

II. Methoden

A. Maßstäbe demokratischer Legitimation in der Methodendiskussion

1. Demokratische Legitimation – Verrechtlichung eines politischen Maßstabs

Eine der besonderen Fragestellungen innerhalb des allgemeinen Themenkomplexes der Demokratie stellt diejenige nach der demokratischen Legitimation dar. Historisch gesehen wurde dabei die Frage nach dieser Legitimation hoheitlichen, also regelmäßig staatlichen Handelns erst sehr spät als spezifisch rechtliche diskutiert. Die Frage, wie die Ausübung von Staatsgewalt zu rechtfertigen sein kann, war schon seit jeher als politische Frage und vor allem als Machtfrage angesehen und behandelt worden. Erst mit Entstehen der modernen Verfassungen und dem Zusammentreffen verfassungsrechtlich vorgegebener Demokratie mit einer gleichermaßen enthaltenen (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit folgte aus der politischen Idee eine eigenständige und wirkungsvolle rechtliche Komponente, die als Grundlage für eine eigenständige Betrachtung dienen konnte.

Während sich aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG schon zu Anfangszeiten der Bundesrepublik verschiedene Aspekte und teils konkrete Rechtsfolgen vor allem in Bezug auf die Wahlrechtsgrundsätze ableiten ließen, wurde die Frage nach der durch Art. 20 Abs. 2 GG erforderlichen demokratischen Legitimation spätestens²² mit den Entscheidungen des BVerfG im Oktober 1990²³ zu einer sehr bedeutsamen rechtlichen (und damit auch rechtswissenschaftlichen) Frage. Betrachtet man allein die bis Ende der 1980er Jahre zu diesem Themenfeld erfolgten Veröffentlichungen und die daraufhin publizierten Stellungnahmen,²⁴ dürften die-

22 Bereits einige Entscheidungen vorher befassten sich mit der Thematik (vgl. dazu Kap. III.D.2.a)), auch in der Literatur ergaben sich entsprechende Diskussionsansätze, vgl. beispielsweise bei *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl (1974).

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

24 Vgl. hier vor allem die Veröffentlichungen von *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl (1974) und der Voraufagen von *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, 57. Ergänzungslieferung (2010), Art. 20 GG und *Böckenförde*,

se Entscheidungen vielleicht als letzter Startimpuls, zumindest aber als Katalysator für das Aufflammen der Diskussion über die demokratische Legitimation als (Verfassungs-)Rechtsfrage anzusehen sein. Der zunächst sehr streng anmutende Maßstab der ersten Judikate wurde mit späteren Entscheidungen zur Arbeitnehmermitbestimmung und zur funktionalen Selbstverwaltung²⁵ relativiert (bzw. konkretisiert), bis sich jedenfalls in den 2010er Jahren eine wohl gefestigte Rechtsprechung zu innerstaatlichen Legitimationsanforderungen herauskristallisierte.²⁶ Neben derartigen Fragen kam der demokratischen Legitimation als rechtlicher Frage eine große Bedeutung bei der Rechtsprechung über die Zulässigkeit und Grenzen der weiteren Europäischen Integration zu,²⁷ die auch Fragen der Zulässigkeit bestimmter Erscheinungsformen der Europäischen Verwaltung aufwirft.²⁸

Spätestens diese Rechtsprechung liefert die Rechtfertigung, derartige – dem Kern nach politischen – Fragen unter spezifisch rechtlichem und rechtswissenschaftlichem Blickwinkel und als hierdurch wesentlich geprägt zu betrachten. Erkennbar führte dies auch dazu, dass Maßstäbe und Ideen, die nicht unmittelbar auf der positivrechtlichen Fundierung in Art. 20 Abs. 2 GG beruhen, dennoch als bedeutsam auch für die *Rechtswissenschaft* angesehen werden, weil (und soweit) hierdurch die Grundlagen für das positivierte Demokratieprinzip geschaffen bzw. abgeleitet wurden.²⁹ Erst recht gilt dies für weitergehende Ansätze wie der Neuen

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

25 *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (vgl. dazu Kap. III.C.15) und *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (vgl. dazu Kap. III.C.19).

26 Vgl. zuletzt *BVerfG*, B. v. 06.05.2014, BVerfGE 136, 194 (vgl. dazu Kap. III.C.40) und *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194 (vgl. dazu Kap. III.C.41.b)).

27 Vgl. insoweit *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (vgl. dazu Kap. III.C.13), *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267 (vgl. dazu Kap. III.C.28), *BVerfG*, B. v. 06.06.2010, BVerfGE 126, 286 (vgl. dazu Kap. III.C.31), *BVerfG*, Urt. v. 07.09.2011, BVerfGE 129, 124 (vgl. dazu Kap. III.C.33), *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, BVerfGE 132, 195 (vgl. dazu Kap. III.C.35) und *BVerfG*, Urt. v. 18.03.2014, BVerfGE 135, 317 (vgl. dazu Kap. III.C.39).

28 Hier sollen insbesondere die Fragen nach der Zulässigkeit externalisierter Unionseinrichtungen wie der Unionsagenturen im Fokus der Untersuchung stehen.

29 Gleichwohl ist zu beachten, dass eine solche Untersuchung „faktischer Legitimationszusammenhänge“ (bei denen es sich um politikwissenschaftliche Erkenntnisse über Steuerungszusammenhänge zur wirkungsvollen Verantwortungsdelegationen handeln dürfe) nur insoweit als rechtlich relevant anzusehen sein können, wie diese auch im positiven Recht eine Rolle spielen; andernfalls könnten

Verwaltungsrechtswissenschaft³⁰, wenn diese Legitimationszusammenhänge als Rechtsmaßstäbe durch steuerungswissenschaftliche Überlegungen und Erkenntnisse zu belegen versuchen und somit (im weitesten Sinne) politikwissenschaftliche Überlegungen auch von sich aus (d.h. ohne Transformierung in rechtliche Maßstäbe) als maßgeblich und damit bedeutsam für die rechtswissenschaftliche Diskussion erachten.

a) Begriffs- und Inhaltsvermengungen

Bereits die Begrifflichkeiten bei Formulierung einer Fragestellung spielen in den verschiedenen Betrachtungen eine wichtige und weichenstellende Rolle. Begriffe wie Demokratie, Legitimation, demokratische Legitimation, Legalität und Legitimität werden zwar häufig in einem Atemzug genannt und werden gar als bedeutungsähnlich oder zumindest miteinander zusammenhängend angesehen. Dabei zeigen die oben genannten disziplinär vielfältigen Folgerungsmöglichkeiten, welche Schwierigkeiten sich in der daran anschließenden Diskussion ergeben. Auch für die eben angerissene, spezifisch rechtswissenschaftliche Diskussion der demokratischen Legitimation des Staates bzw. der Union und deren jeweiligen Verwaltungshandelns zeigt sich ein breiter Spielraum der vorgetragenen Argumente aus allen Disziplinen, alle genannten Begriffe finden sich mit unterschiedlichen Geltungs- und Bedeutungsansprüchen in der Diskussion wieder.

Deshalb erscheint es angezeigt, zunächst diese Begrifflichkeiten möglichst genau auseinanderzuhalten und sich bei ihrer jeweiligen Verwendung der konkreten Bedeutungsgehalte bewusst zu bleiben. Schon mit dem (umgangssprachlichen) Grundbegriff „Demokratie“ ergeben sich Definitionsschwierigkeiten. Wörtlich übersetzt aus dem Griechischen handelt es sich um die Herrschaft des Volkes. Damit ist jedoch ein Bedeutungs-

sie allein über teleologische Erwägungen bei der Betrachtung des Demokratieprinzips aktiviert und zugrunde gelegt werden.

30 Vgl. einführend zum Ansatz der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft *Voßkuhle*, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: *Bauer/Schmidt* (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht (2002), *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 1 (vgl. dazu Kap. II.A.1.c)), speziell zur Frage nach demokratischer Legitimation *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 6 (vgl. dazu Kap. III.C.26).

spektrum angesprochen, das weit von einer konkreten einheitlichen Verwendung entfernt ist. Dem Begriff der Demokratie werden unterschiedliche Verwendungsweisen zugeschrieben als komplexe Systembezeichnung, als Legitimation politischer Systeme, als Ordnungsprinzip und als Verhaltensprinzip.³¹ Zugleich werden verschiedene Prinzipien genannt, die der Demokratiebegriff beinhalte, nämlich die der Gleichheit, des Mehrheitsprinzips, des Relativismus und der Allgemeingültigkeit der Gesetze.³² Zugleich wird von der Volkssouveränität als Uridee der Demokratie gesprochen.³³ Auffällig für den Begriff der Demokratie ist somit dessen Weite, aber auch eine gewisse inhaltliche Beliebigkeit,³⁴ die mit einem inflationären Begriffsgebrauch einhergeht.³⁵

Überwiegend einheitlich wird der Begriff der Legalität als formelle Übereinstimmung mit den bestehenden Gesetzen verstanden.³⁶ Ganz anders stellt es sich jedoch mit der Legitimation und Legitimität dar. Unter Legitimität wird häufig die dem jeweiligen System immanente Rechtfertigung staatlicher Herrschaft angesprochen.³⁷ Von demokratischer Legitimität wird dann gesprochen, wenn sich diese staatliche Herrschaft vom Volk ableitet und nicht auf andere, beispielsweise göttliche Herrschaftsberechtigungen zurückgeführt wird.³⁸ Häufiger wird jedoch diese Definition und Unterscheidung für die Begriffe Legitimation und in ihrer spezifischen Form der demokratischen Legitimation verwendet.³⁹ Hier bietet es sich

31 Unterscheidung durch *Lenk*, Probleme der Demokratie, in: *Lieber* (Hrsg.), Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. (1993), S. 938.

32 *Lenk*, Probleme der Demokratie, in: *Lieber* (Hrsg.), Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. (1993), S. 939.

33 *Lenk*, Probleme der Demokratie, in: *Lieber* (Hrsg.), Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. (1993), S. 936.

34 Mit Schwerpunkt auf die Vielfalt der Begriffsverwendung *Lenk*, Probleme der Demokratie, in: *Lieber* (Hrsg.), Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. (1993), S. 933; dagegen mit Betonung der Assoziationsvielfalt mit dem Demokratiebegriff *Horn*, Demokratie, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie (2010), § 22, S. 745.

35 *Lenk*, Probleme der Demokratie, in: *Lieber* (Hrsg.), Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. (1993), S. 933, *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, 16. Aufl. (2016), S. 266 "Legalität".

36 *Schöbener/Knauf*, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. (2019), § 4 Rdnr. 4.

37 *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, 16. Aufl. (2016), S. 267 "Legitimität".

38 *Lenk*, Probleme der Demokratie, in: *Lieber* (Hrsg.), Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. (1993), S. 937.

39 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 17. Aufl. (2017), S. 104; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 3.

also an, möglichst nahe am Wortsinn und der Wortform zu unterscheiden zwischen einer prozessualen Komponente, der Legitimation,⁴⁰ und der Zustandsbeschreibung der Legitimität. Die prozessual verstandene Legitimation meint somit gewöhnlich die Art der Einhaltung formaler und prozeduraler Aspekte; sie verlangt nach Einhaltung vorgeschriebener Formen und Verfahren.⁴¹ Die Legitimität hingegen beschreibt die Frage nach der inneren materialen Berechtigung.⁴² Abhängig von einer konkreten Rechtsordnung kann die Legitimität gegeben sein, sobald die Elemente formeller Legalität vorhanden sind, oder es können darüber hinaus gehende Vorgaben wie die Achtung der Menschenwürde zur Wahrung der Legitimität existieren.⁴³

Selbst innerhalb der Begriffsbereiche der (demokratischen) Legitimation gibt es noch erhebliche begriffliche Unterschiede und Missverständnisse: So wird vertreten, Fragen der Legitimation bezögen sich auf außer- oder vorrechtliche Faktoren und könnten daher nicht in rechtsdogmatischen Kategorien erfasst werden.⁴⁴ An anderer Stelle wird die demokratische Legitimation hingegen als durch Art. 20 Abs. 2 GG vorgegeben und gerade als dogmatische Kategorie verstanden.⁴⁵ Speziell wegen dieser Unterschie-

40 Legitimation wie auch Legitimierung, verstanden als Rechtfertigung eines Zustands, *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, 16. Aufl. (2016), S. 267 "Legitimation" und "Legitimierung".

41 *Jestaedt*, Democratic Legitimization of the Administrative Power, in: *Pün-der/Waldhoff* (Hrsg.), *Debates in German Public Law* (2014), S. 182 f.; diese Unterscheidung wird häufig jedoch nicht getroffen, vereinzelt werden die Begriffe Legitimität und Legitimation als weitgehend inhaltliche deckungsgleich angesehen, vgl. *Schöbener/Knauf*, *Allgemeine Staatslehre*, 4. Aufl. (2019), § 4 Rdnr. 7.

42 *Jestaedt*, Democratic Legitimization of the Administrative Power, in: *Pün-der/Waldhoff* (Hrsg.), *Debates in German Public Law* (2014), S. 182 f.

43 Mit Betonung des außerrechtlichen Maßstabs der Legitimität *Schöbener/Knauf*, *Allgemeine Staatslehre*, 4. Aufl. (2019), § 4 Rdnr. 5; *Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*, 17. Aufl. (2017), 116 f.; das setzt allerdings voraus, dass Derartiges nicht Element der formell verstandenen Legalität ist. Ist – wie nach dem GG – die Einhaltung aller Grundrechte Rechtmäßigkeits- und somit auch Legalitätsvoraussetzung, kann es hingegen erst dann einen Unterschied geben, wenn zur Legitimität weitergehende Aspekte, wie beispielsweise die Frage nach der Akzeptanz gerechnet werden.

44 *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 33, Rdnr. 1 mit Verweis auf *Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*, 17. Aufl. (2017), 130 ff., der den außerdogmatischen Status jedoch auf den Revolutionsfall beschränkt.

45 Vgl. nur die grundlegenden Beiträge von *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundes-*

de soll zunächst eine Betrachtung der verschiedenen möglichen methodischen Ansätze erfolgen.

b) Die Kompatibilitätsannahme

Stellt man die verschiedenen vertretenen Auffassungen zu Art und Notwendigkeit von demokratischer Legitimation von Hoheitsgewalt nebeneinander – selbst unter Berücksichtigung der eben genannten unterschiedlichen begrifflichen Anknüpfungen –, erscheint selbst für eine rechtswissenschaftliche Streitfrage überraschend, wie fundamental die verschiedenen Auffassungen zu Art und Maß notwendiger demokratischer Legitimation auseinandergehen können. Vor allem legt die enorme Bandbreite an vertretenen unterschiedlichen Positionen eigentlich die Hypothese nahe, dass zumindest einige der Auffassungen so weit von der tatsächlichen Sach- und Rechtslage entfernt liegen müssten, dass man zumindest deren Vertretern völlige Unkenntnis und Verkennung der Sachlage vorwerfen und von einer Nichtvertretbarkeit dieser Auffassungen ausgehen müsste.

Betrachtet man den Ton, der gelegentlich in der Diskussion gewählt wird, scheinen auch nicht wenige von einem solchen Befund überzeugt zu sein.⁴⁶ Dem soll jedoch eine rechtsethisch eher ungewöhnliche Hypothese entgegengestellt werden: Werden derartige Ideen und Theorien (zumal oftmals von bekannten und wissenschaftlich respektierten Akteuren) argumentativ begründet und auch noch in der rechtswissenschaftlichen Öffentlichkeit nachhaltig diskutiert, sollten zumindest grundsätzlich die Plausibilität oder zumindest die Vertretbarkeit derartiger Diskussionsansätze anzunehmen sein.

Daneben erscheint es m.E. erst einmal ungewöhnlich, dass wesentliche Bestandteile der deutschen und europäischen Rechtsordnung für ungenü-

republik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329.

46 Natürlich gehört zur rechtswissenschaftlichen Diskussion auch eine (harte) Auseinandersetzung, die aber als wissenschaftliche Diskussion sachlich zu führen ist; gelegentlich finden sich dann aber auch pointiertere Standpunkte (vgl. nur die nachdrücklich formulierte Ablehnung des Legitimationskettenmodells durch *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305) bis hin zu „Generalabrechnungen“, beispielsweise bei *Heun*, Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung – der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14.1.2014, JZ 2014, 331.

gend an einem (dann „richtigen“) Maßstab demokratischer Legitimation zu erachten sein sollten, wenn es sich um bereits lange praktizierte Gestaltungsmechanismen handelt, die offensichtlich überwiegend – und damit nicht zuletzt implizit durch die Rechtsprechung – für zulässig erachtet wurden.⁴⁷ Dies soll keineswegs als (gar rechtliche) Vermutung für die Rechtmäßigkeit einer Konstruktion verstanden werden, schließlich ist häufig eine ständige Übung der größte Feind einer eigentlich notwendigen Einhaltung von rechtlichen Maßstäben. Wohl aber sollte Derartiges als Anlass für Zweifel und ein notwendiges Hinterfragen gesehen werden, ob und inwieweit (jeweils) derartige fundamental ablehnende Positionen uneingeschränkt haltbar sein können.

Von diesen Hypothesen ausgehend dürfte es allerdings völlig ausgeschlossen sein, dass es sich bei den in der Gesamtheit vorliegenden Standpunkten sämtlich um wissenschaftliche Auffassungen desselben Diskurses handeln kann, die inhaltlich teils so fundamental widersprüchliche und kaum nebeneinander bestandsfähige Ergebnisse hervorbringen. Deshalb soll bewusst von der Grundannahme ausgegangen werden, dass es sich nämlich auch dann um eine überzeugende (und damit wissenschaftlich besonders bedeutende) Argumentation handeln kann, wenn „inkompatible“ Ergebnisse im Verhältnis zu anderen für zutreffend erachteten Auffassungen erreicht werden. Ansatzpunkt für eine derartige Überlegung ist dabei die Annahme, dass die zunächst vermutete Unvereinbarkeit zweier Auffassungen nicht notwendig zum gegenseitigen Ausschluss führen muss. Dies ist mit dem Befund verbunden, dass scheinbar stets über das gleiche Thema gesprochen und geschrieben wird, sich aber die Diskussionsbeiträge schon im methodischen Zugriff so weit unterscheiden, dass nicht die Ergebnisse, sondern die Untersuchungen selbst untereinander bzw. miteinander unvereinbar sind. Gleichwohl bedeutet diese Unvereinbarkeit nicht, dass die entsprechenden Diskurse nicht nebeneinander geführt werden könnten, doch schließt dies eine Vergleichbarkeit der Diskussionsergebnisse aus.

Gerade die Rechtswissenschaften (im weitesten Sinne) bieten dermaßen vielfältige Ansatzpunkte für verschiedenste Betrachtungsmethoden, dass ei-

47 Damit soll allerdings noch über die „nicht selten interessierte[n] – Stimmen im Schrifttum, in der Politik oder in den Medien“ hinausgegangen werden, die „einer Maßnahme Unbedenklichkeit attestieren“, vgl: *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, *BVerfGE* 142, 123 (Rdnr. 150) (juris); unzweifelhaft kann es nicht auf derartige Ansichten maßgeblich zur Beurteilung von Rechtmäßigkeitsfragen ankommen; wohl aber sollten in der Wissenschaft weit vertretene Ansichten nicht pauschal unbeachtet bleiben und zumindest Anlass zu kritischer Auseinandersetzung sein.

gentlich alle geisteswissenschaftlichen Arbeits- und Untersuchungsmethoden für rechtswissenschaftliche Betrachtungen verschiedenster Art fruchtbar gemacht werden können. Dies mag immer wieder in Vergessenheit geraten, weil überwiegend die Rechtswissenschaften auf die Spezialdisziplin der Rechtsdogmatik reduziert werden.⁴⁸ Im Falle dieser Gleichsetzung und damit disziplinären Einschränkung stellen sich methodische Fragen in weitaus geringerem Maße, weil die Methoden der Auslegung und der Arbeit mit positivem Recht und Rechtsdogmatik sehr viel bekannter sind und auch sehr viel näher beieinanderliegen.

Hingegen ermöglichen andere (rechtswissenschaftliche) Disziplinen die Zugrundelegung eines umfassenden Methodenspektrums, welches weit über (bloß) rechtsdogmatische Ansätze hinausgeht.⁴⁹ Die – nicht nur in der juristischen Ausbildung – häufig vernachlässigten Grundlagenfächer wie Rechtsgeschichte, Rechtspolitik, Rechtssoziologie oder Rechtstheorie beschränken sich nicht auf rechtsdogmatische Betrachtungen, sondern haben alle einen deutlich weiteren Blickwinkel. Die besondere Schwierigkeit liegt darin, dass trotz Beschäftigung mit eigentlich unterschiedlichen Disziplinen deren jeweilige Begrifflichkeiten nicht immer im gleichen Maße auseinandergehalten werden. So kommt naturgemäß einem Begriff ein völlig anderer Inhalt zu, wenn er als rechtsdogmatisch verstanden wird, als wenn der vermeintlich gleiche Begriff in einem (rechts-)politikwissenschaftlichen – und damit für die Verfassungstheorie durchaus bedeutsamen – Zusammenhang verwendet wird. Dabei wird durch Konzepte wie das des „Verbundbegriffs“ die Gleichsetzungs- und Verwechslungsgefahr

48 Jestaedt, Wissenschaftliches Recht, in: Jabloner/Kucsko-Stadlmayer/Muzak/Perthold-Stoitzner/Stöger (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode (2011), S. 170 f.; die dogmatische Ausrichtung zeigt sich auch sehr deutlich beim „juristischen“ Studium, das sich – neben den hierfür verhältnismäßig unbedeutenden Grundlagenfächern – fast ausschließlich auf rechtsdogmatische Inhalte bezieht, vgl. auch Jestaedt, "Öffentliches Recht" als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), S. 247, Waldbhoff, Kritik und Lob der Dogmatik, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 30 f.; mit Schlussfolgerungen für den interdisziplinären Diskurs Lepsius, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, EuGRZ 2004, 370 (381); mit Hinweis auf die besondere Rationalisierungsfunktion der Juristischen Methode und insbesondere der Rechtsdogmatik Krebs, Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft (2004), S. 217.

49 Jestaedt, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 195 f.

noch deutlich erhöht.⁵⁰ Hierzu dürfte erst recht beitragen, dass selbst in der Rechtsprechung eine methodisch stringente Beschränkung auf eine rechtsdogmatische Vorgehensweise nicht immer erfolgt⁵¹ und damit für deren Betrachtung der Methodenvielfalt – oder negativ gewendet: dem Methodensynkretismus – Vorschub geleistet wird.

In dieser methodischen Vielfalt könnte damit gerade der Grund für die enorme Diskussionsbandbreite im Bereich der „demokratischen Legitimation“ liegen, der über fast alle (bloß) rechtsdogmatischen Streitfragen hinausgeht: Angenommen, es handelte sich um verschiedene Diskurse, die allerdings in einem gemeinsamen Begriffsrahmen diskutiert werden, müsste eine methodische Segmentierung der gesamten Diskussion zu einer Aufteilung dergestalt führen, dass kleinere Sub-Diskurse entstehen, die entweder deutlich geringere Differenzen jeweils innerhalb aufweisen oder durch Aufdeckung der zugrundeliegenden Annahmen besser gegenübergestellt oder verglichen werden können.

Sollte dem so sein und sollte eine methodenspezifische Betrachtung so weitgehend diskutierter Themenkomplexe dazu führen, dass sich der Fokus von einem einzelnen Themenkomplex demokratischer Legitimation auf verschiedene stärker segmentierte fachliche Ansätze verlagern würde, wäre viel gewonnen: Vor allem ließe sich viel besser ein (logisches) Verhältnis zwischen den verschiedenen Auffassungen bestimmen. Beispielsweise muss die Erkenntnis, dass eine bestimmte Organisationsstruktur zu einer demokratisch legitimierten Einzelentscheidung durch einen bestimmten Sachwalter führt, nicht notwendig eine Aussage darüber treffen, ob und inwieweit der Gesetzgeber bei Beschluss dieser Organisationsstruktur wissenschaftliche Erkenntnisse zu Steuerungsfaktoren und -zusammenhängen beachtet und auch sinnvoll umgesetzt hat. Andererseits macht die Antwort auf die eine Frage die andere wissenschaftlich keinesfalls obsolet oder uninteressant. Vielmehr ist eine methodisch saubere Trennung in der Lage, eine nüchterne Aussage zu treffen, welche Aspekte für welchen disziplinären Ansatz relevant sind und welche innerhalb einer Disziplin einen jeweiligen „blinden Fleck“ betreffen.

50 Deutlich mit der disziplinspezifischen Betrachtungsweise bei *Jestaedt*, Selbstverwaltung als Verbundbegriff, *Die Verwaltung* 35 (2002), 293 (298 ff.).

51 Vgl. hier nur *BVerfG*, *Urt. v. 30.06.2009*, *BVerfGE* 123, 267; vgl. dazu die Würdigung als „Kompendium neuer Allgemeiner Staatsrechtslehre“ bei *Iensee*, Integrationswille und Integrationsresistenz des Grundgesetzes, *ZRP* 2010, 33 (34); *Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, *Der Staat* 48 (2009), 497 (510).

Eine solche methodenbewusste Betrachtung ermöglicht erst die wirkliche Sinnhaftigkeit einer wissenschaftlichen Aussage. Nur wenn der Anspruch auf den eigenen Aussagegehalt auch offen diskutiert wird, lohnt es sich, verschiedene Positionen gegenüberzustellen. Vor allem könnte durch eine solche explizite Benennung der methodischen Reichweite sehr viel Emotion aus der Debatte genommen werden, die – auch wissenschaftspolitisch – von großer Bedeutung für die Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Debatte sind. Damit ist hier die Vermutung verbunden, dass die gleichzeitige Plausibilität weit mehrerer und auch sich vermeintlich widersprechender Ansichten angenommen werden kann, ohne dass wissenschaftlich nachvollziehbar belegte Erkenntnisse inhaltlich abgetan und deshalb als irrelevant angesehen werden müssten.

c) Hintergrund der methodischen Vielfalt

Die Gründe für die so große Vielfalt unterschiedlicher methodischer Ansätze im Themenfeld der demokratischen Legitimation der Verwaltung hängen stark mit der Methodendiskussion im Rahmen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft zusammen. Dabei unterscheidet sich deren Ansatzpunkt wesentlich von sonstigen rechtlichen Fragestellungen, weil sich hier die Methodenfrage nicht nur innerhalb der Rechtswissenschaften im engeren Sinne als Teil der Rechtsmethodik stellt⁵², sondern als Teil der disziplinspezifischen Methode und somit über die Fachgrenzen der Rechtswissenschaften hinausgehend.

Innerhalb der Rechtswissenschaften ist die Thematisierung der Methodik insbesondere in den Bereichen des Verwaltungsrechts und der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht seit den 1990er Jahren prominenter geworden⁵³ und hat zu bedeutenden Auswirkungen auf die Betrachtung der Maßstäbe der Verwaltungslegitimation geführt, insbesondere zu einem deutlich verstärkten Grundlagenbezug.⁵⁴ Traditionell war dabei die deut-

52 Auch innerhalb der einzelnen Fachdogmatiken des Öffentlichen Rechts, des Zivilrechts und des Strafrechts kann unterschieden werden, vgl. *Voßkuhle*, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: *Bauer/Schmidt* (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht (2002), Rdnr. 1.

53 Hierzu beispielsweise *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 69 ff.

54 *Gärditz*, Die "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Alter Wein in neuen Schläuchen?, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 105 (106).

sche Verwaltungsrechtswissenschaft primär rechtsstaatsorientiert und auf den gerichtlichen Rechtsschutz gerichtet, was auch durch den klassischen Ansatz der juristischen Methode begründet ist.⁵⁵ Insbesondere die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft nimmt dabei verstärkt die demokratische Komponente in den Fokus, weil hier besonders die Gestaltungs-komponenten innerhalb der Rechtsordnung betont werden.⁵⁶ Gewisse Funktionsähnlichkeiten werden dabei auch bei der Betrachtung des Verhältnisses der Verfassungstheorie zum Verfassungsrecht erkennbar.⁵⁷

Dass daneben in engem zeitlichem Zusammenhang auch auf rechtsinhaltslicher Ebene mit der Entwicklung der Dogmatik der Legitimation der Verwaltung (beginnend mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht⁵⁸ bis zur Funktionalen Selbstverwaltung⁵⁹) eine verstärkte Diskussion in engerem Sinne rechtswissenschaftlicher (also rechtsdogmatischer und rechtsmethodischer) Hinsicht zusammenfiel, dürfte speziell für die Rechtsfrage demokratischer Legitimation der Verwaltung die Bedeutung der Methodendiskussion noch verstärkt haben.

Diese methodisch erweiterte Betrachtung führt zur Berücksichtigung weiterer Disziplinen und Aspekte auch in den Rechtswissenschaften.⁶⁰ So werden weitergehend als in früheren Betrachtungsweisen auch steue-

55 Zur Juristischen Methode, deren Arbeitsweise sich auf *Otto Mayer* zurückführt und der ihrerseitigen Abgrenzung von der früheren Staatswissenschaftlichen Arbeitsweise vgl. *Stolleis*, Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 2, Rdnr. 47; *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. (2015), Rdnr. 97.

56 *Fehling*, Die "neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Problem oder Lösung, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 65 (70).

57 *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung (2009), S. 19 ff.; *Jestaedt*, Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie (2010), § 1, Rdnr. 28 ff.; *Gärditz*, Die "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Alter Wein in neuen Schläuchen?, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 105 (142).

58 *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 und *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60, siehe dazu III.C.8.

59 Vgl. hier insbesondere die Entscheidung *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59, siehe dazu III.C.19.

60 Insbesondere geschieht dies durch die Arbeit mit Verbundbegriffen mit erforderlichen Schnittstellen als Anknüpfungspunkte für verschiedene Wissenschaftsdisziplinen, *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 1, Rdnr. 40; vgl. hierzu auch grundlegend *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (2000), S. 46 ff.

runswissenschaftliche Wirkzusammenhänge untersucht und damit eine Ergänzung der Herangehensweise der Juristischen Methode bewirkt, daneben wird eine Verschiebung der Perspektive von einer gerichtszentrierten Kontrollperspektive hin zu einer stärker betonten Herstellungsperspektive erkennbar.⁶¹ Zugleich fand in besonderem Maße die Kontroverse um demokratische Wirkfaktoren und eine mögliche Output- und Outcome-Legitimation Einzug in die Diskussion.⁶²

Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft betont damit insgesamt die Wechselwirkungen zwischen Recht und Wirklichkeit und fordert gleichzeitig eine stärkere kritische Methodenreflexion, legt sich aber nicht selbst auf eine Methode fest.⁶³ Dabei ist festzustellen, dass innerhalb dieses breiten Themen- und Methodenspektrums auch eine große innere Pluralität erkennbar ist.⁶⁴

2. Konsequenzen für das Vorgehen

Aus dieser Pluralität verschiedener Ansätze resultiert eine verstärkte Notwendigkeit, sich bei der Untersuchung der Grenzen der jeweiligen Methode bewusst zu werden. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass eine Nutzung fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse neben rechtspolitischen Reformanstößen auch für die Rechtsanwendung relevant sein können, gleichzeitig wird auch darauf hingewiesen, dass dogmatische Schlüsselbegriffe selbst

61 Gärditz, Die "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Alter Wein in neuen Schläuchen?, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 105 (107; 109); Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 10, Rdnr. 11.

62 Vgl. zur Berücksichtigung der realen Folgen einer Maßnahme als Konsequenz einer steuerungs- und damit wirkungsorientierten Betrachtungsweise des Rechts Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 1, Rdnr. 32 ff.

63 Fehling, Die "neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Problem oder Lösung, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 65 (73).

64 Vgl. Fehling, Die "neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Problem oder Lösung, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 65 (91, 100); Gärditz, Die "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Alter Wein in neuen Schläuchen?, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 105 (124).

nicht normativ überhöht werden dürfen⁶⁵ und Erkenntnisse aus Nachbarwissenschaften im Rechtssystem selbst und eigenen Bedingungen verarbeitet werden müssen.⁶⁶ Gefahren bestehen dabei oftmals durch eine Hyperabstraktion, indem durch zu weite Verallgemeinerung der wissenschaftliche Diskurs weiter von den Dogmatiken des Fachrechts entfernt wird, aber auch darin, dass durch selektive interdisziplinäre Baustein-Rezeption verschiedene spezifische Deutungen des Rechts durchgesetzt werden sollen.⁶⁷

In der Konsequenz ergeben sich für die nachfolgende Untersuchung mehrere Voraussetzungen: zunächst ist erforderlich, die unterschiedlichen Themenfelder im Zusammenhang mit dem Demokratie- und Legitimationsbegriff genügend auseinanderzuhalten und deren Vermischung auszuschließen. Daneben ergibt sich die Notwendigkeit einer hinreichenden dogmatischen Analyse der jeweiligen Rechtsmaßstäbe mit genauer Betrachtung von Herkunft und rechtlicher Relevanz eines jeweiligen Maßstabs. Schließlich wird auch zu berücksichtigen sein, inwieweit die spezifischen Bedingungen des nationalen Verfassungsrechts bzw. der europäischen Integration berücksichtigt werden.

Diese Überlegungen machen eine Überprüfung der verschiedenen Ansichten zum Komplex demokratischer Legitimation auf ihre methodischen Ansatzpunkte und Grundannahmen erforderlich. Hierfür bietet es sich an, eine Strukturierung der Wirkungskategorien und damit auch eine Gegenstandsbeschränkung vorzunehmen. Zur Herstellung der Vergleichbarkeit ist es dabei auch geeignet, einen methodischen Ansatzpunkt zu wählen und die verschiedenen Standpunkte daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie diesen methodischen Annahmen entsprechen. Zu diesem Zweck soll im Folgenden ein spezifischer Suchmaßstab entwickelt werden, an dem sich die verschiedenen entwickelten Maßstäbe demokratischer Legitimation messen und einordnen lassen. Zwar ist damit – ganz bewusst – die

65 Vgl. aber hierzu mit dem Hinweis auf die Sorge vor methodischen Entgrenzungen *Fehling*, Die "neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Problem oder Lösung, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 65 (72, 74).

66 Mit Hinweis auf die besondere Notwendigkeit der Einhaltung disziplinärer Qualitätsstandards bei der Berücksichtigung fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse *Oebbecke*, Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaft, in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (2007), S. 221; *Fehling*, Die "neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Problem oder Lösung, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 65 (77); ähnlich *Gärditz*, Die "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Alter Wein in neuen Schläuchen?, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 105 (136).

67 *Gärditz*, Die "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Alter Wein in neuen Schläuchen?, Die Verwaltung Beiheft 12 (2017), 105 (127, 140 f.).

Einschränkung auf einen ganz speziellen Maßstabstyp verbunden. Dieser soll jedoch nicht ausschließlich behandelt und berücksichtigt werden, stattdessen soll er als Folie dienen, um Art und Anspruch von hiervon differierenden Maßstabsarten genau herausarbeiten zu können.

Damit soll es nicht primär darum gehen, innerhalb der rechtsdogmatischen Diskussion bestimmte Standpunkte zu favorisieren, sondern eine Eingrenzung auf die Argumente vorzunehmen, die zur Klärung dieses einen, so eingegrenzten Diskurses methodisch zulässigen Standpunkte und Herleitungen herauszufiltern, um damit die schlussendlich erforderliche Würdigung zu entschlacken und zu vereinfachen. Die damit zusammenhängende Verweisung hiermit inkompatibler Maßstäbe an andere Disziplinen der Rechtswissenschaften soll damit auch eine Plausibilisierung der jeweiligen Maßstabsunabhängigkeit bewirken und von der vermuteten wissenschaftlichen Werthaltigkeit aller Ansätze ausgehen. Idealerweise kann damit durch die Unterscheidung verschiedener Betrachtungsansätze im Themenfeld demokratischer Legitimation von den im Suchmaßstab angedachten Maßstabsgrundsätzen eine Stärkung der nicht-dogmatischen Komponenten der Rechtswissenschaften erfolgen und anhand der anerkannten Bedeutung konkreter nicht-dogmatischer Modelle die jeweilige Disziplin in ihrer eigenen Anerkennung gestärkt werden.

Mittels dieses Ansatzes soll nicht nur eine bessere Systematisierung und Zuordnung innerhalb der Diskussion um das deutsche Demokratieprinzip erreicht werden, sondern auch der – vornehmlich in den deutschen Rechtswissenschaften – vertretenen Auffassungen zu Maßstäben der Demokratie und der demokratischen Legitimation für das Recht der Europäischen Union. Der Vergleich von Rechtsmaßstäben demokratischer Legitimation des Grundgesetzes und des Primärrechts der Europäischen Union kann erst dann durchgeführt werden, wenn auch die methodischen Ansätze als miteinander vergleichbar anerkannt werden, bietet aber dann die Möglichkeit zu einem sehr viel detaillierteren Vergleich.

B. Entwicklung eines Suchmaßstabs

Für eine Vergleichung verschiedener Verfassungsordnungen hinsichtlich dogmatischer und gleichzeitig verfassungstheoretischer Probleme wird in der Literatur vorgeschlagen, dass zwecks einer integrierenden Betrachtung beider Aspekte eine legitimationstheoretische Betrachtung vorzunehmen

sei, der eine „Scharnierfunktion“ zukäme.⁶⁸ Gerade für die Frage nach der demokratischen Legitimation der Verwaltung sollte sich eigentlich ein solcher Maßstab besonders anbieten. Allerdings verstärkt gerade ein solches methodenübergreifendes Vorgehen die Gefahr der Vermengung methodisch inkompatibler Anknüpfungspunkte, weshalb hier eine strikte Beschränkung auf methodisch vergleichbare und damit „sortenreine“ Ansätze vorgenommen werden soll. Insbesondere in rechtsinhaltlicher Hinsicht bleibt dies erforderlich, da nur so die wirkliche (positivrechtliche) Rechtslage bestimmt und erst im Anschluss mit anderen Rechtsordnungen verglichen werden kann.

Deshalb soll hier zunächst eine sehr spezifische Begrenzung und Benennung des Untersuchungsgegenstandes vorgenommen werden, um eine Vergleichbarkeit unterschiedlicher Maßstäbe zu gewährleisten und um die wesentlichen Unterschiede zu anderen Ansätzen explizit aufzudecken. Insoweit soll vor der Betrachtung und Würdigung dieser verschiedenen Auffassungen ein Raster festgelegt werden, nach denen die vorgeschlagenen und vertretenen Beurteilungsmaßstäbe differenziert und klassifiziert werden können. Damit soll also ein „Suchmaßstab“ (bzw. „Metamaßstab“) entwickelt werden, anhand dessen später die unterschiedlichen Legitimationsmaßstäbe erst kategorisiert und anschließend gewürdigt werden können. Mittels dieses Maßstabs, der sehr konkret auf ein bestimmtes rechtsdogmatisches geprägtes Legitimationsprinzip zugeschnitten ist, soll keine inhaltliche Bevorzugung dieses so bestimmten Maßstabs bewirkt werden, sondern eine Folie zur besseren Abgrenzung methodisch unterschiedlicher Ansätze geschaffen und zugrunde gelegt werden. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass mit derartigen Kategorisierungen und Verortungen keine Wertigkeit bestimmt, sondern eine – möglichst wertneutrale – Beschreibung einzelner Maßstäbe durch Abgrenzung von anderen Vorstellungen erreicht werden kann. Mittels der zu bestimmenden Kriterien für einen Suchmaßstab soll eine Sortierung verschiedener Thesen und Argumentationsmuster zum Demokratieprinzip nach disziplinärer Vergleichbarkeit ermöglicht und damit die nachfolgende Argumentation zur (Un-)Vereinbarkeit verschiedener Anforderungen erleichtert werden. Gerade in methodischer Hinsicht ist dies entscheidend, weil mit der Wahl einer Methode bzw. einer Disziplin schon eine Vorentscheidung über den Horizont

68 Möllers, Gewaltengliederung (2005), S. 12.

und die Aussagekraft der jeweiligen disziplinären Erkenntnisse getroffen wird.⁶⁹

Diese Entscheidung für einen solchen Suchmaßstab kann, wenn und soweit damit eine ausschließende Selektion bestimmter Erkenntnisse verbunden ist, aus rechtswissenschaftlicher Sicht (i.e.S. als rechtsdogmatisch) dabei insoweit unzweifelhaft nur eine willkürliche sein, als für dessen Bestimmung seinerseits keine positiv-rechtlichen Maßstäbe herangezogen werden können.⁷⁰ Vielmehr müssen sachliche Argumente für eine solche Differenzierung gefunden werden, mit denen eine disziplinbezogene Plausibilität derartiger Zuordnungen und Ausschlüsse erreicht werden kann. Folglich kann die Entscheidung für einen Suchmaßstab auch nicht mit dem Anspruch einer allgemeingültigen Definition erfolgen, sondern nur ein Mittel zum (konkreten) Untersuchungszweck darstellen: Es bleibt nur durch Offenlegung und möglichst genaue Fixierung des Maßstabs das Ziel eines Rationalitätsgewinns, um die unterschiedlichen Grundannahmen verschiedener Ansätze aufzudecken und insoweit aufzuzeigen, wo und inwieweit sich inhaltliche Maßstäbe entsprechen oder widersprechen oder – in Anlehnung an mathematische Begrifflichkeiten – windschief⁷¹ sind und damit nicht einmal gemeinsame Ansatzpunkte haben. Letzteres droht immer dann der Fall zu sein, wenn sich anderer Methoden bedient wird, was zu Folge haben kann, dass die jeweiligen Antworten deshalb nicht miteinander kompatibel sein könnten. Zugleich sollte zwischen der objektiven Vergleichbarkeit verschiedener Ansätze und den unterschiedlichen Geltungsansprüchen unterschieden werden. Letztere Kategorie lässt sich dabei als subjektive Komponente ansehen, weil sie auf die jeweilige Intention und Zielrichtung abstellt. Die Methodendiskussion zeigt, dass beide Komponenten keinesfalls notwendig miteinander übereinstimmen, weshalb sich eine weitere Unterscheidung anbietet. Eine Gegenüberstellung zweier objektiv und subjektiv windschiefer Auffassungen erscheint danach weder sinnvoll noch zielführend. Von besonderer Bedeutung dürfte damit ein Vergleich derjenigen verschiedenen Maßstäbe sein, die nach dieser

69 Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Deppenbeuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie* (2010), § 1, S. 4; ausführlich siehe oben bei Kap. II.A.1.c).

70 Damit wird das Problem der fehlenden Methodenverpflichtung angesprochen, das auch *Adrian*, *Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen* (2014), S. 111 thematisiert und deshalb eine explizite Methodenwahl fordert.

71 In der Geometrie sind zwei verschiedene Geraden im dreidimensionalen Raum dann windschief, wenn sie weder parallel sind, noch sich irgendwo schneiden – sie haben also keinerlei Berührungspunkte.

Annahme als objektiv windschief anzusehen sind, dieses sich aber nicht in den jeweiligen Intentionen widerspiegelt, weil beide Auffassungen einen ähnlichen Bedeutungs-, Geltungs- oder Erklärungsanspruch haben.

Anschließend ist beabsichtigt, die verschiedenen in den Rechtswissenschaften zum Grundgesetz und zum Recht der Europäischen Union vertretenen Auffassungen und Standpunkte daraufhin zu untersuchen, ob sie dem hier entwickelten Suchmaßstab entsprechen oder ob und inwieweit sie hiervon abweichen und deshalb als Teil eines anderen Diskurses angesehen werden sollten.

1. Herkunft des Maßstabs

Dass mit den verschiedenen Begriffen „Demokratie“, „Legitimation“, „Legitimität“ und „Legalität“ miteinander verbundene, aber dennoch unterschiedliche Themenfelder angesprochen werden, wurde bereits oben aufgezeigt.⁷² Deshalb ist für jede Betrachtung und Würdigung von Fragen nach demokratischer Legitimation schon wegen deren ideengeschichtlichen Herkunft die Quelle des Maßstabs von richtungsweisender Bedeutung. Für eine Inhaltsbestimmung eines jeden der Begriffe ist es deshalb notwendig, die jeweiligen Rahmenbedingungen und Kontexte zu ermitteln, zu würdigen und vor allem, festzulegen, aus welcher Disziplin und mittels welcher Methode man sich dem Gegenstand nähert.

Dass die demokratische Legitimation als positivrechtlicher Maßstab spätestens seit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht eine enorme praktische Bedeutung für das Rechtssystem gewonnen hat, steht wohl außer Frage. Damit wird auch im politischen Geschäft „die Frage der demokratischen Legitimation“ nicht mehr allein als politische Frage, sondern ganz spezifisch auch als Rechtsfrage diskutiert – als solche allerdings auch für parteipolitische Zwecke eingesetzt.⁷³ Zur Abgrenzung der verschiedenen Legitimationsmaßstäbe sollen daher

⁷² Siehe oben bei Kap. II.A.1.a).

⁷³ Erkennbar an der Prozessgeschichte vieler verschiedener Verfahren, die den Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation zugrunde legten und häufig vom politischen Gegner initiiert worden waren; vgl. dazu die Entscheidungen zu Ausländerwahlrechten: *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, *BVerfGE* 83, 37, *BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, *BVerfGE* 83, 60, *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, E. v. 08.07.1991, *StGHE BR* 5, 36 = *NVwZ-RR* 1992, 149-152 und *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, Urt. v. 31.01.2014, *NVwZ-RR*, 497 = *NordÖR* 2014, 262-271.

zunächst Kategorisierungen methodischer Art und sodann eine rechtstechnische Verortung dieser Maßstäbe vorgenommen werden.

a) Disziplinär-methodische Abgrenzung

Zunächst ist hierbei erforderlich, eine Abgrenzung in methodischer Hinsicht vorzunehmen, nachdem gerade im Bereich der „Demokratieforschung“ grundlegend verschiedene Möglichkeiten für Forschungsansätze bestehen wie empirische oder rein normative Betrachtungen. Diese sind sämtlich und grundsätzlich geeignet, einen (unspezifischen) wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn für den Gegenstand der „Demokratie“ zu bewirken. Damit soll allerdings nicht impliziert werden, es könne überhaupt einen einheitlichen Untersuchungsgegenstand namens „Demokratie“ geben; vielmehr kann es sich immer nur um eine „disziplinspezifische Wirklichkeitsrekonstruktion“ handeln, weil das Erkenntnisinteresse und die Erkenntnismethoden überhaupt erst bestimmen, was für Arten von Feststellungen und Annahmen später erreicht werden können.⁷⁴ Deshalb ist zunächst die disziplinär-methodische Vorgehensweise der Arbeitstechnik festzulegen, mittels derer die gewünschten Erkenntnisse über den weiten Bereich der Demokratie erreicht werden sollen. Aus dem gewünschten Erkenntnisziel, dem beabsichtigten Vergleich verschiedener Rechtsordnungen und ihrer rechtsinhaltlichen Festlegungen hinsichtlich rechtsinhaltlicher Demokratiemaßstäbe lassen sich hier schon die entsprechenden methodischen Konsequenzen ableiten.

(1) Notwendigkeit normativer Maßstäbe

Dabei sollen für den hier angenommenen Suchmaßstab nur die *Rechtsmaßstäbe* demokratischer Legitimation den Gegenstand der Betrachtung darstellen. Mit einer derartigen Zielsetzung ist zunächst eine Berücksichtigung normativer Maßstäbe verbunden. Für eine solche normative Betrachtungsweise sind dabei die nicht-normativen und jedenfalls damit

74 Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie* (2010), § 1, S. 4 f.; von verschiedenen Blickwinkeln auf einen einheitlichen Betrachtungsgegenstand mit der einprägsamen Formulierung „different views of the cathedral“ geht Craig, *Integration, Democracy, and Legitimacy*, in: *Craig/de Búrca* (Hrsg.), *The evolution of EU law*, 2. Aufl. (2011), S. 29 aus.

die empirischen Maßstäbe aus der rechtlichen Diskussion auszuschneiden, wenn und soweit diese nicht unmittelbar selbst als maßstabssetzend herangezogen werden können, sondern allenfalls indirekt durch Bezugnahme auf derartige Würdigungen. Insoweit muss bei Betrachtungen von Rechtsmaßstäben zwischen den (normativ) ableitbaren Folgerungen und empirischen Theorien unterschieden werden, deren Funktion als deskriptiv, explanatorisch und prognostisch anzusehen ist.⁷⁵

Um derartige – hier nicht relevante – Maßstäbe dürfte es sich unzweifelhaft bei vielen rein-wissenschaftlichen Demokratie- und Legitimationsbetrachtungen anderer, vor allem nichtjuristischer Wissenschaftsdisziplinen (beispielsweise der Politikwissenschaft) und den hierdurch gewonnenen Maßstäben handeln, beispielsweise bei vergleichenden Demokratieskalen, die einen Grad der Demokratisierung von Staaten und Organisationen feststellen wollen.⁷⁶ Auch, wenn aufgrund derartiger Maßstäbe Werturteile über verschiedene demokratische Systeme begründet werden können, sind diese nicht notwendig mit Änderungs- und Steuerungsansprüchen in Bezug auf die staatliche Organisation und Ausgestaltung der Demokratie verknüpft. Häufig werden derartige Betrachtungen jedoch mit einem solchen Anspruch verknüpft und aus ihren deskriptiven Maßstäben normative abgeleitet. Denkbar sind dabei auch normative Maßstäbe, die nicht zugleich als Teil des positiven Rechts angesehen werden können.⁷⁷

Anders als bei empirischen geht es bei normativen Untersuchungen jedoch nicht darum, Gesetzlichkeiten zu erkennen und zu ermitteln, sondern vorgegebene – und damit insoweit unhinterfragbare – Normen anzuwenden und hieraus entsprechende analytische Schlüsse zu ziehen und abzuleiten.

75 Lauth/Sareiter, *Wissenschaftliche Erkenntnis*, 2. Aufl. (2005), S. 14 f.

76 Vgl. zu empirischen Skalen zur Beurteilung des Demokratiegrades (Freedom House-Skalen usw.) bei Schmidt, *Demokratietheorien*, 5. Aufl. (2010), S. 370 ff.; vgl. allgemein zu empirischen Wissenschaftsansätzen Lauth/Sareiter, *Wissenschaftliche Erkenntnis*, 2. Aufl. (2005), S. 13 ff.

77 Nach hier vertretener Auffassung dürften die grundlegenden Ansätze der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ solche auch-normativen Maßstäbe darstellen, bei denen es sich jedoch nicht gleichzeitig um notwendigerweise positivierte Maßstäbe handelt, vgl. dazu Kap. II.A.1.c).

(2) Notwendigkeit positiver Maßstäbe

Allein die Normativität eines Maßstabs führt noch nicht dazu, dass ein solcher auch für eine rechtswissenschaftliche Betrachtung im engeren Sinne (Rechtsdogmatik) und damit der Bestimmung des Rechtsinhalts geeignet ist und herangezogen werden kann. Dies folgt zum einen gleichermaßen aus dem Verfassungs- und Unionsrecht, weil beide Rechtsordnungen – wie in modernen Verfassungen allgemein üblich – nur (verfassungsmäßig) gesetztes Recht als verbindlich und damit als Teil der Rechtsordnung anerkennen und die Zugrundelegung anderer normativer Maßstäbe nur nach Maßgabe der eigenen (und damit willentlichen) Inbezugnahme ermöglichen.

Zum anderen ergibt sich dieses Erfordernis auch aus methodischen Erwägungen: Nur die Verfassungstheorie, nicht aber auch die Verfassungsdogmatik ist in der Lage, Maßstäbe außerhalb der Reichweite des positiven Rechts zu verarbeiten.⁷⁸ Mittels der Dogmatik kann die Wirklichkeit nur hiernach gesehen, erfasst und verarbeitet werden. Erst das Verlassen der Dogmatik erlaubt eine Aufdeckung für das positive Recht nicht-maßstabsrelevanter Einfluss- und Steuerungsfaktoren. Geht es nur um verfassungsdogmatische Inhalte, besteht schon disziplinar bedingt die unbestreitbare Notwendigkeit eines Positivierungsnachweises.⁷⁹ Die Notwendigkeit der Bezugnahme einzig von Maßstäben des positiven Rechts erschwert dabei unzweifelhaft die praktische Handhabbarkeit derartiger Beschäftigungen, weil die so gewonnenen Erkenntnisse nicht von sich aus transponibel sind, sondern einzig als Auslegungsergebnis für eine konkrete Norm herangezogen werden können.⁸⁰

Dabei sind für die hier vorgenommene Untersuchung unzweifelhaft für jede spezifisch rechtswissenschaftliche (und damit insbesondere jede rechtsdogmatische) Betrachtung alle normativ-positivierten Maßstäbe relevant, anhand derer eine demokratische Legitimation gemessen und danach beurteilt wird – aber auch schon, wenn das positive Recht eine *gewisse*, also bestimmbare Legitimation als rechtlich notwendig vorsieht. Im Gegensatz zu naturrechtlichen Verständnissen umfasst dabei der rechtspositivistische

78 Vgl. Kap. II.A.1.c).

79 Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie* (2010), § 1, Rdnr. 58 f.

80 Vgl. Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie* (2010), § 1, Rdnr. 24.

Ansatz einzig alles Recht, das als solches vom zuständigen Normgeber gesetzt ist.⁸¹

Dabei stellt die vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 20 Abs. 2 GG entwickelte Dogmatik zur demokratischen Legitimation ein geeignetes Beispiel für einen solchen normativ-positivierten Maßstab dar, weil dieser unmittelbar aus der positiven Norm des Grundgesetzes ein normativer Maßstab aus dem Demokratiebegriff abgeleitet wird.⁸² Dabei ist es möglich, dass sich der Inhalt des positiven Rechts dem Rechtsanwender unmittelbar aus dem Normtext erschließt. Genauso kann sich die Bestimmung des Norminhalts auch erst durch Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden ergeben.⁸³ Im Falle der rechtsdogmatisch anerkannten demokratischen Legitimation lässt sich dies gut veranschaulichen. Aus dem unmittelbaren Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 GG

„Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“

erschließt sich dem Leser gerade nicht unmittelbar das hierin vorgefundene beziehungsweise hieraus abgeleitete Legitimationskettenmodell. Vielmehr ergibt sich vor allem und erst mit Hilfe der systematischen und teleologischen Auslegung, dass hiermit ein in der politischen Wissenschaft entwickeltes und bekanntes Modell als ein gleichlautendes des positiven Rechts anerkannt werden sollte.

Bei dieser Bestimmung des Inhalts des positiven Rechts durch Auslegung ergibt sich allerdings die Schwierigkeit der genauen Abgrenzung, was schon Teil des positiven Rechts (geworden) ist und was nur von außen an dieses herangetragen wird. Ein normativer Anspruch kann sich jedoch nicht nur aus positivem Recht ergeben, sondern auch aus verschiedenen fremddisziplinären Betrachtungen, die ihre eigenen Maßstäbe für die Beurteilung eines Rechtsphänomens haben. Insbesondere in der politischen Theorie sind hier teils sehr konkrete Anforderungen an eine „wirksame

81 Allgemein zur Abgrenzung zwischen positivem und Naturrecht: Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 291 f.

82 Dass dabei diese Auslegung von Art. 20 Abs. 2 GG nicht unbestritten ist, zeigt manche grundlegende Kritik am Legitimationsmodell des BVerfG, vgl. beispielhaft Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305.

83 Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. (2012), S. 35; zur Problematik fehlender methodischer Präzision und Konsequenz vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik, 11. Aufl. (2013), S. 50 ff.

demokratische Legitimation“ formuliert worden, die damit insoweit einen eigenen normativen Anspruch haben.⁸⁴ Aus verschiedensten sozialen und ethischen Normen können sich dabei Anforderungen ergeben, die aus rechtlicher Sicht erst dann von Bedeutung sind oder werden, wenn das Recht in spezifischer Form auf sie Bezug nimmt. Für die Frage, ob es sich deshalb um einen normativen Maßstab handelt, der Teil des positiven Rechts geworden ist, muss deshalb der Positivierungsnachweis geführt werden. Nur wenn sich dieser auch tatsächlich führen lässt, kann ein solcher Maßstab unabhängig von seiner Herkunft als normativ-positivierter angesehen werden.

Das Ziel der Suche nach einem *Rechtsmaßstab* demokratischer Legitimation bedingt notwendigerweise eine Zugrundelegung normativ-positivierter Maßstäbe bzw. Überprüfung fremder Ansätze daraufhin, ob und inwieweit diese disziplinäre Beschränkung eingehalten wird. Gerade auf dem thematisch weitreichenden Feld der Demokratie ist es allerdings kaum möglich, sich von disziplinär fremden Erkenntnissen und Überlegungen völlig zu lösen, weshalb nahezu alle normativen Ansätze relevant werden können und deshalb jeweils der Positivierungsnachweis von entscheidender Bedeutung ist.

Dadurch resultiert die wesentliche Einschränkung der vorliegenden Untersuchung: Die Ausrichtung des Suchmaßstabs soll auf Maßstäbe des positiven Rechts erfolgen, somit durch eine Rechtsordnung verfasste und konstitutionalisierte Maßstäbe für die Beurteilung demokratischer Legitimation. Nicht hingegen sollen die Maßstäbe für die Legitimation und die Legitimität *einer Verfassung als solche* untersucht werden.⁸⁵ Eine Einschränkung muss wegen der beabsichtigten Betrachtung verschiedener Rechtsordnungen nur dahingehend erfolgen, dass nicht hierfür doch ausnahmsweise positivrechtliche Maßstäbe für die Legitimität einer Rechtsordnung (in ihrer Gesamtheit) existieren, wie dies im Verhältnis von einer zur

84 Vgl. zu nicht-rechtlichen Maßstäben, die sich aus „normativen Ordnungen“ ergeben: *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo, 2. Aufl. (2006), § 2, Rdnrn. 22, 24; hierauf Bezug nehmend *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. (2015), § 11, Rdnr. 3.

85 Dabei sind Fragen der Legitimation und Legitimität des Staates als vorkonstitutionelle Fragen von den konstitutionalisierten Maßstäben demokratischer oder grundrechtlicher Legitimation zu unterscheiden, vgl. *Isensee*, Legitimation des Grundgesetzes, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl. (2014), § 254, Rdnr. 12 f.

anderen Rechtsordnung denkbar ist.⁸⁶ Auch dies zeigt allerdings, dass bei alleiniger Betrachtung konstitutionalisierter Rechtsmaßstäbe diese immer nur innerhalb des jeweiligen Rechtssystems zugrunde gelegt werden können. Damit soll es im Ergebnis nicht um rechts- oder politiktheoretische, sondern allein um rechtsdogmatische Maßstäbe (im engeren Sinne)⁸⁷ gehen, die anhand des geltenden Verfassungsrechts zu beurteilen sind.⁸⁸ Das bedeutet lediglich eine Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes und soll nicht mit einer Delegitimierung derartiger weitergehender Maßstäbe verwechselt werden.⁸⁹

b) Rechtsquellenbezogene Abgrenzung

Handelt es sich um einen normativ-positivierten Maßstab, ist im nächsten Schritt eine Unterscheidung nach der rechtlichen Quelle bedeutsam. Gerade im Mehrebenensystem existieren verschiedene Maßstäbe unterschiedlicher Herkunft, die als Maßstäbe für die Beurteilung „der Demokratie“ zugrunde gelegt werden und grundsätzlich sogar gleichzeitig und neben-

86 So sieht das Grundgesetz in seinem Art. 23 Anforderungen an die Rechtsordnung der Europäischen Union in ihrer Gesamtheit vor, bei denen es sich somit um positivrechtliche Maßstäbe zur Beurteilung eines anderen Verfassungssystems handelt.

87 Jestaedt, Wissenschaftliches Recht, in: Jabloner/Kucsko-Stadlmayer/Muzak/Perthold-Stoitzner/Stöger (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode (2011), S. 172 f.; Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie (2010), § 1, Rdnr. 53 ff.

88 Damit wird eine gänzlich andere Zielsetzung als bei Isensee, Legitimation des Grundgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl. (2014), § 254, Rdnr. 22 ff. verfolgt und verfassungsrechtliche Fragen der überpositiv verstandenen Legitimation des Staates außer Acht gelassen; gleichzeitig bedeutet dies, dass ein Ansatz wie bei Achenbach, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union (2014), S. 452 ff. eine andere und von dem hier vorgeschlagenen Ansatz zu unterscheidende Zielrichtung verfolgt, nachdem dort nach tatsächlichen Legitimationsleistungen (demokratische Leistungsfähigkeit) gefragt wird.

89 Insoweit dürfte sich eine weitergehende Betrachtung derartig nichtpositiver Maßstäbe auch nach den Maßstäben der Reinen Rechtslehre nicht verbieten (vgl. Isensee, Legitimation des Grundgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl. (2014), § 254, Rdnr. 23); jedenfalls spricht hiernach nichts dagegen, die Anforderungen an die Legitimation oder Legitimität einer Verfassung nicht als Rechtsnormerkenntnis, sondern als rechtssoziologische Erkenntnis zu verstehen, vgl. insoweit Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. (1934), S. 9 f.

einander anwendbar sein können. Anforderungen aus demokratischen Vorstellungen und Vorgaben können sich dabei grundsätzlich aus dem Unionsrecht selbst ergeben,⁹⁰ aber auch aus nationalem Recht⁹¹ oder dem Völkerrecht.⁹²

Dabei können sich die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen normative Vorgaben einer dieser Rechtsordnungen grundsätzlich zunächst nur aus dieser selbst ergeben.⁹³ Die Reichweite möglicher Rechtsfolgen ist außerdem dann am größten und die Reaktionsmöglichkeiten auf Verstöße gegen bestimmte rechtliche Anforderungen sind auch dann am vielfältigsten, wenn die Maßstabssetzung und die rechtliche Würdigung eines Sachverhalts anhand eines Maßstabs innerhalb der gleichen Rechtsordnung erfolgen.⁹⁴ Da sich aus dem Völkerrecht allenfalls rudimentäre Anforderungen an eine demokratische Staatsorganisation ergeben,⁹⁵ sollen dessen Anforderungen weitgehend außen vor gelassen werden und die nachfolgende Betrachtung auf grundgesetzliche und Maßstäbe und solche des Primärrechts der Europäischen Union reduziert werden.

Innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung muss im Folgenden noch nach der Binnenverortung eines Legitimationsmaßstabs unterschieden werden:

90 Hierfür kommen insbesondere die Art. 2 und Art. 9 ff. EUV in Betracht, aber auch durch die Rechtsprechung der EuGH begründete Anforderungen.

91 Vgl. beispielsweise in der Rechtsprechung die Prüfung der Anforderungen des Grundgesetzes an die (Zustimmungsgesetze zu) Änderungsverträge(n) durch das Bundesverfassungsgericht in *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, *BVerfGE* 89, 155 und *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, *BVerfGE* 123, 267.

92 Vgl. die diesbezügliche Betrachtung bei *Tiedtke*, *Demokratie in der Europäischen Union* (2005), S. 56 ff.

93 Als Ausnahmefall kann auch innerhalb einer Rechtsordnung die Würdigung einer Rechtsfrage durch eine andere Rechtsordnung autonom für relevant erklärt werden; der Geltungsgrund ist dann allerdings nicht der in Bezug genommene Maßstab, sondern nur die eigene Verweisung; Beispiele für derartige Verknüpfungen finden sich im Unionsrecht in Art. 4 Abs. 2 EUV (nationale Identität) oder im Grundgesetz in Art. 23 Abs. 1 oder in Art. 25 GG; auch die Rechtsfolge kann sich dann ausschließlich aus dieser Rechtsordnung ergeben, wobei auch eine Verweisung auf eine Rechtsfolge aus der jeweils anderen Rechtsordnung theoretisch grundsätzlich denkbar ist.

94 So ist beispielsweise die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Norm mit Aufgabe an den Gesetzgeber, innerhalb eines bestimmten Zeitraums rechtmäßige Zustände zu schaffen, fast ausschließlich innerhalb der gleichen Rechtsordnung denkbar (vgl. zu den denkbaren Rechtsfolgen allgemein II.B.3).

95 Eine ansatzweise hierauf bezogene Vorgabe findet sich dabei allein in Art. 25 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) vom 19.12.1966 (BGBl. 1973, S. 1534), vgl. dazu *Tiedtke*, *Demokratie in der Europäischen Union* (2005), S. 59 f.

Schon wegen der Normenhierarchie macht es einen bedeutenden Unterschied, ob ein Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation mit höchstem Rang innerhalb der Stufenbaus verortet ist oder nur von niederem Rang implementiert wird. Denn im letzten Fall könnte der Maßstab nämlich deshalb für viele Sachverhalte nicht mehr anwendbar sein, wenn er jeweils nur gleich- oder sogar nachrangig wäre und damit eventuell überhaupt nicht mehr zur Anwendung käme.

Mit einer solchen Anforderung an eine höchstrangige Verortung wird vor allem der Selbststand des Demokratieprinzips innerhalb der jeweiligen Verfassung bzw. Rechtsordnung angesprochen.⁹⁶ Dabei ist zu beachten, welche Elemente der Rechtsordnung bei der Auslegung des Demokratieprinzips heranzuziehen sind. Nicht notwendigerweise muss es sich in einer einzelnen Norm konkretisiert wiederfinden, wohl aber ist es hierfür erforderlich, dass sich die jeweiligen Konkretisierungen bzw. zur Auslegung herangezogenen Normen innerhalb der gleichen Rechtsschicht wiederfinden und deshalb in ihrer Gesamtheit als Teil dieser rechtlichen Schicht angesehen werden können: So schadet es deshalb auch nicht, wenn das Demokratieprinzip des Grundgesetzes in Art. 20 Abs. 2 GG verortet wird, bei dessen Würdigung aber beispielsweise die Regelungen des Art. 65 S. 2 GG und des Art. 79 Abs. 3 GG beachtet werden müssen. Erst wenn zur Bestimmung seines Inhalts auf Bestimmungen anderer Normgeber oder Normebenen zurückgegriffen werden müsste, könnte man insoweit nicht mehr von einem selbständigen grundgesetzlichen Demokratieprinzip ausgehen.⁹⁷

Ausgehend von dem Anspruch der umfassenden Steuerung und Beeinflussung staatlichen Handelns⁹⁸ durch einen solchen Legitimationsmaßstab erscheint eine Verortung mit möglichst hohem Rang und weitreichendem Anwendungsbereich als vertretbare Anforderung für einen effek-

96 Zwischen den verschiedenen Ebenen des Selbststands unterscheidet *Jestaedt*, Selbststand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalen und internationalem Recht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl. (2014), § 264, Rdnr. 8 ff.

97 Vgl. insoweit zum materialen Selbststandskonzept *Jestaedt*, Selbststand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalen und internationalem Recht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl. (2014), § 264, Rdnr. 17.

98 Dass sich dieser Anspruch nicht aus einem Rechtsmaßstab ergeben kann, liegt auf der Hand, wenn nach einem Beurteilungsmaßstab für eine rechtsvergleichende Betrachtung gesucht wird; vielmehr ergibt sich diese Anforderung aus Zweckmäßigkeitsgründen der Untersuchung und einem materiellen Demokratieverständnis, das eine ausnahmslose Demokratisierung voraussetzt.

tiven Rechtsmaßstab im Sinne des hier zu entwickelnden Suchmaßstabs. Dieser sollte nämlich dem Grunde nach geeignet sein, zur Überprüfung von sekundärem und weiterem nachrangigen⁹⁹ Recht herangezogen werden zu können. Auch können durch einen Rechtsmaßstab Änderungen des primären Rechts aufgrund des auf dieser Stufe vorgesehenen Änderungsverfahrens gemessen werden.¹⁰⁰ Die Anforderung einer höchstrangigen Verortung kann auch ohne explizite textliche Verortung erfüllt sein, wenn aus der jeweils untersuchten Rechtsordnung durch das zuständige Organ ein derartiger Maßstab abgeleitet wird, also der EuGH oder das BVerfG einen derartigen Maßstab im Primärrecht oder dem Grundgesetz verorten.

Dabei ergibt sich die Anforderung der Höchsttrangigkeit keineswegs aus einer Art Naturgesetzlichkeit des Demokratieprinzips. Verlangt man jedoch eine möglichst weitreichende Steuerungswirkung innerhalb der gesamten Verfassungs- und Rechtssystems, erscheint dies insofern gerechtfertigt, als nur ein vergleichbar vorrangiges Demokratieprinzip die geforderten faktischen Auswirkungen auf das Rechtssystem haben kann. Deshalb soll dies als bewusste Entscheidung für einen Suchmaßstab im Sinne dieser Untersuchung verstanden werden.

99 Die Bezeichnung soll hier allgemein eine Nachrangigkeit vom primären Recht ausdrücken, entspricht aber damit auch der Unterscheidung im Unionsrecht zwischen Primär- und weiterem Recht (sekundärem und tertiären); im deutschen Recht wird man hier die Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht und Unterverfassungsrecht heranziehen können.

100 Im deutschen Recht besteht mit Art. 79 Abs. 3 GG ein solcher Maßstab; im Falle der Änderung der Primärverträge im Unionsrecht (außerhalb des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens) haben die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge sehr viel weitergehende Vertragsänderungsmöglichkeiten, weil sie sich nicht notwendigerweise nach einem unionsrechtlichen Änderungsverfahren richten müssen; vielmehr besteht neben dem in Art. 48 Abs. 2 bis 5 EUV kodifizierten ordentlichen Vertragsänderungsverfahren schon aus völkerrechtlicher Sicht die Möglichkeit der Vertragsänderung außerhalb des Unionsrechts; vgl. auch zur Rechtsverdrängungsmacht durch den im Grundgesetz enthaltenen Vorrang des Art. 79 Abs. 3 GG *Jestaedt*, Selbststand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalen und internationalem Recht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XII, 3. Aufl. (2014), § 264, Rdnr. 19.

2. Gegenstand des Maßstabs

a) Maßstabsreichweite und -horizont

Neben dem ideengeschichtlichen Ausgangspunkt verschiedener Maßstäbe lassen sich diese nach ihrer inhaltlichen Zielrichtung unterscheiden. Normative Legitimationsmaßstäbe finden sich nämlich in Bezug auf verschiedene Untersuchungsgegenstände, die unabhängig voneinander von großem (rechts-)wissenschaftlichen Interesse sein können.

Auf die Frage der Verwaltungslegitimation bezogen, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt wurde, ergeben sich verschiedene Anknüpfungspunkte für eine Betrachtung legitimatorischer Aspekte, die über eine sehr spezielle und spezialisierte Dogmatik aufgenommen wurden. Vor allem wird bei der Betrachtung durch das Bundesverfassungsgericht dabei mittlerweile überwiegend auf das konkrete Handeln des Amtswalters Bezug genommen, dessen persönliche Legitimation zur Entscheidung für den Staat untersucht wird. Hier steht die konkrete nach außen wirksame Entscheidung der staatlichen Organe bzw. Entscheidungsträger im Mittelpunkt der Betrachtung: Das untersuchte Legitimationsobjekt ist das staatliche Handeln und damit die Ausübung von Staatsgewalt.¹⁰¹

Daneben existieren auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion Anknüpfungspunkte für verschiedene andere Betrachtungsweisen, die unter der Überschrift „demokratische Legitimation der Europäischen Union“ diskutiert werden und bei denen es sich im weiteren Sinne auch noch um Aspekte demokratischer Legitimation handelt. Hier finden sich verschiedenste Betrachtungen, die aus Völkerrecht oder nationalem Recht (Mindest-)Anforderungen an das Gesamtkonstrukt der Union oder spezieller Einheiten formulieren¹⁰² oder an bestimmte Aspekte der Funktionsweise

101 Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rdnr. 12; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (338 f.).

102 *Bleckmann*, Das europäische Demokratieprinzip, JZ 2001, 53; hinsichtlich der grundgesetzlichen Anforderungen an eine demokratische Funktionsweise der Europäischen Union erfolgt eine Beurteilung der Vereinbarkeit der Gesamtkonstruktion bei *BVerfG*, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 und *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009, BVerfGE 123, 267; in diese Richtung auch *Brosius-Gersdorf*, Die doppelte Legitimationsbasis der Europäischen Union, EuR 1999, 133.

von Union oder ihrer Organe.¹⁰³ Bei der Betrachtung der verschiedenen Demokratiemaßstäbe im Bereich des Unionsrechts kann deshalb für eine erste Einteilung danach unterschieden werden, an welchen Betrachtungsgegenstand diese Maßstäbe anknüpfen: ob sie Anforderungen an die Europäische Union als solche formulieren oder ganz konkret an bestimmtes Handeln bestimmter Organe und Stellen im Einzelfall.

Erstere allgemeine Anforderungen liegen regelmäßig dann vor, wenn die Legitimation „der Union“ oder „der Gesetzgebung“ betrachtet wird. Gerade auch Betrachtungen eines notwendigen Grades an Demokratie können als solche allgemeinen Maßstäbe verstanden werden. Daneben betrifft dies auch den Bereich der demokratischen Legitimation der Europäischen Rechtsetzung, der – insbesondere in Hinblick auf das Zusammenwirken von Mitgliedstaaten im Rat und dem Europäischen Parlament – große Beachtung findet. Steht hingegen im Mittelpunkt die Prüfung im Einzelfall, ob hinsichtlich einer konkreten Maßnahme eine aus rechtlicher Sicht erforderliche Legitimation hergestellt wurde, liegt ein Maßstab vor, der regelmäßig als Teil der Verwaltungslegitimation (und damit als dogmatischer Maßstab) angesehen wird. Ein solcher Maßstab hat dann nicht (nur) die Legitimation der (abstrakt-generellen) Rechtsetzung zum Gegenstand, sondern auch die demokratische Legitimation des Ergebnisses im Einzelfall.

Nur letztere Maßstäbe sollen nachfolgend im Mittelpunkt der Untersuchung stehen. Über die Hintertür kommt es dabei aber auch zur Betrachtung der zuvor genannten demokratischen Legitimation der Rechtsetzung: So kann ein Verwaltungslegitimationsmaßstab durch Berücksichtigung der sachlich-inhaltlichen Legitimationskomponente sehr wohl diese Aspekte beinhalten und damit zum Gegenstand seiner Prüfung machen. Für diese Untersuchung soll es dabei allein auf solche Maßstäbe ankommen, welche die positiv-rechtliche Legitimation einer konkreten Ausgangsentscheidung betreffen und hierfür innerhalb einer Rechtsordnung festlegen, welche Anforderungen sich für die inhaltliche Rechtfertigung im konkreten Einzelfall ergeben.

103 Vgl. hinsichtlich der Gesetzgebung *Streinz*, Die demokratische Legitimation der Rechtssetzung der Europäischen Gemeinschaft, *ThürVBL* 1997, 73; hinsichtlich der Rechtsprechung *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006).

b) Inhaltliche Einschränkung

Inhaltlich ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten durch die besondere Nähe von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip. Wird nämlich das Demokratieprinzip in seiner Dogmatik genau wie Elemente des Rechtsstaatsprinzips ausgelegt, fällt eine Abgrenzung der jeweiligen spezifischen Gehalte schwer, weil sie sich in ihren Wirkungen nicht mehr unterscheiden.¹⁰⁴

Ganz allgemein lassen sich Unterschiede ideengeschichtlich aber am Anknüpfungspunkt erkennen: Während das Rechtsstaatsprinzip auf formelle (beispielsweise grundrechtlich geschützte Verfahrensaspekte) und materielle Vorgaben (Vorgaben zur materiellen Rechtslage können sich aus Grundrechten und allen sonstigen Vorschriften ergeben) eingeht, liegt der Schwerpunkt des demokratischen Prinzips auf den inhaltlichen Aspekten nur hinsichtlich ihrer Rückführbarkeit (auf das Volk). Demokratie beschreibt damit weniger einen Zustand als ein Verfahren. Deshalb beschränken sich die materiellen Vorgaben auf Regelungen, die formelle Vorgaben treffen (insoweit besteht die materielle Vorgabe darin, dass nicht nur formell eine Entscheidung demokratiekonform zustande gekommen sein muss, sondern durch diese Entscheidung auch demokratiekonforme Weiterentwicklungen möglich sein müssen).

Da es weder aus übergeordnetem Recht noch aus der Natur der Sache vorgegebene konkrete rechtsinhaltliche Vorgaben für ein Gebot demokratischer Legitimation gibt, führt die grundsätzliche Offenheit¹⁰⁵ des Demokratieprinzips dazu, dass verschiedene Rechtsordnungen teilweise stark differierende konkrete Vorstellungen von einer Ausgestaltung demokratischer Ideen als Rechtsmaßstab haben. Ein Suchmaßstab muss sich daher auf die allgemeiner gesehene Verknüpfung von Volk und Staatsgewalt zurückziehen und rechtlich aufgegebene Anknüpfungspunkte und Vermittlungsfunktionen betrachten. Schwierigkeiten ergeben auch für den Begriff des Verwaltungsrechts, der selbst vielschichtig und damit Gegenstand verschiedener Betrachtungsweisen ist. Zum einen beschreibt dieser Begriff ein Rechtsgebiet, beschäftigt sich also mit spezifisch rechtsdogmatischen Fra-

104 Vgl. zur Nähe beider Prinzipien *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 33, Rdnr. 2 f.

105 Mit der Offenheit des Demokratieprinzips sei hier keine inhaltliche Beliebigkeit gemeint, sondern eine (verfassungs-)gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit, vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung (1993), S. 146.

gestellungen. Zum anderen wird mit dem Verwaltungsrecht mittlerweile auch eine eigene Disziplin der Wissenschaft angesprochen.¹⁰⁶

(1) Arten demokratischer Aspekte

Um die wohl schwierigste Einordnung dürfte es sich damit bei der inhaltlichen Abgrenzung des Maßstabs handeln. Was nämlich als spezifisch *demokratischer* Maßstab angesehen werden kann, ergibt sich erst aus einem zugrundeliegenden Demokratieverständnis und damit gerade nicht mehr aus einem kategorialen Unterschied. Das Problem dabei ist, dass der Begriff der Demokratie einen Allerweltsbegriff darstellt¹⁰⁷ und in verschiedensten Kontexten und in völlig unterschiedlichen inhaltlichen Ausrichtungen bemüht wird.¹⁰⁸ Insbesondere, wenn es um die Kombination demokratischer Vorstellungen mit der Vollziehung des Gesetzes geht, sind verschiedene Lösungsansätze denkbar, die auch eine eigene Demokratisierung der Verwaltung beinhalten könnten.¹⁰⁹

Auch für die sich anschließenden Fragen zur Delegation von Entscheidungsbefugnissen kann nicht einmal ansatzweise davon ausgegangen werden, dass sachnotwendig bestimmte Verantwortungszusammenhänge abzuleiten seien, weil jede Bestimmung eines tatsächlichen Volkswillens (mangels tatsächlicher Existenz eines solchen) ohnehin völlig ausgeschlossen ist. Damit kann zwar die Vermittlung eines vom Verfassungsgeber fiktiv angenommenen und an diese Stelle gesetzten Willens nachvollziehbar sein, dies bedarf allerdings vereinfachender Annahmen zu Existenz und Weitervermittlung des Volkswillens.¹¹⁰

106 Möllers, Methoden, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 3, Rdnr. 1.

107 *Bumke/Voßkuhle*, *Casebook Verfassungsrecht*, 6. Aufl. (2013), Rdnr. 1296.

108 Vom „missbrauchtesten“ aller politischen Begriffe spricht *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1. Aufl. (1920), S. 3.

109 Die demokratische Wahl nur der obersten Exekutivorgane stelle dabei keineswegs die einzige theoretische Möglichkeit dar, vgl. *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. (1929), S. 71 ff. mit Überlegungen zur denkbaren Demokratisierung durch Kollegialsysteme, die allerdings auch eine Gefahr für die gesetzgeberisch hergestellte Demokratie und Rechtsstaatlichkeit darstellen könnte.

110 Vgl. zur Hinterfragung der häufig als sachnotwendig angesehenen Delegationsprinzipien *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. (1929), S. 38 ff.

Eine abschließende Klärung des Begriffes der Demokratie soll auch hier nicht beabsichtigt werden: zum einen wegen der begrifflichen und definitorischen Schwierigkeiten, zum anderen aber auch wegen der mangelnden Auswirkungen für die konkret zu untersuchenden Maßstäbe. Dass man nämlich zumindest innerhalb Europas Demokratie allgemein mit Parlamentarismus und dem Mehrheitsprinzip verbindet und dass sich die Vorstellungen zumindest regional recht weit angenähert haben, steht außer Zweifel.

Deshalb sollen hier unter den allgemein vertretenen Demokratiemaßstäben insoweit auch nur ganz spezifische Maßstabsaspekte berücksichtigt werden, die nämlich nicht ausschließlich allgemeine Demokratievorstellungen zum Gegenstand haben, sondern bereits konkrete Konsequenzen für Verantwortungszusammenhänge beinhalten. Danach richtet sich, ob beispielsweise formale Zusammenhänge als spezifisch demokratisch angesehen werden sollen oder ob und inwieweit auch substantielle Demokratieanforderungen wie beispielsweise Mitwirkungs- oder Transparenzelemente enthalten sein können. Nicht immer ist allerdings eine explizite Benennung als Legitimationsmaßstab erforderlich; vielmehr ist es leicht vorstellbar, dass sich derartige Demokratie- oder Legitimationsmaßstäbe in eher technisch anmutenden, nicht auf den ersten Blick demokratischen Vorgaben finden.

(2) Vorliegen eines Legitimationsmaßstabs

Besonders anschaulich lässt sich diese Abgrenzungsfrage an der Zulässigkeit einer Delegation von Entscheidungsbefugnissen mit Einräumung eines Ermessens und der Beurteilung von notwendigen Verantwortungsbeziehungen erkennen. Nach deutschem Verständnis (geprägt durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts) wird die Zulässigkeit der Delegation anhand des Maßstabs des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG mit der Bezeichnung als notwendig herzustellende demokratische Legitimation als relevantem Prüfungsmaßstab herangezogen. Hier handelt es sich um die zentrale Demokratievorschrift des Grundgesetzes; die Diskussion über die praktischen Auswirkungen und Anforderungen ist jedoch eine stark rechtsdogmatisch geprägte, weil detaillierte Einzelanforderungen aus der Vorschrift abgeleitet wurden.¹¹¹ Wegen dieser dogmatischen Prägung

111 Vgl. zur Dogmatik des Art. 20 Abs. 2 GG Kapitel III.A.

wird man das Prinzip auch zugleich als Teil des Rechtsstaatsprinzips ansehen müssen.¹¹²

Vergleichbare Diskussionen zur Zulässigkeit der Delegation von Entscheidungsbefugnissen werden im Unionsrecht regelmäßig anhand der sogenannten *Meroni*-Rechtsprechung als Fragen des notwendig einzuhaltenen institutionellen Gleichgewichts diskutiert,¹¹³ aber auch – vor allem in der deutschen Rechtswissenschaft – als Element der demokratischen Verwaltungslegitimation angesehen und damit am Maßstab der Art. 9 bis 12 EUV gemessen und beurteilt^{114, 115}

Als Kontrast dazu werden im österreichischen Recht derartige Fragen nicht anhand des ähnlich formulierten Demokratieprinzips (vgl. Art. 1 B-VG: „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“) diskutiert, sondern anhand der speziell für Delegationsfragen maßgeblichen Vorschrift des Art. 20 Abs. 2 B-VG beurteilt.¹¹⁶ Inhaltlich

112 Vgl. zur Nähe zwischen rechtsstaatlichen und demokratischen Legitimationsgründen *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 33, Rdnr. 2 ff.

113 *EuGH*, Urt. v. 13.06.1958, Slg. 1958, 16; *EuGH*, Urt. v. 13.06.1958, Slg. 1958, 57 (vgl. dazu Kapitel IV.C.1).

114 *Griller/Orator*, Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of the *Meroni* doctrine, ELJ 35 (2010), 3 (vgl. dazu Kapitel IV.D.2.b)); allerdings werden derartige Anforderungen auch dem EUV zugeschrieben, vor allem in der deutschsprachigen Kommentarliteratur (vgl. dazu Kapitel IV.B).

115 Dabei soll hier weniger die Frage im Mittelpunkt stehen, ob wie bei *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. (1929), S. 81 die Gewaltenteilung als spezifisch demokratisches Prinzip angesehen werden könne, sondern einzig die funktionale Auswirkung der so judizierten Gewaltenteilungs- bzw. Gleichgewichtsdiskussion.

116 Art. 20 Abs. 2 österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) in der zuletzt durch Änderungsgesetz vom 8. Juni 2016 (BGBl. I Nr. 41/2016) geänderten Fassung lautet: „(2) Durch Gesetz können Organe 1. zur sachverständigen Prüfung, 2. zur Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, 3. mit Schieds-, Vermittlungs- und Interessenvertretungsaufgaben, 4. zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht, 5. zur Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien und zur Förderung der Medien, 6. zur Durchführung einzelner Angelegenheiten des Dienst- und Disziplinarrechts, 7. zur Durchführung und Leitung von Wahlen, oder, 8. soweit dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist, von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden. Durch Landesverfassungsgesetz können weitere Kategorien weisungsfreier Organe geschaffen werden. Durch Gesetz ist ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen, zumindest das Recht, sich über alle

nähern sich damit die Maßstäbe zum deutschen Recht sehr stark an, technisch gesehen handelt es sich hier aber um eine rechtsstaatliche Vorgabe wie andere Zulässigkeitsfragen auch und kann daher noch eher als Teil des Rechtsstaatsprinzips angesehen werden. Dadurch zeigt sich, dass eine allzu (rechts-)technische Abgrenzung zur Abgrenzung zwischen Elementen des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips unzweckmäßig ist, weil vergleichbare inhaltliche Regelungen ansonsten an unterschiedlicher Stelle und kaum vergleichend diskutiert werden könnten.

(3) Rechtsvergleichende Methodik

Als sinnvoller erweist sich hier eine funktionale Abgrenzung, wie sie als gebotene Methode für die Rechtsvergleichung angenommen wird.¹¹⁷ Dem zugrunde liegt das Bewusstsein, dass unterschiedliche Fragen rechtlicher Art in verschiedenen Rechtsordnungen verschieden verortet und diskutiert werden. Deshalb wird eine funktionale Betrachtung dahingehend vorgenommen, welche Zwecke mit bestimmten Rechtsregelungen verfolgt werden und wie die gleichen praktischen Fragen in ihrer Gesamtheit in anderen Rechtsordnungen gelöst werden.¹¹⁸ Damit soll die Problematik umgangen werden, dass durch bereits grundlegend verschiedene Regelungsansätze Einzelaspekte gerade nicht mehr vergleichbar sein können.¹¹⁹

Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten, und – soweit es sich nicht um Organe gemäß den Z 2, 5 und 8 handelt – das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abzuverufen.“; dazu *Grabenwarter*, Die demokratische Legitimation weisungsfreier Kollegialbehörden in der staatlichen Verwaltung, in: *Haller/Kopetzki/Novak/Paulson/Raschauer/Ress/Wiederin* (Hrsg.), Staat und Recht (1997), S. 272 ff.

117 Vgl. zur funktionalen Rechtsvergleichung *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015), S. 93 f.; dass die Rechtsvergleichung jedoch noch nicht ansatzweise so weit ist, dass ein gesicherter Methodenkanon bestehen würde, beschreiben *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. (1996), S. 32.

118 Dabei nimmt die funktionale Rechtsvergleichung verschiedene Komponenten als eine Synthese auf: eine deskriptive, weil hierdurch die Andersartigkeit der verschiedenen Rechtsordnungen berücksichtigt werden kann, und eine Anwendungs-komponente, weil auch Auswirkungen auf die eigene Rechtsordnung als bedeutsam wahrgenommen werden können, *Möllers*, Gewaltengliederung (2005), S. 7 f.

119 Das Lehrbeispiel für diese Problematik stellen privatrechtliche Regelungen dar, die durch die verschiedenen großen Rechtssysteme völlig unterschiedlich ausgestaltet sind, für viele tatsächlich gleiche Sachverhalte aber zu ähnlichen Lösungen kommen (beispielhaft: Formvorschriften in Kaufverträgen vs. Schutz der

Zwar werden gegen den funktionalen Ansatz der Rechtsvergleichung gewichtige Gründe angeführt, die hinsichtlich der Aspekte des kulturellen Kontexts und der notwendigen Neutralität des Rechtsvergleichers¹²⁰ gerade im verfassungsrechtlichen Bereich und wegen des Demokratiebezugs hochemotionalen Rahmens besonders aktuell würden.

Gerade, weil im deutschen Verfassungsrecht mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG und sonstigen Inbezugnahmen die Bedeutung des Demokratieprinzips sehr groß ist und die Reichweite der Auswirkungen von grundlegend politischen Zielsetzungen bis hin zu einer detailreichen Dogmatik zur Verwaltungslegitimation eine große inhaltliche Vielschichtigkeit erreicht wird, ist die Bestimmung eines Funktionsbereichs der zu vergleichenden Rechtslagen nicht einfach möglich. Zudem wird der funktionale Ansatz dafür kritisiert, dass die notwendigen Kontexte einer Rechtsordnung nicht ausreichend gewürdigt würden und damit eine zu starke Betonung der positiven Gesetzeslage im Verhältnis zur tatsächlichen Anwendung in der Wirklichkeit erfolge.¹²¹ Nicht außer Acht lassen darf man dabei auch, dass die hier vorgestellten Ansätze zur Rechtsvergleichung der Privatrechtsvergleichung¹²² entstammen und anders als dort im verfassungs- und staatsorganisationsrechtlichen Bereich nicht nur (oftmals vergleichbare) Interessenlagen der Beteiligten zu berücksichtigen sind, sondern schlicht politische Wertungsfragen, deren Lösungen sich – je nach Rechtstradition und historischen Erfahrungen – sehr viel stärker unterscheiden können, weil es in deutlich geringerem Maße auf die Interessen privater Beteiligter ankommt.

Beteiligten vor übereilten Entscheidungen), vgl. dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. (1996), S. 33, *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015), S. 94.

120 Dabei werde dem funktionalen Ansatz vorgeworfen, nicht tief genug in die kulturellen Gegebenheiten einzusteigen und durch die Prägungen der eigenen Rechtsordnung den in den erforderlichen Länderbericht einzustellenden Inhalt zu sehr präge, *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015), S. 98 f.

121 *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015), S. 100 f.; vergleichbare Vorwürfe kommen auch aus Richtung der Neuen Verwaltungswissenschaft gegenüber der Juristischen Methode und deren Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft, vgl. *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (2012), § 1, Rdnr. 9.

122 Vgl. zu den Betrachtungen einzig des Privatrechts bei *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. (1996), S. 36 ff. mit dem Verweis auf das eher „unpolitische“ Privatrecht (S. 39) und *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015), S. 92 ff.

Deshalb ist es erforderlich, bei einem Vergleich der deutschen Rechtslage und der des Unionsrechts genau zu überprüfen, welche inhaltlichen Anforderungen an die Delegation von Entscheidungsbefugnissen in ihrer Gesamtheit gestellt, und auch, wie streng die (zunächst) aufgestellten Maßstäbe ausgelegt und angewendet werden. So legt die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gebot demokratischer Legitimation der Verwaltung spätestens seit der Entscheidung zu den Wasserverbänden¹²³ nahe, dass die materiellen Anforderungen – bei insoweit unveränderter Gesetzeslage – an die Rückbindung aller hoheitlicher Entscheidungen an das Staatsvolk in seiner Gesamtheit mittlerweile als deutlich gelockert angesehen werden müssen.

Darüber hinaus bietet es sich an, nicht nur das Verständnis der Rechtsprechung zugrunde zu legen, das naturgemäß nur bei der Entscheidung über Streitfälle entwickelt werden kann, sondern auch das grundlegende Verständnis dieser Anforderungen durch die sonst (primär) zur Normanwendung berufenen Akteure wie Gesetzgeber¹²⁴ und Verwaltung. Zwar kann letzteres keine verbindliche Einschätzung von (grund-)gesetzlichen Vorgaben bedeuten, wohl aber konkretisiert sich das grundgesetzlich vorgegebene Demokratieprinzip erst im gesamten Verwaltungsaufbau, weshalb zumindest die Handhabung des verfassungsrechtlichen „Normalfalls“ nicht unberücksichtigt bleiben sollte.

(4) Auswahl inhaltlicher Abgrenzungskriterien

Unabhängig von Art und Ort der rechtlichen Einbindung derartiger Anforderungen in eine Rechtsordnung sollten alle Maßstäbe als möglicher Gegenstand angesehen werden, welche die Herstellung von politisch-inhaltlicher Verantwortlichkeit als inhaltlicher Rechtfertigung staatlicher Entscheidungen und hierfür erforderliche Mindestanforderungen zum Gegenstand haben und damit auch als Rechtfertigung für die verfassungstheoretische Ausnahme (und den verfassungsrechtlichen Normalfall) dienen, dass nicht das Volk, sondern ein Organ des Staates in dessen Namen

123 BVerfG, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (vgl. dazu Kapitel III.C.19).

124 Nach hier zugrunde gelegtem Verständnis ist auch der Gesetzgeber insoweit Teil der Normanwendung, als er selbst durch das Grundgesetz gebunden ist und soweit er in gewisser Weise an der Normkonkretisierung beteiligt ist.

und für dieses handelt.¹²⁵ Daneben sollen aber auch derartige Maßstäbe, die ohne explizite Nennung eines (demokratischen) Grundes rechtliche Grenzen für zulässige Delegationen an bestimmte Entscheidungsträger vorsehen, im Fokus der Betrachtung stehen. Damit sind vor allem Fragen nach der Zulässigkeit von Delegation (politischer) Entscheidungskompetenz und inhaltlich-materieller Verantwortlichkeit innerhalb des Staatsaufbaus für Entscheidungen umfasst.

Gemessen hieran erscheint es sinnvoll, die eben genannten Regelungen der drei verschiedenen Rechtsordnungen als Legitimationsmaßstäbe im Sinne der hier durchzuführenden Untersuchung zu definieren: Zur Dogmatik des Art. 20 Abs. 2 GG gehört damit jedenfalls die Frage für das Verständnis der deutschen (Verfassungs-) Rechtswissenschaft nach einem ausreichenden Legitimationsniveau, das sich wiederum durch Kombination bestimmter personeller und materieller „Verantwortungselemente“ zusammensetzt. Damit stellt sich die Frage der Einhaltung des Maßstabs besonders bei der Zulässigkeit der Delegation von Entscheidungsbefugnissen.¹²⁶ Ähnliche Anforderungen ergeben sich aus Art. 20 Abs. 2 Satz 3 B-VG, der über den Maßstab der „angemessenen Aufsichtsrechte“ eine vergleichbare Prüfung im Einzelfall ermöglicht und insofern die Grenzen für eine zulässige Delegation von Entscheidungsbefugnissen an andere Stellen vorsieht. Auch für den Prüfungsmaßstab des Unionsrechts zum „institutionellen Gleichgewicht“ empfiehlt sich eine Zuordnung zu den Legitimationsmaßstäben. Wenn sich auch nicht alle Aspekte der im deutschen Recht zur Legitimation diskutierten Fragestellungen zu diesem Themenkomplex rechnen lassen,¹²⁷ spricht gerade das Verständnis des EuGH, der Fragen

125 Vgl. zu der nur fiktiv möglichen Annahme des einheitlichen Volkswillens *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. (1929), S. 23 ff., zu der notwendigen Delegation bei arbeitsteiligem Handeln aber *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. (1929), S. 29 f.

126 Vgl. zur Delegation auf Arbeitnehmer *BVerfG*, B. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (vgl. dazu Kapitel III.C.15), auf Gebietsbetroffene *BVerfG*, B. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (vgl. dazu Kapitel III.C.19) oder auf private Wirtschaftsteilnehmer *BVerfG*, Urt. v. 18.01.2012, BVerfGE 130, 76 (vgl. dazu Kapitel III.C.34) oder *BVerfG*, Urt. v. 28.01.2014, BVerfGE 135, 155 (vgl. dazu Kapitel III.C.37).

127 Durch die Prüfung des institutionellen Gleichgewichts finden jedenfalls diejenigen Konstellationen keinen Anknüpfungspunkt, in denen eine Delegation von Entscheidungsbefugnissen innerhalb eines Organs stattfindet: Delegiert die Kommission somit eine Entscheidung an eine weisungsfrei gestellte Einrichtung, die jedoch nur von der Kommission und nicht von anderen Organen eingerichtet ist, könnten sich Verantwortlichkeitsfragen stellen, die nicht über den Maßstab des „institutionellen Gleichgewichts“ erfasst werden könnten.

der zulässigen Reichweise der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf Dritte und die politische Verantwortung für die hierauf basierenden Entscheidungen diskutiert, für eine solche Einordnung.

3. Notwendigkeit einer Rechtsfolge

Neben der Quelle eines (Rechts-)Maßstabes ist die sich jeweils an ihn anschließende Rechtsfolge von entscheidender Relevanz, weil grundsätzlich nicht jede Feststellung einer Rechtswidrigkeit auch automatisch zu einer Rechtsunwirksamkeit führen muss.¹²⁸ Charakteristisch für einen Maßstab des positiven Rechts ist dabei vor allem die Existenz einer Rechtsfolge, die von der Rechtsordnung an diesen Maßstab beziehungsweise seine Nichteinhaltung geknüpft wird. Am deutlichsten ist ein solcher Rechtsmaßstab dann zu erkennen, wenn die Verknüpfung von Maßstab und Rechtsfolge auch textlich unmittelbar zusammenhängen.¹²⁹ Dabei kann die Folge einer Nichtbeachtung des Maßstabs sich direkt aus der Norm selbst ergeben¹³⁰ oder im Zusammenspiel mit weiteren Rechtsnormen – wie bestimmten Regelungen des (Verfassungs-)Prozessrechts – abgeleitet werden.¹³¹

128 Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten unter besonderer Herausstellung des „Fehlerkalküls“ *Adolf Julius Merkl*s bei *Jestaedt*, Selbstand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalen und internationalem Recht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl. (2014), § 264, Rdnr. 42.

129 Die Deutlichkeit ist dabei keineswegs rechtstechnisch für die Rechtsfolge mitbestimmend, kann aber im außerrechtlichen Bereich bedeutsame Auswirkungen haben – gerade in politischen Diskussionen helfen klar und unmissverständlich formulierte Regelungen den Akteuren beim Verständnis von Art und Reichweite der jeweiligen Norm.

130 Sehr deutlich wird dies beispielsweise in Art. 20 Abs. 1 Sätze 2 und 3 österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) in der zuletzt durch Änderungsgesetz vom 8. Juni 2016 (BGBl. I Nr. 41/2016) geänderten Fassung: „Sie [die Organe] sind den ihnen vorgesetzten Organen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und, soweit in Gesetzen gemäß Abs. 2 nicht anderes bestimmt ist, an deren Weisungen gebunden. Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.“

131 Die Rechtsfolge für den Verstoß gegen Vorgaben des Grundgesetzes ist nur in den wenigsten Fällen direkt im Grundgesetz vorgesehen: Neben den im Grundgesetz enthaltenen expliziten Rechten von Organen ist beispielsweise im

Im Zusammenhang mit der Entwicklung der Dogmatik demokratischer Legitimation durch das Bundesverfassungsgericht ist diese Verknüpfung des Demokratiemaßstabs mit vorgegebenen Rechtsfolgen in der Entscheidungsformel des Gerichts in den bisherigen Entscheidungen über einen Verstoß gegen den jeweiligen rechtlichen Maßstab anschaulich zu erkennen. Besonders deutlich wird dies bei Feststellung der Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Regelung mit den Vorgaben des Demokratieprinzips und der sich daran anschließenden Rechtsfolge der Nichtigkeit dieser entsprechenden Vorschrift.¹³² Daneben kann sich die Rechtsfolge auch aus der Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung bei Verstoß gegen einen bestimmten rechtlichen Maßstab ergeben, die in den meisten Fällen eine Rückverweisung an ein Gericht zur Konsequenz hat.¹³³

Daneben besteht die häufiger im Verfassungsrecht zu beobachtende Möglichkeit, dass sich an einen Verfassungsverstoß einer Vorschrift zunächst nur die Feststellung der Unvereinbarkeit knüpft, die mit einer gesetzlichen Nachbesserungsfrist innerhalb eines bestimmten Zeitraums verbunden wird, weil dem Gesetzgeber eine eigenständige und selbstverantwortete Entscheidung über die Problembewältigung aufgegeben wer-

Zusammenhang mit den Staatsorganisationsprinzipien in Art. 20 Abs. 4 GG mit dem Widerstandsrecht eine Rechtsfolge durch das vorliegende Widerstandsrecht enthalten; für die meisten Fälle sind deshalb die Vorgaben des BVerfGG entscheidend, vor allem § 31 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BVerfGG, welche die möglichen Rechtsfolgen der Nichtigkeit oder der Feststellung der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz vorsehen.

- 132 Vgl. insoweit beispielhaft folgende Tenorierungen: „§ 13a Absatz 4 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Dezember 1974 (Gesetz- und Verordnungsbl. 1975, S. 91) verletzt die Grundrechte der Beschwerdeführer aus Artikel 3 Grundgesetz und ist mit Artikel 20 Absatz 1 und Absatz 2 Grundgesetz unvereinbar und daher nichtig.“ (*BVerfG*, B. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (254)); „Das schleswig-holsteinische Gesetz zur Änderung des Gemeinde- und Kreiswahlgesetzes vom 21. Februar 1989 (Gesetz- und Verordnungsbl. Seite 12) ist mit Artikel 28 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig.“ (*BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (37)); „§ 6 Absatz 2, § 21 Absatz 1 Satz 2 und § 22 Satz 2 des Gesetzes über die Wahl zu den Bezirksversammlungen [...] sind mit Artikel 28 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 2 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig. Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe b) des Gesetzes zur Einführung des Wahlrechts für Ausländer zu den Bezirksversammlungen ist damit gegenstandslos.“ (*BVerfG*, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (60 f.)).
- 133 Vgl. zuletzt zur Aufhebung einer individuellen Entscheidung samt Zurückverweisung aufgrund einer (vermeintlichen) *ultra vires*-Konstellation *BVerfG*, B. v. 15.12.2015, BVerfGE 140, 317.

den soll.¹³⁴ Bei einem Organstreitverfahren hingegen kommt es regelmäßig im Erfolgsfalle nur zu einem Ausspruch, der sich auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer bestimmten Handlung beschränkt, weil eine gesetz- und rechtmäßige Antwort der betroffenen Verfassungsorgane vorausgesetzt wird.¹³⁵ Vergleichbare Folgen können sich anknüpfen, wenn sich ein Beschwerdeführer mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung der Exekutive richtet.¹³⁶

Theoretisch auch denkbar ist eine nach Adressaten differenzierte Rechtsfolge. Zwar kennen weder das Grundgesetz noch das BVerfGG eine diesbezügliche Vorschrift, die sich ausschließlich (im Sinne einer gesetzgeberischen Optimierungsverpflichtung) an den Gesetzgeber richten würde und keine weitergehenden Rechtswirkungen entfalten würde. Jedoch ist eine entsprechende Wirkung prozessual denkbar, wenn ein objektiver Verfassungsverstoß wegen einer notwendigen Verletzung in eigenen subjektiven Rechten nicht gerügt werden kann.¹³⁷ Rechtstheoretisch ist also keinesfalls ausgeschlossen, dass eine bestimmte Verwaltungsorganisationskonstruktion sich zwar gemessen an einem Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation als rechtswidrig erweist, dieses aber gleichzeitig nicht auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung (des konkret zu legitimierenden Staatshandelns) durchschlägt. Dies wird einzig durch die Fehlerfolgenregelung

134 Vgl. die Vorgabe einer maximalen Anwendungsfrist mit Festlegung der späteren Unanwendbarkeit bei *BVerfG*, Urt. v. 20.12.2007, BVerfGE 119, 331.

135 Vgl. im Umfang des Erfolgs der Klagen nur die Entscheidungsformeln bei *BVerfG*, Urt. v. 21.10.2014, BVerfGE 137, 185 und *BVerfG*, Urt. v. 02.06.2015, BVerfGE 139, 194.

136 Hier kommt auch eine Kombination der Nichtigerklärung einer Norm zusammen mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer behördlichen Einzelfallentscheidung in Betracht, ohne dass vom Gericht explizit die korrekte Behebungsmöglichkeit vorgegeben wird, vgl. *BVerfG*, B. v. 10.11.2015, BVerfGE 140, 229; aus der Entscheidung lässt sich konkret jedoch ableiten, wie in einem nachfolgenden weiteren behördlichen Verfahren der entsprechende Rechtsverstoß ausgeschlossen werden kann; insoweit besteht in der Sache eine gewisse Ähnlichkeit zum gerichtlichen Ausspruch nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, der die Verbescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts vorsieht; vgl. zu den Handlungspflichten der Verfassungsorgane kürzlich auch *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, BVerfGE 142, 123 (Rdnr. 166 f.), das eine Vergleichbarkeit mit der grundrechtlichen Schutzpflichtendimension nahelegt.

137 Hier wird auf prozessualen Weg in der praktischen Rechtswirkung die gleiche Rechtsfolge erreicht, jedoch wird hierdurch nicht der Anwendungsbereich der entsprechenden Vorschrift beschränkt.

im positiven Recht bestimmt und kann sich rechtsgebietsspezifisch unterschiedlich darstellen.¹³⁸

Soweit aus nationalen Staatsstruktur- und Integrationsvorschriften für die weitere europäische Integration, aber auch für völkerrechtliche Verträge gefolgert wird, dass eine Hinwirkungspflicht (beispielsweise zu stärkerer Berücksichtigung demokratischer Prinzipien) durch die an der Verhandlung beteiligten Mitgliedstaaten bestehe, wird deshalb zu unterscheiden sein: Eine rechtliche Auswirkung auf das materielle Verhandlungsergebnis wird insoweit nicht angenommen werden können, als nicht die Unvereinbarkeit (des Zustimmungsgesetzes) mit dem Grundgesetz festgestellt wird und insoweit gesetzgeberische Nachbesserungspflichten explizit vorgegeben werden.¹³⁹ Eine sonstige rechtliche Auswirkung wäre allenfalls durch eine Organverpflichtung zur Hinwirkung auf einen bestimmten (Rechts-)Zustand möglich.¹⁴⁰

4. Zusammengefasste Maßstabskriterien

Fasst man diese genannten Kriterien zusammen, ergibt sich für die weitere Untersuchung ein sehr spezifischer Suchmaßstab, der unzweifelhaft viele vertretenen Maßstabsansätze aussondern bzw. für eine sehr genaue Abgrenzung zu ihnen sorgen kann: Im Fokus dieses Maßstabs stehen dabei normativ-positivierte Rechtsmaßstäbe des Unionsrechts und des deutschen Verfassungsrechts für das Verwaltungshandeln, die sich im weitesten Sinne mit der Verortung politischer Entscheidungsverantwortlichkeit und den damit zusammenhängenden Mindestanforderungen vor allem an die Verwaltungsorganisation beschäftigen. Aus der Kategorisierung als Rechtsmaßstab soll sich dabei auch eine rechtlich-verbindliche Konsequenz her-

138 Nach dem Ansatz der deutschen Rechtsordnung bietet dabei die Dogmatik zu Art. 2 Abs. 1 GG einen umfassenden Anhaltspunkt für die umfassende Berücksichtigung objektiver Rechtmäßigkeitsanforderungen bei Vorliegen eines grundrechtlichen Bezugs; denkbar wäre hier jedoch auch eine Abstufung nach der Zielrichtung bestimmter objektivrechtlicher Anforderungen.

139 So beispielsweise die vom Gericht vorgenommene Tenorierung bei *BVerfG*, Urt. v. 12.09.2012, *BVerfGE* 132, 195, die bestimmte innerstaatliche Organverpflichtungen vorsah, bevor der Vertrag (aus deutscher Sicht) in Kraft treten durfte.

140 So jedenfalls die Annahme der Antragstellerseite im Verfahren *BVerfG*, B. v. 14.01.2014, *BVerfGE* 134, 366 wegen der einzig möglichen Überprüfbarkeit der Mitwirkung der deutschen Vertreter an einem unionalen Einzelrechtsakt jedenfalls im Rahmen der Verfassungsbeschwerde.

leiten lassen, damit er geeignet ist, rechtliche Folgen durch Nichtbeachtung auszulösen. Erst im Anschluss daran wird man nämlich auf tatsächlicher Ebene von einer ernstzunehmenden (nicht nur politischen) Hürde¹⁴¹ für die Staats- und Verwaltungsorganisation für Pluralisierungs- und Selbstständigkeitstendenzen in der Verwaltungsorganisation durch einen solchen Maßstab sprechen können. Wenn ein Maßstab im jeweiligen Recht diesen Voraussetzungen genügt, soll dieser im Folgenden als „harter“ und damit wirksamer Rechtsmaßstab demokratischer Legitimation angesehen werden.

C. Gang der Untersuchung

Ausgehend von den hier entwickelten technisch-dogmatischen Maßstabskriterien soll eine Betrachtung der verschiedenen, die Diskussion um die demokratische Legitimation der Verwaltung prägenden Ansichten vor allem auf ihren methodisch denkbaren Bedeutungsgehalt hin unternommen werden. Diese Form der Diskursanalyse soll vor allem dazu dienen, die jeweiligen disziplinären Teildiskussionen zu schärfen und dadurch zu erleichtern, dass eine bessere Zuordnung zu den verschiedenen Disziplinanätzen erfolgen kann.

Zunächst soll dabei eine Betrachtung der Diskussion um die grundgesetzliche demokratische Legitimation (der Verwaltung) erfolgen, wie sie sich aus Literatur und der Rechtsprechung darstellt. Im Anschluss soll eine vergleichbare Betrachtung des rechtswissenschaftlichen Diskurses um Art und Reichweite der Legitimationsanforderungen nach dem Recht der Europäischen Union vorgenommen werden. Damit soll die Grundlage für eine Beurteilung anhand der oben skizzierten Maßstabskriterien geschaffen werden, die eine Antwort auf die Frage nach der Existenz vergleichbarer Demokratiemaßstäbe geben kann.

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