 5. Kapitel dient einerseits der Darstellung der dritten Phase der Entwicklung des Verfahrensrechts, die *Fisahn* unter den Aspekt der Rückführung der Beteiligungsrechte zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung stellt, und andererseits der Vollendung der eigenen staats- und demokratietheoretischen sowie verwaltungsrechtsdogmatischen Argumentation. Nach einem Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Demokratieprinzip (S. 292 ff.) wird Demokratie als Versuch definiert, »die historische Besonderung des Staates von der Gesellschaft aus der Perspektive der Gesellschaft in dem Sinne aufzuheben, dass der Staat zum Ensemble von Institutionen wird, mit denen die Gesellschaft sich selbst organisiert und über sich selbst entscheidet.« (S. 322). Demokratie ist hiernach kein Herrschaftsverhältnis, sondern der Prozess der Aufhebung der Besonderung des Staates durch die Rückbindung der Staatsgewalt an Willensbildungsprozesse in der Gesellschaft. (S. 328)

Fisahn löst den Legitimationsbegriff dergestalt aus seinem gängigen Bezug zum Demokratieprinzip und reduziert ihn auf die »empirische Anerkennungsbereitschaft« delegierter Entscheidungskompetenzen. Die hierarchische Organisation der Verwaltung, die nach herrschendem Verständnis zu deren »organisatorisch-personeller Legitimation« beiträgt, erscheint aus dieser Warte demokratietheoretisch ambivalent (S. 329). Zentrales Merkmal der Demokratie wird dagegen die Rückkopplung der staatlichen Entscheidung an den Willen, die Interessen und die Meinung derjenigen Personen, auf deren Lebensbedingungen sich die Entscheidung auswirkt. Aus dieser Perspektive ist jede Teilhabe an rückbezüglichen Entscheidungen, sei es in der Wahl zum Parlament, in der Mitwirkung bei der kommunalen und funktionalen Selbstverwaltung oder in der Ausübung der grundrechtlich gewährleisteten Meinungsfreiheit

ein Ausdruck des demokratischen Prinzips. Das schließt auch, und damit fügt sich der Schlussstein in den Argumentationsbogen *Fisabns*, die Beteiligungsrechte am Verwaltungsverfahren ein, die in Übereinstimmung mit ihren historischen Vorläufern gleichfalls die Rückbindung der Staatsgewalt an die Gesellschaft sichern (S. 334 ff.). Es geht dabei, vor allem im Bereich offener gesetzlicher Programmierung, um die Öffnung des Entscheidungsverfahrens für die Präferenzen und politischen Wertungen der Bürger. Deren Beteiligung am Verfahren wird als »demokratisches Teilhaberecht« begriffen. Deshalb dürften auch Fehler im Beteiligungsverfahren nicht sanktionslos bleiben. Geht es bei der Mitwirkung der Öffentlichkeit nicht um informationelle Hilfsdienste, sondern um »das prozedurale Ermitteln der besten Entscheidung« (S. 371), müssten diejenigen Verfahrensfehler, die sich auf die Möglichkeit zur diskursiven Vertretung der Interessen der Beteiligten ausgewirkt haben, im Rahmen des §46 VwVfG als absolute Verfahrensfehler sanktioniert und müsste deren Verletzung auch subjektivrechtlich bewehrt werden. Dem letzten Kapitel der im Übrigen sorgfältig recherchierten und flüssig geschriebenen Arbeit ist eine gewisse Einseitigkeit eigen. So ist die Diskussionen um die Entwicklung des Verfahrensrechts in und seit den 90er Jahren nicht auf die Rezeption der Anliegen der Beschleunigungsgesetzgebung beschränkt. Vielmehr trägt die neuere Literatur dem staatsrechtlichen Ansatz *Fisabns* unter den Stichworten »kooperative Gemeinwohlkonkretisierung« und »prozedurale Programmierung« schon weitgehend Rechnung, weitergehend jedenfalls, als es seine selektive und stark vergangenheitsorientierte Literaturkritik vermuten lässt. Verfahrensbeteiligung gilt heute vielen Autoren über die Informationsvermittlung und die Rechtsschutzfunktion hinaus als Instrument der Konfliktbewältigung und der Optimierung der Verwirklichung der Regelungsintentionen des (demokratischen) Gesetzes. Der Weg zur Anerkennung eines demokratischen Gehalts der Verfahrenspartizipation ist daher nicht weit. Auch wenn man dieses Anliegen *Fisabns* grundsätzlich überzeugend findet, weckt die vorgelegte Untersuchung doch auch Unbehagen, und zwar in zweierlei Hinsicht. Die Entscheidung für eine entwicklungsgeschichtliche Aufbereitung des Themas zwingt die Darstellung in einen weiten Spannungsbogen, der

dem Leser häufige Unterbrechungen des Gedankengangs, unvermittelte thematische Sprünge und nicht unerhebliche Redundanzen zumutet. Dem kann man den Gewinn einer schrittweisen Entfaltung der Argumentation vor dem Hintergrund eines sich fortentwickelnden dogmatischen Diskurses gegenüberstellen, muss aber doch konstatieren, dass sich nicht alle Teilnehmer an diesem Diskurs, etwa nicht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dem historischen Abschnittsdenken in vollem Umfange fügen. Kritisch anzumerken ist in methodischer Hinsicht ferner, dass *Fisabn* die Frage nach den demokratischen Implikationen der Öffentlichkeitsbeteiligung fast ausschließlich auf der Ebene der Demokratietheorie zu beantworten sucht und dabei die Verfassungsrechtsdogmatik vernachlässigt. Demokratie wird als quasi überverfassungsrechtliches und überzeitliches Ordnungsmodell vorgestellt, das seine Grundlage in demokratie- und staatsrechtlichen Konzeptionen, nicht aber in Art. 20 Abs. 1 und 2, Art. 21 Abs. 1 S. 1 und 3, Art. 23 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sucht. Deshalb findet etwa keine Auseinandersetzung mit dem Umstand statt, dass das Grundgesetz vergleichsweise wenige Versuche unternimmt, die »Besonderung des Staatlichen« durch partizipative Vorgaben zu kompensieren. Dass dem womöglich die Befürchtung dysfunktionaler Folgen einer entsprechenden »Entdifferenzierung« zugrundeliegt, bleibt folglich unerörtert. Wenn der »demokratische Status« der Beteiligungsregeln an einer Stelle als »Verfassungsauftrag« gewertet wird, bleibt offen, ob damit jeder normativ nur unvollkommen angeleitete staatliche Entscheidungsprozess, der andere als nur trennscharf individuell zuzuordnende Interessen berührt, qua Verfassung einer Öffentlichkeitsbeteiligung unterliegen soll. Immerhin könnte auch die allgemeine Zugänglichkeit der Verwaltung die demokratietheoretisch gebotene Rückkopplung administrativer Entscheidungsprozesse an die Willensbildung im Volk vermitteln. Das Postulat eines »demokratischen Status« der Beteiligungsrechte ist deshalb viel zu unspezifisch, um daraus normative Folgerungen, etwa für die Verfahrensfehlerlehre zu ziehen. Das von *Fisabn* entwickelte Demokratiekonzept anhand der Vorgaben des Grundgesetzes (und der Europäischen Verfassung) zu reflektieren, bleibt deshalb Desiderat.

Arno Scherzberg