

Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen

– Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen –

Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagron***

I. Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht	396
II. Die Entwicklungskräfte: Gerichte, Wissenschaft und die zunehmend wichtige Rolle der Gesetzgebung	399
1. Die dominierende Rolle des Conseil d’Etat (CE)	400
2. Bundesverfassungsgericht, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsrechtswissenschaft	404
3. Gemeinsamkeit: Justizzentriertheit des Verwaltungsrechts	406
4. Ein zunehmend wichtiger Akteur: der Gesetzgeber	407
a) Datenschutz und Aktenzugang	408
b) Kooperationsbeziehungen zwischen Staat und Gesellschaft	409
c) Steuerungsaufgaben jenseits des Richterrechts	412
III. Die Entwicklungsperspektive: Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts	413
1. Die Entwicklung unter dem Grundgesetz	414
2. Die Ausstrahlungen des “ <i>bloc de constitutionnalité</i> ”	417
a) Stellung des Conseil constitutionnel	417
b) Erscheinungsformen der Konstitutionalisierung	419
3. Die Zukunft des Konstitutionalisierungsgedankens	422
a) Gefahren methodischer und struktureller Verzerrungen	423
b) Die Rolle europäischer Verfassungstexte	424
IV. Das demokratische Prinzip und seine Bedeutung in der Reformdiskussion des Verwaltungsrechts	425
1. Deutschland: Demokratie als pluralistisches Formprinzip	426
a) Das “klassische” Legitimationsmodell aus dem Jahre 1990	427
b) Kritik und Fortentwicklung	429
2. Frankreich: Vielfalt der Legitimationsquellen	430
3. Die Rolle des parlamentarischen Gesetzes	433
a) Unterschiedliche Ausgangspunkte	433
b) Tendenzen der Annäherung	434
4. Die Bedeutung eines veränderten Haushaltsrechts	437
a) Die Situation in Frankreich	437
b) Die Situation in Deutschland	441
5. Unabhängige Agenturen in der parlamentarischen Demokratie	443
a) Vielfältige Erscheinungsformen in Frankreich	443
aa) Begriffsmerkmale	445
bb) Probleme demokratischer Legitimation	447
b) Unsicherer Diskussionsstand in Deutschland	449

* Dr. Dr.h.c. (Athen), em. Professor des Öffentlichen Rechts an der Universität Heidelberg.

** Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

V. Dezentrale Verwaltungseinheiten: Das Verhältnis von Selbstverwaltung und Demokratie	451
1. Dezentralisierung in Frankreich	452
a) Das Prinzip der Unteilbarkeit der Republik und die Dezentralisierungsbemühungen bis 2003	452
b) Die Reform der Dezentralisierung 2003 und die lokale Demokratie	456
c) Zwei markante Neuerungen	457
2. Dezentrale gebietskörperschaftliche Selbstverwaltung in Deutschland	460
a) Verfassungsrechtliche Garantie der gebietskörperschaftlichen Selbstverwaltung	460
b) Kommunale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip	462
c) Probleme speziell der kommunalen Finanzhoheit	465
VI. Deutsch-französische Verwaltungsrechtsvergleichung als gemeinsamer Lernprozess	467

I. Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht

Das Verwaltungsrecht gilt als einer jener Teile der Rechtsordnung, die besonders intensiv von nationalen Rahmenbedingungen und Traditionen bestimmt sind. Es hat mit dem Erstarken des Nationalstaats zu innerer Geschlossenheit gefunden, gründet auf nationalem Staatsdenken und richtet sich an nationale Verwaltungen¹. Ein internationales Verwaltungsrecht erscheint einem solchen Verständnis nur als einseitiges Kollisionsrecht möglich, und die Verwaltungsrechtsvergleichung muss mit erheblichen Schwierigkeiten rechnen, weil sie fortgesetzt auf nationale Eigenheiten verweisen wird, die Ähnlichkeiten schnell als solche der äußeren Erscheinungsform entlarven möchten.

Das deutsche und das französische Verwaltungsrecht sind Ordnungen von großer Geschlossenheit. Verwaltungsrecht ist hier mehr als eine Ansammlung von Rechtsregeln. Es ist eine Disziplin, die über eigene Entwicklungskräfte, eigene Diskursmuster und Mechanismen der Selbstbeobachtung verfügt – mögen diese nun eher universitär oder justitiell geprägt sein. Gerade ihre Geschlossenheit war es, die eine gewisse Widersätzlichkeit der deutschen und französischen Rechtsordnung gegenüber den Vorgaben des EG-Rechts verursacht hat². Ihre Geschlossenheit ist es aber auch, die immer wieder Aufmerksamkeit anderer Rechtsordnungen erweckt und dazu geführt hat, dass tragende Elemente Vorbildwirkungen entfalten konnten: Der französische Conseil d'Etat als Modell für eine Verwaltungsjustiz, die deutsche Grundrechtsdogmatik als Perspektive einer auf Verhältnismäßigkeit und Vertrauensschutz ausgerichteten verwaltungsrechtlichen Maßstablehre. Die Beispiele zeigen, dass Geschlossenheit selbst intensive Formen des Vergleichs, selbst Rezeptionsvorgänge nicht notwendig hindert. Sie kann sie sogar fördern,

¹ Treffend J.-B. A u b y, *La globalisation, Le droit et l'Etat*, 2003, Tz. 119: "*le droit administratif – pourtant traditionnellement réticent*"; ähnlich S. C a s s e s e, *La construction du droit administratif – France et Royaume-Uni*, 2000, 12: "*Le second trait caractéristique du droit administratif est son lien avec les traditions nationales*"; G. d e l l a C a n a n e a, *Beyond the State: The Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in: L. O r t e g a (Hrsg.), *Studies on European Public Law*, 2005, 69 (73): "*Administrative Law as a 'Province' of the State*".

² J. S c h w a r z e (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, 789 (827).

weil sich in einem festgefügtten Rahmen die Kernelemente besser identifizieren und Entwicklungszusammenhänge leichter analysieren lassen. So betrachtet sind nationale Eigenheiten nicht nur Hemmnisse für den Vergleich, sondern auch gespeicherte Erfahrungen, die sich als Angebote für Rechtsinnovationen nutzen lassen. Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht muss heute ganz vorrangig als gegenseitiger Lernprozess verstanden werden³. Ohne Variantenreichtum keine Entwicklung! Dieses, und nicht nur ein Beharren und Bewahren ist gemeint, wenn Art. 6 Abs. 3 EUV die Europäische Union zur Achtung der nationalen Identität ihrer Mitgliedstaaten verpflichtet.

Es gehört zu den unverzichtbaren Standards, im Rechtsvergleich die Unterschiede der Referenzrechtsordnungen herauszustellen. Die alte Einsicht *bene indicat qui distinguit* gilt auch hier. "C'est seulement lorsque l'on a pleinement conscience des différences entre les pays qu'un travail fructueux de rapprochement des droits est possible, spécialement des droits administratifs."⁴ Von Ähnlichkeiten darf man sich nicht blenden lassen; sie könnten rein äußerlicher Natur sein. Trotzdem: Vergleichende Aussagen müssen regelmäßig auch Angaben zum Maß der Unterscheidbarkeit und damit auch zu Ähnlichkeiten enthalten, denn ohne solche Angaben bliebe der Vergleich letztlich leer. Bei der Betonung von Unterschieden kann es folglich nicht bewenden. Auch Vergleichbares muss benannt werden, was freilich stets ein gewisses Wagnis ist.

Über die Unterschiede zwischen dem französischen und deutschen Staats- und Verwaltungsrecht lässt sich viel sagen: unterschiedliche Vorstellungen über das Verhältnis von Staat, Nation und Gesellschaft, unterschiedliche Verständnisse von Freiheit im oder vom Staat, unterschiedliche Begriffe einer eher politischen oder normativen Verfassung⁵. Wer noch tiefer ansetzen will, wird auf Unterschiede im Wissenschaftsverständnis aufmerksam machen, die sich z.B. in der Rollenbestimmung der Staatslehre im Kontext der öffentlich-rechtlichen Fächer zeigen⁶. Bei solchen Gegenüberstellungen muss man sich freilich bewusst halten, dass sie auf die verwaltungsrechtliche Ebene allenfalls mehrfach gefiltert, keinesfalls aber direkt durchwirken.

Eher auch schon im Verwaltungsrecht greifbar sind die folgenden Unterschiede:

³ Zu den methodologischen Grundlagen vgl. M. Ruffert, Die Methodik der Verwaltungswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, 2004, 165 ff. Zu den Zwecken der modernen Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht vgl. K.-P. Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, 1017 ff.; M. Bullinger, Zwecke und Methoden der Rechtsvergleichung im Zivilrecht und im Verwaltungsrecht, in: Festschrift für P. Schlechtriem, 2003, 331 ff.

⁴ M. Fromont, Droit administratif des États européens, 2006, 3.

⁵ Dazu ideenreich und differenziert die Beiträge in C. Grewe/C. Gusy (Hrsg.), Französisches Staatsdenken, 2002.

⁶ Dazu O. Jouanjan, Braucht das Verfassungsrecht eine Staatslehre? – Eine französische Perspektive, EuGRZ 2004, 362 f.

- das traditionell auf Zentralität und Einheit angelegte Verwaltungssystem Frankreichs im Gegensatz zum deutschen föderalen und dezentralen Verwaltungsgefüge;
- die parlamentszentrierte Legitimation der Exekutive in Deutschland im Gegensatz zur doppelten Legitimation der französischen Verwaltung im Präsidialsystem der V. Republik⁷ mit Konsequenzen für die Selbstständigkeit der Verwaltung und die Rolle des Verwaltungsermessens;
- unterschiedliche Vorstellungen über die Steuerungsaufgaben des parlamentarischen Gesetzes und die Funktionen der exekutivischen Rechtsetzung;
- unterschiedliche Rangzuweisungen an das Verwaltungsverfahrenrecht und das materielle Recht;
- unterschiedliche Konzepte einer eher auf objektive Verwaltungskontrolle oder aber ganz vorrangig auf Individualrechtsschutz ausgerichteten Verwaltungsgerichtsbarkeit.

In einem Zwischenschritt lassen sich daraus für den innereuropäischen Rechtsvergleich Modelle bilden. Deutschland und Frankreich sind dann neben Großbritannien Repräsentanten eines jeweils eigenen Modells, dem die Verwaltungsrechtsordnungen der anderen Länder zum besseren Verständnis zugeordnet werden können⁸. Solche Modellbildungen sind notwendig, um die Referenzpunkte zu fixieren und in einem heuristischen Sinne Entwicklungslinien aufzeigen zu können⁹. Auch diese Kriterien lassen sich allerdings nicht absolut setzen. Sie sind eher Beobachtungsfelder im Rechtsvergleich, die ihrerseits in der Entwicklung stehen und sich schon in zwei Jahrzehnten erheblich gewandelt haben können. Das Verwaltungsrecht gilt als traditionsabhängig. Aber man muss sich davor hüten, traditionelle Unterschiede unbedacht mitzuschleppen oder gar zu bleibenden Gegensätzen zu stilisieren¹⁰. Selbst für einen so traditionsträchtigen Begriff wie den des Rechtsstaates gelangt Luc Heuschling zu der Feststellung, dass sich heute – wenn man einmal von der Begriffsverwendung selbst absieht – ein großes Maß an Annäherung vollzogen hat. Er schreibt: “Axés autour de deux idées phare des Lumières que sont les droits de l’homme et la séparation des pouvoirs, ils [les modèles anglais, français et allemand du Rechtsstaat, de l’Etat de droit et du Rule of Law] se rejoignent de nos jours [...]”. Avec ce processus de matérialisation de l’Etat de droit

⁷ Vgl. R. Grote, Das Regierungssystem der V. französischen Republik, 1995; O. Jouanjan, Frankreich, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Handbuch zum europäischen öffentlichen Recht (Ius Publicum Europaeum), Bd. I, im Erscheinen, § 2.

⁸ Systematisch Fromont (Anm. 4), 13 ff. Einen detaillierten Vergleich der Modelle speziell des Verwaltungsrechtsschutzes bietet J. Sérvulo Correia, Direito do Contencioso Administrativo, 2005, 287-438. Zu den Grenzen der (globalen) Bildung von Rechtskreisen R. Grote, Rechtskreise im öffentlichen Recht, in: AöR, Bd. 126 (2001), 11 ff.

⁹ Ähnlich die schwedische Bestandsaufnahme zu verwaltungsverfahrenrechtlichen Instituten in den europäischen Rechtsordnungen vom Statskontoret Swedish Agency for Public Management, Principles of Good Administration, 2005, Tz. 3. 4 mit der Unterscheidung von vier Verwaltungsrechtstraditionen in Europa: *administration-centred* (französisch), *individual-centred* (anglo-sächsisch), *legislator-centred* (deutsch) und *ombudsman-centred* (skandinavisch).

¹⁰ Zutreffend Ruffert (Anm. 3), bes. 201 ff.

va de pair un phénomène de juridictionnalisation qui prend une ampleur variable, mais en tout cas croissante, dans les trois pays.”¹¹

Gerade das Verwaltungsrecht, das ein Recht konkreter Aufgabenerfüllung ist, kennzeichnet eine hohe Eigendynamik, die zunächst in den Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts und der dort dominierenden Gesetzgebung sichtbar wird und von dort in das Allgemeine Verwaltungsrecht hinüber wirkt. Die Ordnungsideen der Verwaltungsrechtsordnungen lassen sich niemals allein aus relativ abstrakten Kennzeichnungen der überkommenen Theoriebildung, sondern immer nur zugleich aus den Referenzgebieten des Besonderen Verwaltungsrechts erschließen. Die oben genannten Charakterisierungen sind in der Rechtsvergleichung als Zwischenschritt sinnvoll; aber sie müssen angesichts der konkreten Gesetzeslage sogleich immer wieder relativiert werden.

Mit diesem Vorbehalt lässt sich das deutsche Verwaltungsrecht als eher “formenorientiert” und das französische Verwaltungsrecht als eher “funktionensorientiert” charakterisieren. Der disziplinierenden Ausrichtung an den Handlungsformen steht die legitimierende Ausrichtung an den Verwaltungsaufgaben, dem *service public*, gegenüber¹². Solche Kennzeichnungen des Verwaltungsrechts ziehen Traditionslinien zurück zu den o. g. theoretischen Unterschieden im Staats- und Freiheitsverständnis und zu den unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Positionsbestimmungen der Exekutive. Doch ist auch gegenüber diesem Gegensatzpaar Vorsicht geboten. Es kennzeichnet eine häufige Reaktion der jeweiligen Rechtsordnung. Ebenso lassen sich aber auch andere Teile des Verwaltungsrechts ausmachen, in denen das französische Rechtsdenken deutlich formal ausgerichtet ist, z.B. in der Behandlung des Verwaltungsverfahrenrechts sowie Gebiete, in denen das deutsche Verwaltungsrecht deutlich funktional argumentiert, z.B. bei der Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit seinen Fragen nach der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Vieles spricht dafür, dass die Unterschiede zwischen formenorientiertem und funktionenorientiertem Denken in Zukunft noch mehr abnehmen werden. Ja diese Abnahme selbst wird zum interessanten Beobachtungsfeld, insofern sich an ihr veränderte Steuerungstechniken aufzeigen lassen¹³.

II. Die Entwicklungskräfte: Gerichte, Wissenschaft und die zunehmend wichtige Rolle der Gesetzgebung

Eine wichtige Rahmenbedingung sind die Rechtsstellung und das Selbstverständnis der für die Verwaltungsrechtsentwicklung einflussreichen Kräfte. In beiden Ländern gelten, soweit es um das allgemeine Verwaltungsrecht geht, – mit länderspezifischer unterschiedlicher Rollenverteilung – die Verwaltungsgerichte und die

¹¹ Vgl. L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 2002, 431.

¹² Dazu J.-H. Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, 111 ff.

¹³ Weiterführend Ruffert (Anm. 3), pass.

Wissenschaft als die wichtigsten Akteure¹⁴. Genauere Analysen zeigen jedoch in jüngerer Zeit erhebliche Veränderungen, eine zunehmende Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung und der Gesetzgebung.

1. Die dominierende Rolle des Conseil d'Etat (CE)

Für Frankreich war bisher von einer dominierenden Stellung des Conseil d'Etat als des höchsten Verwaltungsgerichts auszugehen. Definition des Verwaltungsrechts und Rolle der Verwaltungsrechtswissenschaft sind stark an den Conseil d'Etat gebunden. Seine Stellung gründet sich auf die verschiedenen Aufgaben, die er wahrnimmt: Der Conseil d'Etat ist gleichzeitig Beratungsorgan von Regierung und Gericht. Art. 52 der Verfassung vom 22. Frimaire des Jahres VIII (12. Dezember 1799) gründete ihn im modernen Sinne. Heute kann man von einer dreifachen Rolle des Conseil d'Etat sprechen.

a) Rolle des Conseil d'Etat als Gericht: Bis zum Gesetz vom 24. Mai 1872 blieb die letztendliche Befugnis zur Entscheidung über Beschwerden von Privatpersonen gegen die Verwaltung beim Staatschef. Das Gesetz von 1872 wies dem Conseil d'Etat definitiv die "*justice déléguée*" in Verwaltungsangelegenheiten zu, für die er in erster und letzter Instanz zuständig ist. Der Conseil d'Etat erweiterte seine Kompetenz in der Entscheidung "*Cadot*" vom 13. Dezember 1889¹⁵: Danach ist der Conseil d'Etat in Verwaltungsangelegenheiten immer zuständig und nicht nur, wenn ein Gesetz ihm die Kompetenz ausdrücklich zuweist.

Die erste große Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit folgte mit den Dekreten vom 30. September und 28. November 1953. Sie begründeten die "*tribunaux administratifs*", allgemein zuständige Verwaltungsgerichte der ersten Instanz. Der Conseil d'Etat wurde als Berufungsgericht zuständig für die Entscheidung über Berufungen gegen die Urteile der "*tribunaux administratifs*". Durch das Gesetz vom 31. Dezember 1987 wurde eine weitere Ebene, eine neue mittlere Instanz, geschaffen: "*Cours administratives d'appel*" (CAA). Sie sollen den Conseil d'Etat von Berufungen gegen Entscheidungen der "*tribunaux administratifs*" entlasten. Der Conseil d'Etat bleibt zuständig als Gericht erster und letzter Instanz in verschiedenen Fällen, insbesondere wenn keine örtliche Zuständigkeit eines "*tribunal*" gegeben ist, wenn die in Frage stehende Verwaltungsmaßnahme von besonderer Bedeutung ist oder wenn die Zuständigkeit ihm ausdrücklich per Gesetz zugewiesen ist¹⁶.

¹⁴ Speziell zum Gedankenaustausch zwischen den Verwaltungsgerichten mehrerer Staaten vgl. G.-H. K e m p e r, Dialog des Bundesverwaltungsgerichts mit den obersten Verwaltungsgerichten der Mitgliedstaaten der EU und internationale Kolloquien, in: Festgabe für das Bundesverwaltungsgericht, 2003, 113 f.

¹⁵ Conseil d'Etat, *Cadot*, 13.12.1889, Rec. Lebon, 1148.

¹⁶ Vgl. Art. L 111-1, 311-1, 311-2, 311-3, 311-4, 311-5, 311-7, 321-2, 552-1 und 552-2 der Verwaltungsgerichtsordnung (Code de justice administrative, CJA).

Die unteren Gerichte wenden die Rechtsprechung des Conseil d'Etat an, und er behält eine dominierende Position gegenüber den "*tribunaux administratifs*" und den CAA bei der Auslegung des Gesetzes: Gemäß Art. L. 131-1 und R.113-1 bis 113-4 der Verwaltungsgerichtsordnung können untere Gerichte den Conseil d'Etat um ein Gutachten bitten für den Fall, dass eine neue Rechtsfrage eine Auslegungsschwierigkeit mit sich bringt und möglicherweise viele Klagen betreffen kann. Ungefähr zwölf Gutachten werden pro Jahr verfasst¹⁷.

b) Rolle des Conseil d'Etat als Regierungsberater: Des Weiteren hat der Conseil d'Etat traditionellerweise eine beratende Funktion, die ihn nahe an die Regierung und die Verwaltung heranführt: Er ist an der Vorbereitung von Gesetzen und Verordnungen beteiligt¹⁸. Diese Beteiligung hatte in den verschiedenen Epochen unterschiedliche Formen. Sie ist zum Teil in der aktuellen Verfassung vorgegeben. Gemäß Art. 39 begutachtet er, auf Anfrage des Premierministers, alle Gesetzentwürfe der Regierung¹⁹, die gesetzesvertretenden Verordnungen des Art. 38 der Verfassung und die Texte in Gesetzesform, die seit der Verfassung von 1958 auf dem Verordnungswege geregelt sein müssen und durch Dekret geändert werden können (Art. 37-2 der Verfassung)²⁰. Gemäß zwei "*circulaires*"²¹ von 1993 und 1994²² sind zudem Gutachten des Conseil d'Etat für die Anwendung des Art. 88-4 der Verfassung einzuholen. Es handelt sich um "Entwürfe und Vorschläge für Akte der Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union, die Bestimmungen gesetzlicher Art enthalten". Zudem muss die Regierung die Stellungnahme des Conseil d'Etat für den Fall einholen, dass ein Gesetz für seine Anwendung den Verordnungsweg mit Stellungnahme des Conseil d'Etat vorsieht²³. Die Regierung kann schließlich auch eine Stellungnahme des Conseil d'Etat verlangen, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein²⁴. Gemäß Art. L-112-2 CJA wird der Conseil d'Etat

¹⁷ Vgl. R. Ch a p u s, *Droit du contentieux administratif*, 2004, 728.

¹⁸ Dazu M. L o n g, *Le Conseil d'état et la fonction consultative: de la consultation à la décision*, RFDA 1992, 787; G. B r a i b a n t, *Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit*, in: M. Long (Hrsg.), *Mélanges R. Chapus, Droit administratif*, 1992, 91.

¹⁹ Art. 39 der Verfassung. Es handelt sich um Projekte, die nicht aus dem Kreise der Parlamentarier hervorgehen können.

²⁰ Die Regierung muss entweder ihren eigenen Vorschlag oder den Vorschlag des Conseil d'Etat übernehmen. Gutachten muss die Regierung nicht zwingend befolgen. Dazu nur R. D e n o i x d e S a i n t M a r c, *Le Conseil d'Etat, acteur déterminant de l'élaboration des lois et règlements*, JCP 2006, I 118, 479 (482).

²¹ "*Circulaires*" sind Anweisungen der Regierung für die Anwendung von Gesetzen oder Verordnungen. Sie sind an die Verwaltungsleitung gerichtet.

²² "*Circulaires*" vom 21.4.1993 (JO vom 22.4.1993, 6495) und vom 21.3.1994 (JO vom 31.3.1994, 4783).

²³ Dieser Fall ist nicht in der Verfassung geregelt, entspricht aber der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel: CC, Entscheidung 73-76 DC vom 20.2.1973, Rec., 29.

²⁴ In diesem Fall kann eine Änderung der betroffenen Verordnung allerdings nicht mehr ohne Stellungnahme des Conseil d'Etat angenommen werden. Der Conseil d'Etat hat diese Auslegung in einer Stellungnahme vom 30.1.1997 (EDCE, Bd. 49, 1998, 185) festgelegt; sie ist in einer Entscheidung des Conseil d'Etat im Jahre 1998 bestätigt worden: Conseil d'Etat, 3.7.1998, Synd. Nat. de l'environnement C.F.D.T. *et al.*, RFDA 1998, 1059.

vom Premierminister oder von den Ministern gebeten, ein Gutachten über besondere Rechtsprobleme der Verwaltung zu verfassen²⁵. Der CE ist "nur" ein Beratungsorgan: Er entscheidet nicht über die politische Notwendigkeit einer Norm. Seine Beratung geht allerdings sehr weit: Er kann die Regierung auf Themen und mögliche Gesetzesänderungen hinweisen, die er für die Verwaltung als erforderlich hält. In der Regel ist der Einfluss des CE auf die Formulierung der Normen sichtbar²⁶.

c) Rechtspolitische Rolle des Conseil d'Etat: Seit den 1990er Jahren besitzt der Conseil d'Etat schließlich eine ausgeprägte rechtspolitische Funktion. Er hat die besondere Kompetenz, aus eigener Initiative die Aufmerksamkeit der Regierung auf notwendige Reformen zu lenken, wenn diese Reformen dem "*intérêt général*" (allgemeinen Interesse) entsprechen (Art. L-112-3 CJA)²⁷. Im Jahr 1963 wurde eine neue Abteilung im Conseil d'Etat gegründet: die "Commission du rapport"²⁸. Sie ist 1975 durch eine "Commission du rapport et des études"²⁹ ersetzt worden, die wiederum 1985 durch eine "Section du rapport et des études"³⁰ ersetzt wurde. Aufgabe dieser Abteilung war ursprünglich die Abfassung eines jährlichen Berichts über die gerichtlichen und beratenden Funktionen des Conseil d'Etat und die Formulierung von Initiativen bezüglich Reformen der Verwaltung und/oder der Gesetzgebung. Diese Reformvorschläge werden im jährlichen Bericht des Conseil d'Etat veröffentlicht. Die dort behandelten Themen werden in Deutschland zum Teil eher von der Wissenschaft, z.B. durch die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, behandelt³¹. Der Einfluss dieser Berichte wird jedes Jahr durch den Conseil d'Etat selbst geprüft und bestätigt³². Viele Vorschläge sind von der Gesetz-

²⁵ Diese Rolle war schon in Art. 52 der Verfassung vom 22. Frimaire des Jahres VIII vorgesehen. Ungefähr 40 Gutachten werden pro Jahr verfasst. Dazu J. Massot/T. Girardot, *Le Conseil d'Etat*, 1999, 61.

²⁶ Vgl. Denoix de Saint Marc (Anm. 20), 481 f.

²⁷ Näheres dazu: M. Bernard, *Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'Etat sous la Vème République*, EDCE, Bd. 46, 1994, 439.

²⁸ Art. 3 Dekret vom 30.7.1963. Der Conseil d'Etat besteht aus 6 Abteilungen.

²⁹ Dekret 75-791 vom 26.8.1975, JO vom 27.8.1975, 8804.

³⁰ Dekret 85-90 vom 24.1.1985, JO vom 25.1.1985, 1043; J. Chapuisat, *Une nouvelle section au Conseil d'Etat, la section des rapports et des études*, EDCE, Bd. 36, 1985-1986, 149.

³¹ Die Themen lauten zum Beispiel: die Religionsfreiheit (siehe EDCE, Bd. 55, 2004, *Réflexions sur la laïcité*; VVDStRL, Bd. 59, (2000)); der Sozialstaat (EDCE, Bd. 50, 1999, *L'intérêt général*; EDCE, Bd. 55, 2004, *Responsabilité et socialisation du risque*; VVDStRL, Bd. 63, [2004]); Privatisierung von Verwaltungsaufgaben (siehe EDCE, Bd. 47, 1995, *Service public, services publics: déclin ou renouveau*; VVDStRL, Bd. 54, [1995]); Regulierungsbehörden (siehe EDCE, Bd. 52, 2001, *Les autorités administratives indépendantes*; VVDStRL, Bd. 56, [1997]).

³² Siehe zum Beispiel den Bericht von 2004 (EDCE, Bd. 55). Dazu H. Oberdorff, *L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit*, EDCE, Bd. 52, 2001, 217; Y. Jegouzo, *Le droit à la transparence administrative*, *ibid.*, 199.

gebung übernommen worden³³. Die Berichte des Conseil d'Etat werden dann in der Lehre rezipiert³⁴.

In den 1950er Jahren wurden die engen Beziehungen zwischen Verwaltungswissenschaftlern und den Autoren der Rechtsprechung gelobt³⁵. G. Vedel schreibt im Jahre 1954: "le dialogue de la jurisprudence et de la doctrine est naturel et bienfaisant"³⁶. Wiederum braucht die Rechtsprechung die Wissenschaft, um Prinzipien zu erkennen. Der Dialog ist willkommen; er soll verhindern, dass Professoren sich in ihren theoretischen Überlegungen verlieren, und ermöglichen, dass der Richter die möglichen Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Einzelfällen sieht³⁷. Auch heute wird die Theorie-Praxis-Symbiose gelobt; sie ist aber auch Gegenstand von Kritik. Etwas überspitzt gesagt: Der Dialog ist "naturel", weil die Wissenschaft keine andere Materie als die Rechtsprechung als Untersuchungsobjekt hat. Eine richterlich dominierte Wissenschaft erscheint für die (Universitäts-) Wissenschaft als ernste Konkurrentin³⁸. Für manche Autoren stellt sie eine Bedrohung für das Verwaltungsrecht als eigenständiges Forschungsgebiet dar: Die Verwaltungstätigkeiten sind sehr vielgestaltig und das Verwaltungsrecht besteht nicht mehr nur aus Rechtsprechung. Viele Bereiche sind inzwischen gesetzlich geregelt. Es gibt immer mehr Regulierungsbehörden, die eine Alternative zum Richter in dem Sinn darstellen, dass diese Behörden in die Beziehungen auf ihre Weise zwischen Staat und Bürger eingreifen. Zudem hat sich auch die Arbeitsmethode der Verwaltung geändert. Die Reformen des "New Public Management" haben zur Begründung neuer Kriterien geführt, die in der Rechtsprechung bisher nicht vorkamen: Transparenz und Effizienz zum Beispiel³⁹. Es folgt aus dieser Analyse, dass die Wissenschaft nicht mehr nur aus "conclusions du commissaire du gouvernement", Kommentierungen der Rechtsprechung zur Erklärung oder Rechtfertigung der Entscheidungen und Handbüchern, die eine Darstellung der Rechtsprechung anbieten, bestehen kann. Die Zusammenarbeit zwischen Richtern und Professoren dürfe nicht dazu führen, dass ganze Bereiche des Verwaltungsrechts außer Betracht

³³ Vgl. die Beispiele in EDCE, Bd. 55, 2004, 139 f. ("*Suites données aux études antérieures*").

³⁴ Vgl. z.B. R. Chapus, *Droit administratif général*, Bd. 1, 2001, 231 (über unabhängige Agenturen), 577 (über den "service public").

³⁵ La doctrine "*née sur les genoux de la jurisprudence*", J. Rivero, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, EDCE, Bd. 10, 1956; ders., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, EDCE, Bd. 9, 1955; F. Gazier, *Le cœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence*, EDCE, Bd. 10, 1956, 157.

³⁶ EDCE, Bd. 8, 1954, 53.

³⁷ Siehe R. Cassin/M. Waline, *Grands arrêts du Conseil d'Etat*, 1. Aufl., 1954, Préface.

³⁸ Vgl. J.-J. Bienvenu, *Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif*, *Droits* 1985, 153; Y. Poirmeur, *La doctrine administrative et le juge administratif, la crise d'un modèle de production du droit*, in: J. Chevallier, *Le droit administratif en mutation*, 1993, 97 (109 f.).

³⁹ J.-B. Albertini, *Réforme administrative et réforme de l'Etat, Thèmes et variations de l'esprit de réforme de 1815 à nos jours*, 2000.

bleiben⁴⁰, und dass die Kritik, die sich eigentlich an die Gerichtsbarkeit richtet, das Verwaltungsrecht als solches trifft.

2. Bundesverfassungsgericht, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsrechtswissenschaft

Auch in Deutschland haben die Verwaltungsgerichte wichtige Beiträge zur Ausformung und Fortentwicklung des Verwaltungsrechts geleistet; erinnert sei nur an die Leistung des preußischen Oberverwaltungsgerichts bei der Eingrenzung der polizeilichen Generalklausel und der rechtsstaatlichen Disziplinierung des Verwaltungsermessens. Diese positive Entwicklung hat sich nach dem 2. Weltkrieg fortgesetzt. Bereits in den ersten Jahren nach seiner Gründung hat das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsstellung des Einzelnen gegenüber der leistungsgewährenden Verwaltung gestärkt⁴¹, den Vertrauensschutz gegenüber rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakten gefestigt⁴² und das Recht auf fehlerfreie Ermessensentscheidung ausgeformt⁴³. Systembildende Beiträge der Rechtsprechung waren in der Folgezeit die planerische Abwägungsdogmatik⁴⁴ und der Drittschutz (Nachbar-, Konkurrentenschutz) in mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen⁴⁵. Moderne Entwicklungen der Technik sind von der Rechtsprechung zu den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften im Atom- und Immissionschutzrecht und zu Teilgenehmigungen als Instituten gestufter Verwaltungsverfahren aufgegriffen worden⁴⁶.

Auch in Deutschland wird das Allgemeine Verwaltungsrecht daher nicht selten als das Resultat der richterrechtlichen Entscheidungspraxis angesehen. Das trifft allerdings nur in erheblich eingeschränkterem Umfang zu, als das für Frankreich und den Conseil d'Etat gilt. Schon die historische Entwicklung ist anders verlaufen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist von unten nach oben aufgebaut worden und war daher niemals auf ein Gericht fokussiert. Das Bundesverwaltungsgericht ist und bleibt als Revisionsgericht eingebunden in einen Instanzenzug. Soweit das Verwaltungsrecht nicht Bundesrecht ist, bewendet es zudem im Regelfall bei höchstrichterlichen Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte der Bundesländer. Erstinstanzliche Zuständigkeiten, die, zumal wenn sie Regierungsakte betreffen, auf ganz natürliche Weise das Interesse der Fachöffentlichkeit auf sich ziehen,

⁴⁰ So z.B. Poirmeur (Anm. 38), 104 f.

⁴¹ BVerfGE 1, 159 f. "Fürsorgepflicht-Entscheidung".

⁴² BVerfGE 5, 312 f.

⁴³ BVerfGE 11, 95 f. "Kohlenhandel-Fall".

⁴⁴ BVerfGE 34, 301 f. und 45, 309 f. "Flachglas-Urteil".

⁴⁵ M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, 84 f.

⁴⁶ BVerfGE 72, 300 f. "Wybl-Entscheidung"; zum Ganzen D. Sellner, Atom- und Strahlenschutzrecht – Ein abgeschlossenes oder zukunftsweisendes Kapitel höchstrichterlicher Rechtsprechung?, in: FG für das BVerwG (Anm. 14), 741 f.

sind beim Bundesverwaltungsgericht anders als beim Conseil d'Etat seltene Ausnahmen⁴⁷. Erst recht sind ihm Beratungstätigkeiten für Regierungsorgane fremd. Wenn Richter gelegentlich in Regierungskommissionen tätig sind⁴⁸, beruht das auf einer Berufung *ad personam*.

In ihren Karrieremustern sind Verwaltungsrichter klar der Dritten Gewalt zugeordnet. Wechsel von der Exekutive in die Justiz sind selten. Die meisten Richter haben niemals in der Verwaltung gearbeitet, sondern ihre Tätigkeit sogleich bei einem Gericht begonnen. Ihre Perspektive ist durch ihre Aufgabe, den Einzelfall nach Maßgabe des einschlägigen Rechts zu entscheiden, bestimmt. Ausgreifendere Themen für eine rechtspolitische Diskussion aufzugreifen und Vorschläge zu entwickeln, gehört nicht dazu. Im verwaltungsrechtlichen Diskurs hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine respektable Stellung, aber sie ist weit davon entfernt, in einer dem Conseil d'Etat entsprechenden Weise die Leitfunktion auszuüben.

Wenn man einem Rechtsprechungsorgan eine dominierende Rolle auf diesem Gebiet zuweisen will, dann eher dem Bundesverfassungsgericht. Um seine richtungweisenden Beiträge zu verdeutlichen, seien nur der "Grundrechtsschutz durch Verfahren", die "Wesentlichkeitslehre" und die "Lehre von der demokratischen Legitimation der Verwaltung" genannt. Darauf ist im Zusammenhang der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts zurückzukommen.

Der akademischen Verwaltungsrechtswissenschaft fällt daher eine wesentlich stärkere Rolle bei der Fortentwicklung des Rechts zu⁴⁹. Ihr Verhältnis zur Verwaltungsgerichtsbarkeit ist trotz unterschiedlicher Erkenntnisinteressen⁵⁰ positiv gestimmt und auf Zusammenarbeit angelegt. Richter und Professoren haben bis zum 2. Juristischen Staatsexamen dieselbe Ausbildung erhalten; erst danach haben sich die beruflichen Wege getrennt. Austausch findet über die nebenamtliche Tätigkeit mancher Universitätsprofessoren an den Oberverwaltungsgerichten und durch die Lehrtätigkeit von Richtern an Universitäten statt. Wichtige Foren der Zusammenarbeit sind die gemischten Autorenkreise eines Handbuchs oder eines Gemeinschaftskommentars. In Frankreich dagegen liegt auch insofern der Schwerpunkt eher bei der Judikative: Ein Professor kann nicht die Rolle des Richters übernehmen, aber der Richter, der zu dem Gericht gehört, das die Grundprinzipien des Verwaltungsrechts entwickelt hat, schreibt Urteile, schreibt über das Recht und lehrt⁵¹. Hierdurch entsteht ein Doppelungseffekt einer justiztypischen Wis-

⁴⁷ Vgl. § 50 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

⁴⁸ H. Schulze-Fielitz, Das Bundesverwaltungsgericht als Impulsgeber der Fachliteratur, in: FG für das BVerwG (Anm. 14), 1061 (1083 f.).

⁴⁹ Historisch D. Ehlers, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 3 Rn. 90. Zum Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, § 2 Rn. 12: "Rechtsprechung und Rechtslehre hatten gleichermaßen Anteil an diesem Prozeß"; verschiedentlich habe die Rechtsprechung die leitende Rolle übernommen oder den entscheidenden Durchbruch erreicht. Deutlicher zugunsten des Bundesverwaltungsgerichts Schulze-Fielitz (Anm. 48), 1061 (1071 f.).

⁵⁰ Dazu Schulze-Fielitz, *ibid.*, 1061 f.

⁵¹ Siehe dazu: J. Rivero, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif, EDCE, Bd. 47, 1995, 27.

senschaftsperspektive, die freilich auch in Deutschland gelegentlich anzutreffen ist und als “wissenschaftliche Selbstbegleitung” der Justiz durch ihre Richter in ähnlicher Weise kritisiert wird⁵²: “Problematischer aber ist schon, dass häufig die Beteiligung von Richtern an den von ihnen besprochenen Entscheidungen unklar bleibt; sie können so ihre eigene Rechtsprechung zur herrschenden Lehre erklären.”

3. Gemeinsamkeit: Justizzentriertheit des Verwaltungsrechts

Für beide Länder kann von einer Justizzentriertheit der traditionellen verwaltungsrechtlichen Systematik ausgegangen werden. Dieses Phänomen hat in den beteiligten Rechtsordnungen allerdings unterschiedliche Gestalt. In Deutschland knüpft es an die Fallstruktur an: Das richterliche Denken ist auf die Entscheidung einzelner Fälle gerichtet, die als Verwaltungsvorgänge bereits in der Vergangenheit liegen. Es ist einzelfallbezogen, reaktiv und wenig gestaltend. Die Perspektive ist einseitig auf Kontrolle ausgerichtet, die Beispiele sind einseitig: Was nicht zum Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Streitverfahrens werden kann, ist nicht präsent.

In Frankreich sollten die über die Rechtsprechungstätigkeiten hinausgreifenden Beratungsaufgaben des Conseil d’Etat das verwaltungsrechtliche Denken eigentlich vor solchen Verengungen bewahren, wenn sich die Rechtswissenschaft nicht in falscher Selbstbeschränkung mit dem Nachzeichnen der Judikatur begnügte. Hier ist es aber vor allem eine Erscheinungsform der Justizzentriertheit, die an die Kompetenzstrukturen anknüpft und auf die Definition des Verwaltungsrechts durchgreift. Nur ein Teil des französischen Schrifttums betrachtet das Verwaltungsrecht nämlich als das auf alle Verwaltungstätigkeiten anwendbare Recht. Das Verwaltungsrecht wird oft mit demjenigen Bereich identifiziert, der unter die Jurisdiktion der Verwaltungsgerichte, also vor allem des Conseil d’Etat, fällt⁵³. Deutschland hat sich von einem solchen, auf öffentlich-rechtliche Streitigkeit begrenzten Verständnis des Verwaltungsrechts gelöst. Im Grunde konnte die Frage des zuständigen Gerichtszweiges niemals eine alleinbestimmende Kraft bei der Definition des Verwaltungsrechts erlangen, weil das öffentlich-rechtliche Staatshaftungsrecht seit jeher eine Domäne der ordentlichen Gerichte war. Die Spruchfähigkeit der Zivilgerichte wird aber auch sonst, d.h. in privatrechtlichen Verwaltungsangelegenheiten, als integraler Bestandteil der verwaltungsrechtlichen Systematik angesehen. Ein Meilenstein zu dieser Entwicklung war die (zu Unrecht kritisierte) “Figur des Verwaltungsprivatrechts”⁵⁴. Ein weiterer Schritt ist die Anerkennung des Öffentlichen Rechts und des Privatrechts als “wechselseitige Auffangordnun-

⁵² Schulze-Fielitz (Anm. 48), 1061 (1083).

⁵³ Vgl. Chapus (Anm. 34), aber auch P.-L. Frier, *Précis de droit administratif*, 3. Aufl. 2004; M.-C. Rouault, *Droit administratif*, 2005; J. Rivero/M. Waline, *Droit administratif*, 20. Aufl. 2004. Dagegen siehe G. Dupuis/M.-J. Guédon/P. Chrétien, *Droit administratif*, 9. Aufl. 2004; J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, 2005.

⁵⁴ Dazu ausführlich U. Stelkens, *Verwaltungsprivatrecht*, 2005.

gen" (Hoffmann-Riem)⁵⁵. Nimmt man etwa den Rechtsschutz im öffentlichen Vergaberecht hinzu, der bei den Zivilgerichten liegt, so lassen sich Verwaltungsgerichtsbarkeit und ordentliche Gerichtsbarkeit als zwei auf dem Felde des Verwaltungsrechts gemeinsam tätige Fachgerichtsbarkeiten verstehen. Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Rechtswegen bestehen zwar fort, aber die zivilrechtlichen Administrativbeziehungen bleiben aus den verwaltungsrechtlichen Schutzüberlegungen nicht von vornherein ausgeklammert. Es besteht auch kein gesteigerter Druck, sie insgesamt zu öffentlich-rechtlichen Beziehungen umzuetikettieren. Besonderen Schutzinteressen der Verwaltung oder gegenüber der Verwaltung kann auch im Rahmen des Privatrechts Rechnung getragen werden.

Wie immer man die Justizzentriertheit des überkommenen Verwaltungsrechts in beiden Ländern charakterisiert – durch die Fallstruktur oder durch die Kompetenz- und Rechtswegstrukturen bestimmt –, sie hat zu Verengungen geführt, die den Aufgaben eines modernen Rechts der Verwaltung nicht angemessen sind. Es wundert daher nicht, dass sich heute der Gesetzgeber neben Justiz und Wissenschaft verstärkt zu Wort meldet.

4. Ein zunehmend wichtiger Akteur: der Gesetzgeber

In beiden Ländern ist eine signifikante Zunahme gesetzgeberischer Aktivitäten zur Fortentwicklung des Verwaltungsrechts festzustellen. Für Deutschland geht es ganz vorrangig um Akte der parlamentarischen Gesetzgebung; für Frankreich sind auch wichtige gesetzesvertretende Verordnungen ("*ordonnances*") einzubeziehen⁵⁶. Der Gesetzgeber beschränkt sich dabei nicht auf das Besondere Verwaltungsrecht, das seine klassische, in der verwaltungsrechtlichen Theoriebildung freilich oft vernachlässigte Domäne ist. Er interessiert sich durchaus auch für allgemeine Fragen der Ausgestaltung des Bürger-Staat-Verhältnisses. Konnte man das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes von 1976 noch als eine Kodifikation von im Wesentlichen richterrechtlich entwickelten Rechtsregeln und Rechtsinstituten verstehen, so muss man spätestens der Datenschutzgesetzgebung ein eigenes legislatorisches Gestaltungsinteresse zubilligen. Ähnlich wurden in Frankreich seit Ende der 1970er Jahre Gesetze in verschiedenen Bereichen des Verwaltungsrechts verabschiedet. Der Gesetzgeber ließ sich dabei allerdings von der Rechtsprechung oft

⁵⁵ W. Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 6. Kap. Tz. 28 f.

⁵⁶ Gemäß Art. 38 der Verfassung kann der Gesetzgeber die Regierung ermächtigen, Maßnahmen zu treffen, die normalerweise Gegenstand der Gesetzgebung sind. Diese gesetzesvertretenden Verordnungen treten mit ihrer Veröffentlichung in Kraft, werden jedoch hinfällig, wenn der Entwurf des Zustimmungsgesetzes nicht vor dem durch das Ermächtigungsgesetz festgelegten Zeitpunkt im Parlament eingebracht wird.

stark inspirieren: In vielen Fällen bestätigte und/oder verallgemeinerte er sie⁵⁷. Der Gesetzgeber schafft aber auch Gesetze, die Unsicherheiten der Rechtsprechung klären⁵⁸ oder eine andere Lösung als diejenige des Richters vorschreiben⁵⁹ oder sogar neue Regelungen einfügen⁶⁰. Dabei greifen die Gesetze über die traditionellen Themen des Verwaltungsverfahrensrechts immer mehr hinaus. Es geht nicht mehr um Beteiligungsmöglichkeiten und Rechte innerhalb von Verwaltungsverfahren, sondern um Standards ordnungsgemäßer Verwaltung überhaupt, z.B. solche des Umgangs der Verwaltung mit Informationen.

a) Datenschutz und Aktenzugang

Wichtige Schritte der Gesetzgebung waren es, die ein neues "Informationsverwaltungsrecht" konstituierten⁶¹, in dem zum Datenschutz die Fragen des allgemeinen Datenzugangs getreten sind. Die Anstöße kamen vom EG-Recht und bezogen sich auf Einzelgebiete, vor allem das Umweltrecht. 1994 erging zur Umsetzung der entsprechenden EG-Richtlinie das Umweltinformationsgesetz des Bundes und brachte ein jedermann ohne besondere Voraussetzungen zustehendes Recht auf Einsicht in Umweltakten, das der deutschen Tradition der nur beschränkten Aktenöffentlichkeit bis dahin unbekannt gewesen war⁶². Der europarechtliche Anstoß hat in der Zwischenzeit weiter gewirkt und zu einer nachhaltigen Veränderung dieser Tradition geführt. Nachdem einige Bundesländer für ihren Verwaltungsbereich in den vergangenen Jahren allgemeine Informationszugangsrechte durch Gesetze geschaffen hatten, ist 2005 das Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (IFG) ergangen⁶³ und hat diese grundlegende Neuorientierung in Deutschland zu einem gewissen Abschluss gebracht⁶⁴.

⁵⁷ Z.B. das Gesetz 79-587 vom 11.7.1979 (JO vom 12.7.1979, 1711) über die Begründung von Verwaltungsakten: Begründungspflicht und Verallgemeinerung der Rechtsprechung des Conseil d'Etat: Vgl. *Barel*, 28.5.1954, Rec. Lebon, 308.

⁵⁸ Z.B. das Gesetz 57-1424 vom 31.12.1957 (JO vom 5.1.1958, 196): Fälle, in denen ein "öffentliches Fahrzeug" einen Unfall verursacht hat, werden vom Zivilgericht behandelt; auch das Gesetz 2001-1168 vom 11.12.2001 (JO vom 12.12.2001, 19703): Gemäß Art. 2, wenn die Bestimmungen des "Code des marchés publics" Anwendung finden, dann sind öffentliche Aufträge verwaltungsrechtlicher Natur; Art. 3 definiert die "délégation de service public".

⁵⁹ Vgl. das Gesetz 2000-321 vom 12.4.2000 (JO vom 13.4.2000, 5646) über die Rechte des Bürgers: Art. 23 schreibt vor, dass die Aufhebung eines "fiktiven" Verwaltungsaktes ("*décision implicite d'acceptation non portée à la connaissance des tiers*") durch die Verwaltung nur 2 Monate, nachdem die Entscheidung getroffen worden ist, möglich ist.

⁶⁰ Vgl. das Gesetz 78-17 vom 6.1.1978 zum Datenschutzrecht (JO vom 7.1.1978, 227) und das Gesetz 78-753 vom 17.7.1978 (JO vom 18.7.1978, 2851) zum Akteneinsichtsrecht.

⁶¹ Zum Begriff Schmidt-Aßmann (Anm. 55), Kap. 6, Tz. 3 f.

⁶² Zur Entwicklung G. Trantas, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, 1998, 547 f.; B.W. Wegener, Der geheime Staat, 2006, 31 ff.

⁶³ Gesetz vom 5.9.2005, BGBl. I, 2722.

⁶⁴ Dazu grundlegend F. Schoch/M. Kloepfer, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), 2002; M. Rossi, Informationsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004; (auch rechtsvergleichend) Wegener (Anm. 62), 390 ff.

Auch in Frankreich ist der Umgang der Verwaltung mit Informationen eines der wichtigen Gebiete, auf denen in jüngerer Zeit der Gesetzgeber die Entwicklungsinitiative übernommen hat. Auch hier gibt es eine ältere Entwicklungsschicht, in der die Fragen der Akteneinsicht und der Geheimhaltung auf der Grundlage verstreuter Gesetze durch die Rechtsprechung ausgeformt worden waren⁶⁵. Das Akteneinsichtsrecht entwickelte sich zunächst als Teil der Verteidigungsrechte, speziell der Begründungsbedürftigkeit von Verwaltungsentscheidungen. Es wurde durch das Gesetz vom 11.7.1979 ausgebaut⁶⁶. Innerhalb von Verwaltungsverfahren fiel der Rechtsprechung hier eher eine retardierende Rolle zu⁶⁷. Obwohl auch das französische Verwaltungsrecht traditionell dem Geheimhaltungsprinzip verpflichtet war, wurde die Bedeutung der allgemeinen Informationsfreiheit der Bürger früher als in Deutschland erkannt⁶⁸. Aus den parlamentarischen Beratungen eines restriktiv gefassten Regierungsentwurfs ging das Gesetz vom 17.7.1978 hervor, das allgemein den *“accès aux documents administratifs”* einführte. Das Datenschutzrecht war bereits kurz vorher durch das Gesetz vom 6.1.1978 eigenständig geregelt worden. Das allgemeine Zugangsrecht wird heute oft zu Recht als ein wichtiges Element eines gewandelten Verhältnisses des Bürgers zur Verwaltung angesehen⁶⁹. Dennoch ist die Bekanntgabe der *“Verwaltungsdoktrin”*, des sogenannten *“droit souterrain de l’administration”*⁷⁰, in der Praxis nicht befriedigend. Kritisiert werden die unregelmäßigen Veröffentlichungen und die fehlende Transparenz der Veröffentlichungspolitik innerhalb der verschiedenen Ministerien⁷¹. Die Aufhebung des Dekrets vom 28.11.1983 – das dem Bürger erlaubte, sich auf diese *“Verwaltungsdoktrin”* zu berufen⁷² – wirft neue Fragen auf. Der geplante *“code de l’administration”* soll mehr Klarheit in diesem Bereich schaffen⁷³.

b) Kooperationsbeziehungen zwischen Staat und Gesellschaft

In beiden Ländern greift der Gesetzgeber heute vor allem auf typische Reformmaterien und ihre verwaltungsrechtlichen Konsequenzen zu, auf das Haushaltsrecht und auf die staatlich-gesellschaftliche Kooperation.

⁶⁵ Im Einzelnen *T r a n t a s* (Anm. 62), 54 f.

⁶⁶ Gesetz 79-587 vom 11.7.1979 (JO vom 12.7.1979, 1711).

⁶⁷ *T r a n t a s* (Anm. 62), 178, Fn. 18. Siehe die oben genannte Rechtsprechung des CE über die Begründungspflicht der Verwaltung (Anm. 57).

⁶⁸ Zur Entwicklung *T r a n t a s*, *ibid.*, 174 f.

⁶⁹ *Ibid.*, 180, Fn. 26; *J. Chevallier*, La transformation de la relation administrative: mythe ou réalité? (à propos de la loi Nr. 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations), *Dalloz* 2000, 575 (580).

⁷⁰ Vgl. Bericht des CE über die Rechtssicherheit, *EDCE*, Bd. 57, 2006, 330.

⁷¹ *Ibid.* 331 f.

⁷² Dekret 83-1025 vom 28.11.1983 (JO vom 3.12.1983, 3492) Art. 1, abgeschafft durch das Dekret 2006-672 vom 8.6.2006 (JO vom 9.6.2006, 8706), Art. 20.

⁷³ Der Gesetzgeber hat der Regierung mit dem Gesetz 2004-1343 vom 9.12.2004 (JO vom 10.12.2004, 20857) den Auftrag gegeben, einen *“code de l’administration”* bereitzustellen.

In Frankreich wird das durch die Gesetze vom 16.12.1999, vom 2.7.2003 und vom 9.12.2004 belegt, die einen Prozess der “*codification*” und “*simplification du droit*” (Vereinfachung des Rechts) eingeleitet⁷⁴ und damit auch substantielle Änderungen der älteren Rechtslage herbeigeführt haben. Mit dem Gesetz vom 16.12.1999 ist die Regierung ermächtigt worden, sich im Wege der “*ordonnance*”⁷⁵ an der Ausarbeitung von neun Gesetzbüchern zu beteiligen. Gemäß Art. 1 des Gesetzes soll die Regierung alle anwendbaren Gesetze, die die definierten Bereiche betreffen, in einem Gesetzbuch zusammenfügen und in eine Ordnung bringen. Sie darf Änderungen vornehmen, um die Kohärenz der Texte zu gewährleisten⁷⁶. Mit den Gesetzen von 2003 und 2004 hat der Gesetzgeber einerseits Ratifikationsgesetze für die durch “*ordonnances*” gefassten oder geänderten Gesetzbücher verabschiedet⁷⁷ und die Regierung erneut ermächtigt, in weiteren Bereichen das Recht zu vereinfachen (“*simplifier*”). Damit ist eine weitere Kodifizierung und/oder Vereinfachung von Gesetzen⁷⁸, aber auch zum Teil die Schaffung neuer Normen gemeint. Gemäß Art. 6 des Gesetzes von 2003 ist die Regierung zum Beispiel ermächtigt worden, neue Vertragsformen für die Verwaltung zu ermöglichen: “[...] le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour [...] créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques [...] pour la conception, la réalisation, la transformation, l’exploitation et le financement d’équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions”.

Auf dieser gesetzlichen Grundlage erging am 17.6.2004 die “*ordonnance sur les contrats de partenariat*”⁷⁹. Diese “*ordonnance*” schafft ein neues Instrument für die Verwaltung im Bereich der Finanzierung und Führung von öffentlichen Einrichtungen, die für die Durchführung von “*service public*” notwendig sind, durch die

⁷⁴ Siehe das Gesetz 99-1071 vom 16.12.1999 (JO vom 22.12.1999, 19040), das Gesetz 2003-591 vom 2.7.2003 (JO vom 3.7.2003, 11192) und das Gesetz vom 9.12.2004. Die Diskussion über die Notwendigkeit einer “*codification*” ist jedoch älter. Siehe das Dekret vom 10.5.1948 und vor allem das Dekret vom 12.9.1989. Das Ziel war 1948 und 1989 eine Reform der Verwaltung. Über die 1989 geschaffene “*commission supérieure de codification*” siehe G. B r a i b a n t, *L’action de la commission supérieure de codification*, AJDA 2004, 1856.

⁷⁵ Art. 38 der Verfassung.

⁷⁶ Art. 1 lautet: “*La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l’ensemble des lois en vigueur à la date d’adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l’état de droit*”.

⁷⁷ Vgl. Art. 31 des Gesetzes vom 2.7.2003, Art. 78 des Gesetzes vom 9.12.2004.

⁷⁸ Vgl. z.B. eine weitere Kodifikation durch Art. 33 des Gesetzes vom 2.7.2003 sowie auch Änderungen im Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts (Art. 2 f.) oder des Wahlrechts (Art. 16 f.) oder des Vertragsrechts (Art. 5 und 6). Für das Gesetz vom 9.12.2004, z.B. Art. 1 (Zugang zu Verwaltungsakten), Art. 2 (Aufhebung von Verwaltungsakten), Art. 3 (Datenschutzrecht), Art. 27 bis 41 (Wirtschaftsrecht), Art. 55 (Beratungsorgane der Verwaltung).

⁷⁹ “*Ordonnance*” 2004-559 vom 17.6.2004 (JO vom 19.6.2004, 10994). Mit dem Gesetz vom 9.12.2004 hat der Gesetzgeber dieser “*ordonnance*” Gesetzeskraft gegeben.

Privatwirtschaft⁸⁰. Die entsprechenden Verträge sind entweder für Projekte vorgesehen, die so kompliziert sind, dass die Verwaltung sie nicht allein verwirklichen kann, oder für Projekte, die dringend durchgeführt werden müssen⁸¹.

Dieses Verfahrensregime unterscheidet sich von dem, das die beiden wichtigsten Vertragstypen, die öffentlichen Aufträge und die Delegationsverträge (*“délégation de service public”*) kennzeichnet. Besondere Merkmale dieser Verträge sind folgende:

- Der *“contrat de partenariat”* hat ein sehr allgemein gehaltenes Ziel⁸²: die Finanzierung von öffentlichen Einrichtungen, die Errichtung oder Änderung von öffentlichen Einrichtungen sowie die Wartung, Verwaltung, Bewirtschaftung derselben und schließlich Dienstleistungen, die dazu beitragen, die Verwaltung in ihren Aufgaben zu unterstützen (also keine *“délégation de service public”* wie bei dem Delegationsvertrag, sondern Unterstützung für die Erfüllung von Aufgaben). Ein solcher Vertrag kann nur abgeschlossen werden, wenn die Verwaltung die Bedürfnisse genau ermittelt und die verschiedenen Vorschläge verglichen hat. Besonders wichtig sind dabei die wirtschaftlichen und finanziellen Mittel im Verhältnis zu den gesamten Kosten sowie die Ausgaben zu Leistungszielen und die Risikoverteilung⁸³.

- Außerdem werden Festlegungen zum Vertragspartner der Verwaltung getroffen: als *“maître d’ouvrage”* ist er allein für die Einrichtung zuständig⁸⁴, entweder für die gesamte oder für Teilaspekte. Er bekommt einen Preis, der mit der Verwaltung bei Vertragsabschluss diskutiert wird. Dieser Preis ist nicht vom Ergebnis der Bewirtschaftung abhängig, sondern er ist hauptsächlich an die Investitions- und Verwaltungskosten gebunden, in besonderen Fällen sind auch die möglichen Einnahmen von Bedeutung.

- Die *“ordonnance”* legt fest, welche Bestimmungen der *“contrat de partenariat”*, u.a. Regelungen zur Vertragsdauer, beinhalten muss⁸⁵: die Risikoverteilung, ferner Leistungsziele betreffend die Qualität der Dienstleistung, den Preis, die Kontrolle durch die Verwaltung, Vorschriften zur Änderung oder Auflösung des Vertrages⁸⁶, sowie die Ingerenzmöglichkeiten eines Schiedsrichters.

⁸⁰ Diese Vertragsform wird in der Literatur als neue Form verstanden. In diesem Sinne S. Bracconnier, L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique, JCP 2004, I 181, 2134; A. Ménéménis, L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?, AJDA 2004, 1737; O. Debozy/P. Guilloit, Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public, Recueil Dalloz, 2005, 319.

⁸¹ Art. 2 a der *“ordonnance”* 2004-559. Diese Bedingungen sind das Ergebnis der Entscheidung des CC vom 26.6.2003, 2003-473 DC, Rec., 382.

⁸² Art. 1 der *“ordonnance”* 2004-559.

⁸³ Art. 2 b der *“ordonnance”* 2004-559.

⁸⁴ Art. 1 Al. 2 der *“ordonnance”* 2004-559.

⁸⁵ Art. 11 der *“ordonnance”* 2004-559.

⁸⁶ Die Verwaltung ist bisher nicht verpflichtet gewesen, diese Bedingungen festzulegen.

- Die Notwendigkeit einer neuen Form des Verwaltungsvertrages ist in der Lehre Gegenstand von Kritik gewesen⁸⁷. Die *ordonnance* ist aber auch gelobt worden für die Flexibilität des Vergabeverfahrens einerseits und die Änderung der Verwaltungsperspektive andererseits: Es geht nicht mehr nur darum, eine öffentliche Einrichtung zu errichten oder zu verwalten oder ein *service public* zu delegieren. Es geht darum, die Qualität und die Leistung des *service public* unter der Kontrolle der Verwaltung zu sichern. Ziel ist aber auch, dass Ergebnisse Gegenstand der Überlegung sein müssen.

Die Entwicklung in Deutschland hat sich noch nicht in einem einzelnen Gesetzgebungsakt konkretisiert. Auch hier bestehen jedoch Bestrebungen, Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privatunternehmen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in das Verwaltungsverfahrensgesetz zu integrieren. 1990 hatte das federführende Bundesinnenministerium zwei Gutachten mit dem Schwerpunkt "verwaltungsrechtliche Kooperationsverhältnisse" in Auftrag gegeben⁸⁸. Beide Gutachter (Schuppert und Ziekow) schlugen den Ausbau des Verwaltungsvertragsrechts vor. Sie identifizierten – ganz ähnlich wie in Frankreich – als Zentralpunkt eines Kooperationsverwaltungsrechts die Gewährleistung dauerhafter Qualität der von privater Seite zu erbringenden Leistungen, die Auswahl kompetenter Leistungserbringer, Qualitätskontrollen und Zugriffsbefugnisse der Verwaltung. Auch sie wollen, dass der Gesetzgeber Mindestinhaltsklauseln für das festlegt, was die Verwaltung auf jeden Fall mit dem Kooperationspartner vertraglich vereinbaren muss. Es geht, in der Terminologie der deutschen Reformdiskussion gesprochen, darum, die ältere "Erfüllungsverantwortung" der Verwaltung in eine bloße "Gewährleistungsverantwortung" zu überführen⁸⁹.

c) Steuerungsaufgaben jenseits des Richterrechts

Die Vorstellung von der dominierenden Rolle der Gerichte bei der Fortentwicklung des Verwaltungsrechts bedarf für beide Länder der Korrektur. Zweifellos gibt es auch aus jüngerer Zeit wichtige justitielle Beiträge. Mehr und mehr zeigt sich aber, dass diejenigen Verwaltungsbereiche, die vor die Gerichte gelangen, für ein modernes Verwaltungsrecht nicht mehr hinreichend repräsentativ sind. Das wird von der französischen Literatur mit ihrer Kritik an der dominierenden Position des Conseil d'Etat zutreffend gesehen⁹⁰. In Deutschland verweist man ähnlich auf die Bedeutung neuerer Referenzgebiete des Besonderen Verwaltungsrechts für die verwaltungsrechtliche Systembildung⁹¹. Als ein Beispiel für die Fortentwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts durch Gesetz kann das Recht der öffentlichen Aufträge gelten: Auch hier gingen die Anstöße vom EG-Recht aus. Durch Bun-

⁸⁷ Siehe *Ménémezis* (Anm. 80), 1742 f.

⁸⁸ Bundesministerium des Inneren (Hrsg.), *Verwaltungskooperationsrecht*, 2002.

⁸⁹ Schmidt-Aßmann (Anm. 55), Kap. 3 Tz. 109 ff.

⁹⁰ J.-J. Biennu (Anm. 38), 153; Poirmeur (Anm. 38), 109 f.

⁹¹ Schmidt-Aßmann (Anm. 55), Kap. 1, Tz. 12 f. und Kap. 3, Tz. 1 f.

desgesetz wurde das ursprünglich haushaltsrechtlich konzipierte Vergaberecht auf ein Verfahrensrecht mit einklagbaren Rechtspositionen umgestellt. Im Gefolge dieser Gesetzgebung entdecken die Gerichte das öffentliche Auftragswesen neu, das sie bisher vernachlässigt hatten⁹².

Eine natürliche Abfolge in der Entstehung verwaltungsrechtlicher Regeln gibt es nicht. Die Gesetzgebung ist nicht darauf festgelegt, entstandenes Richterrecht zu kodifizieren. Sie kann die Führung übernehmen und hat das auch in jüngerer Zeit getan. Mögen einige der neueren Gesetzgebungsakte auch unter dem Druck des EG-Rechts entstanden sein, entsprechende Richtlinien nach Art. 249 Abs. 3 EGV in ordnungsgemäßer Form umzusetzen, so lässt sich auf das Ganze gesehen doch erkennen, dass die Parlamente beider Länder die politischen Gestaltungsmöglichkeiten, die in Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts liegen, erkannt haben.

Das zunehmende Engagement der Gesetzgebung in diesen Materien des Allgemeinen Verwaltungsrechts verwundert nicht: Die von den Verwaltungsreformen geforderte *Struktursteuerung*, die bei der Verwaltungsorganisation, dem Personal und den Finanzen ansetzt, entzieht sich weitgehend einer Ordnung durch Richterrecht. Recht kann sich hier am ehesten über rahmensetzende Normen zur Geltung bringen. Das sind zunächst einmal Gesetze und Verordnungen. Es wird dabei aber auch die Rolle von Normen unterhalb der rechtlich-sanktionsbewährten Verbindlichkeitsschwelle, die Rolle des *soft law* und der *codes of good administration* zu bedenken sein. Das legt eine Perspektivenänderung der Verwaltungsrechtswissenschaft nahe: Sie muss sich – wie Andreas Voßkuhle es formuliert hat⁹³ – von einer “anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft” zu einer “rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft” fortentwickeln.

III. Die Entwicklungsperspektive: Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts

Eine prägende Determinante der verwaltungsrechtlichen Systembildung – wahrscheinlich die heute vorherrschende – ist die Ausrichtung des Verwaltungsrechts an den Vorgaben der Verfassung. Die “Konstitutionalisierung” ist in Deutschland eine seit mehreren Jahrzehnten beobachtbare Entwicklung (1); sie ist heute auch in Frankreich ein wichtiges Thema (2)⁹⁴. Man kann – auch unter dem Einfluss des eu-

⁹² Vgl. BVerfG NVwZ 2006, 1397 ff. für die nicht vom EG-Recht erfassten Vergabevorgänge, d.h. solche unterhalb der sog. Schwellenwerte. Über die französische Gesetzgebung und Rechtsprechung in diesem Bereich siehe C. Maugüé, La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics, in: Mélanges F. Moderne, Mouvement du droit public, 2004, 609.

⁹³ A. Voßkuhle, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 1 Tz. 15.

⁹⁴ Ruffert (Anm. 3), 165 f., 195 f.; D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 7. Aufl. 2006, 11 f.

europäischen Rechts (EMRK, Grundrechte-Charta) – von einer gemeinsamen Entwicklungsperspektive sprechen, die im unterschiedlichen institutionellen Kontext der beiden Länder allerdings unterschiedlich intensiv ausfällt. Beide Länder können von den Erfahrungen des jeweiligen anderen Landes lernen.

Allerdings muss dazu zunächst präzisiert werden, was unter “Konstitutionalisierung” zu verstehen ist. Der Begriff hat keinen festen rechtsdogmatischen oder methodologischen Gehalt. Von einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts oder des Europarechts zu sprechen, meint etwas anderes, als den Begriff in Bezug auf eine nationale Rechtsordnung zu gebrauchen. Für das nationale Recht lässt sich Konstitutionalisierung am ehesten als “die Anpassung, Ausrichtung und Umbildung der einfachen Rechtsordnung an die sich nicht in strikten wie schlichten geboten- und verbotenerschöpfenden Vorgaben der Verfassung” definieren⁹⁵. Sie ist ein Vorgang, der alle Teile der Rechtsordnung, das Zivilrecht ebenso wie das Verwaltungsrecht, erfasst⁹⁶. Dabei geht es um mehr als eine einzelne konkrete Vorschrift der Verfassung mit den entsprechenden Bestimmungen des einfachen Rechts abzugleichen. Die gesamte Rechtsordnung soll primär an den grundlegenden Entscheidungen, an den Zielen und den Werten der Verfassung, ausgerichtet werden. Andererseits ist die Konstitutionalisierung auf konkrete Verfassungstexte bezogen. Unterschiede und Gemeinsamkeiten – letztere auch mit Blick auf die europäischen Verfassungstexte – können so konkret bestimmt werden. Eine so verstandene Konstitutionalisierung ist geeignet, die Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht aus dem Bann staatstheoretischer Spekulationen zu lösen.

1. Die Entwicklung unter dem Grundgesetz

Für Deutschland ist das Inkrafttreten des Grundgesetzes das entscheidende Datum. Sein Erlass “markiert für die einfache Rechtsordnung einen fundamentalen Neubeginn. Seinen deutlichsten Ausdruck findet dieser im Verwaltungsrecht im Untergang des obrigkeitstaatlichen Anstaltsstaates und in der Begründung eines bürgerschaftlich-grundrechtlich disziplinierten und legitimierten Verwaltungsstaates.”⁹⁷ Die Verfassungsurkunde von 1949 bot von Anfang an eine einheitliche Textgrundlage, deren normativer Geltungsanspruch für alle staatlichen Gewalten – für die Exekutive und die Justiz ebenso wie für die Legislative – klar formuliert ist: die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, Verwaltung und Justiz sind an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3).

⁹⁵ G. F. Schuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 57.

⁹⁶ Vgl. J. Caillousse, Droit public – droit privé: sens et portée d’un partage académique, AJDA 1996, 955 (960).

⁹⁷ So C. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Anm.3), 73 (109).

Vor allem die Grundrechte, nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar geltende Rechte und nicht nur Programmsätze, erwiesen sich als die Entwicklungsmotoren⁹⁸. Zunächst stand die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, das "formelle Hauptgrundrecht", im Mittelpunkt. In seinem Lichte wurden das Verwaltungsprozessrecht und das Allgemeine Verwaltungsrecht rechtsschutzintensiv umgestaltet. Das Verwaltungsermessen wird zur unerwünschten Restkategorie; der Richter ist prinzipiell zu vollständiger Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht aufgerufen. Wenig später kamen die materiellen Grundrechte hinzu⁹⁹: "Grundrechte als Ermessensdeterminanten", "Grundrechtsschutz im Verwaltungsverfahren", grundrechtliche Schutzansprüche. "Die so umschriebene Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in die gesamte Rechtsordnung führt dazu, dass neben der einfach-rechtlichen Argumentation ein zweiter Diskurs unter dem Vorzeichen verfassungsrechtlicher und grundrechtlicher Maßstäbe eröffnet wird."¹⁰⁰ Später wurde auch die Bestimmungskraft des Demokratieprinzips, vor allem für das Verwaltungsorganisationsrecht, genauer entfaltet¹⁰¹.

Die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts wurde von allen Entwicklungskräften getragen: den Verwaltungsgerichten, der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Wissenschaft. Eine Opposition, die zunächst noch bestanden hatte¹⁰², war in der Folgezeit selten zu spüren. Fritz Werners berühmtes Wort "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht" (1959) wurde schnell zum herrschenden Paradigma. Das Bewusstsein, nach den Erfahrungen des nationalsozialistischen Unrechtsregimes dem Individuum eine besonders feste Rechtsposition zu schaffen, erklärt die Emphase, mit der die Entwicklung vorangetrieben wurde. Die Bindungswirkung, die § 31 Abs. 1 BVerfGG dem Tenor und den tragenden Gründen der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen verleiht, und die Möglichkeit, mit der Verfassungsbeschwerde letztinstanzliche Urteile der Fachgerichte durch das Bundesverfassungsgericht auf ihre Grundrechtskonformität überprüfen zu lassen, bilden die rechtstechnischen Verankerungen für eine Konstitutionalisierung der Gesamtrechtsordnung, die als solche aber auch allein kraft ihrer Eigendynamik voranschritt und dieses auch weiter tun wird. Insbesondere gab es kaum Spannungen zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁰³. Die Verfassung war die

⁹⁸ R. Wahl, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, in: Der Staat, Bd. 38 (1999), 495 (496 f.).

⁹⁹ Schmidt-Aßmann (Anm. 55), 2. Kap. Tz. 32 f.

¹⁰⁰ Wahl (Anm. 98), 497.

¹⁰¹ Dazu unten IV.

¹⁰² Vgl. z.B. W. Weber, Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht der Richter, 1958, abgedr. in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl. 1970, 143 f. Auf die Besonderheiten des Verfassungsrechts, das "nicht zu sehr konkretes wie konzentriertes Recht" ist, hinweisend P. Lerche, DVBl. 1961, 690, 692; vgl. auch ders., in: FS für Stern, 1997, 197 f.

¹⁰³ Einen Sonderfall bildet allerdings der Widerstand, den der Bundesgerichtshof dem Bundesverfassungsgericht und seiner Enteignungsschädigungsrechtsprechung (BVerfGE 58, 300) entgegensetzte, um die von ihm richterrechtlich entwickelten Institute des enteignungsgleichen und des enteignenden Eingriffs aus dem Bannkreis des Art. 14 Abs. 3 GG herauszuhalten; vgl. nur BGH NJW 1984, 1169 und 1869.

gemeinsame Basis. Die Verwaltungsgerichte folgten dem Bundesverfassungsgericht unter ausführlicher Bezugnahme auf dessen Entscheidungen und trugen ihrerseits zur Verdichtung der verfassungsrechtlichen Regelungen im Verwaltungsrecht bei. Das Verfassungsrecht ist in der Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte zur allgegenwärtigen Größe geworden.

Seine grundgesetzliche Ausrichtung hat das Verwaltungsrecht zu vielen positiven Erkenntnissen und zu einem besseren Verständnis seiner Aufgaben geführt. Auf neue Herausforderungen, vor allem solche der Technik, konnte rechtlich reagiert werden. Das lässt sich an der Entfaltung des Datenschutzrechts auf der Basis des grundrechtlich fundierten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung¹⁰⁴ und an den grundrechtlichen Schutzaufträgen im Umweltverwaltungsrecht zeigen¹⁰⁵. Obwohl das Verfassungsrecht eine besondere Stabilität auszeichnet, fungierten die Grundrechte nicht selten gerade als Rezeptoren für den Wertewandel im öffentlichen Bewusstsein und erwiesen sich damit als die eigentlich dynamischen Bestandteile der Rechtsordnung.

Freilich war nicht alles neu: Zahlreiche Sicherungen, die heute dem Verfassungsrecht zugeordnet werden, waren seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert bereits als allgemeine Rechtsgrundsätze herauspräpariert worden¹⁰⁶. Sie wurden auf philosophische Staatszwecklehren und auf Einsichten praktischer Verwaltungsführung zurückgeführt¹⁰⁷. Die einsetzende Konstitutionalisierung änderte das: "Diese Methode der Gewinnung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Verwaltungsrechts durch Konkretisierung von Verfassungsprinzipien hat die früheren Methoden der Ableitung von Rechtsgrundsätzen weitgehend verdrängt."¹⁰⁸ Sie hat sie – freilich mit einigen methodisch nicht unbedenklichen Konsequenzen – zugleich auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist dafür das am häufigsten angeführte Beispiel. Dabei wurden manche Folgerungen als Ergebnisse der Verfassungsinterpretation ausgegeben, die allenfalls als plausible Erkenntnisse im Range des einfachen Rechts angesehen werden können. Diese Entwicklungsdynamik der "Konkretisierungs"-Formel – das zeigen die deutschen Erfahrungen – kann die Eigenständigkeit des Verwaltungsrechts bedrohen und die Gestaltungsmöglichkeiten der Gesetzgebung unzulässig einschränken. Heute wird in der Literatur daher vor diesen Folgen einer überzogenen Konstitutionalisierung gewarnt¹⁰⁹.

¹⁰⁴ BVerfGE 65, 1 f.

¹⁰⁵ BVerfGE 53, 30 f.

¹⁰⁶ H.-U. Erichsen, Verfassungs- und Verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, 1971, 123 f.; M. Stolleis, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, 394 f.

¹⁰⁷ R. Mußgnug, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600 Jahr Feier der Universität Heidelberg, 1986, 203 f.

¹⁰⁸ So F. Ossenbühl, Allgemeine Rechts- und Verwaltungsgrundsätze – eine verschüttete Rechtsfigur?, in: FG für das BVerwG (Anm. 14), 289 (293).

¹⁰⁹ R. Breuer, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und Demokratiegebotes, in: FG für das BVerwG, *ibid.*, 1. Kap. Tz. 18 f., 223 f.; Schmidt-Aßmann (Anm. 55), 10 f.

2. Die Ausstrahlungen des “*bloc de constitutionnalité*”

Die französische Entwicklung begann später und verlief bisher behutsamer. Das hat mit den Besonderheiten der Verfassungsmäßigkeitskontrolle und der Mehrschichtigkeit der einschlägigen Verfassungstexte, aber auch mit der sich erst nach und nach festigenden Position des Conseil constitutionnel zu tun.

a) Stellung des Conseil constitutionnel

Die Rolle des CC ist nicht mit derjenigen des BVerfG vergleichbar, und seine Rechtsprechung, die zur Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts beigetragen hat, entwickelte sich aus verschiedenen Gründen später und langsamer als diejenige des BVerfG. Der CC war zunächst als Instrument der Regierung gegenüber dem Parlament konzipiert: Der CC sollte die Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen von Gesetz und Verordnung (Abgrenzung zwischen Art. 34 und 37 der Verfassung und zwischen Kompetenzen der Legislative und der Exekutive) kontrollieren und das Parlament beaufsichtigen¹¹⁰. In der Zeit zwischen 1959 und 1971 finden sich nur wenige Entscheidungen¹¹¹. Erst ab 1971 definiert der CC die Maßstäbe, die er für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit anwenden will: Die Anzahl der Normen mit Verfassungsrang wird erweitert¹¹². Nicht nur die Bestimmungen der Verfassung von 1958, sondern auch die Bestimmungen, die in der Präambel der Verfassung verankert sind, sollen Gegenstand seiner Kontrolle sein. Erst ab 1971 gewinnt der Inhalt der Verfassung an Normativität: Der Gegenstand der Verfassungsmäßigkeitsprüfung ist ab diesem Zeitpunkt vergleichbar mit demjenigen der durch des BVerfG ausgeübten Kontrolle. Auf dieser Basis – und seit der Reform vom 29. Oktober 1974, die zu einer Ausweitung der Verfassungskontrolle der Gesetze geführt hat, durch die Möglichkeit für die parlamentarische Opposition, einen Antrag für die präventive Normenkontrolle zu stellen¹¹³ – kann der CC eine eigene Rechtsprechung und eine eigene Grundrechtsdogmatik entwickeln.

¹¹⁰ Der CC beschreibt sich selbst in der Entscheidung vom 6.11.1962 als “*organe régulateur de l’activité des pouvoirs publics*” (20 DC, Rec., 27). Zur historischen Entwicklung des CC und der Verfassungsmäßigkeitskontrolle in Frankreich, siehe Rousseau (Anm. 94), 23 f. Die Autoren, die in dieser Analyse die eingeschränkte Rolle des CC in dieser Zeit ablehnen, kritisieren eine zu strenge Analyse der Verfassung: Sie enthält nicht nur organisatorische Bestimmungen sondern auch Bestimmungen, die zum Teil die Grundrechte betreffen. Vgl. M. Waline, Préface de la première édition (März 1975), in: Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 2001, XIX; Rousseau, *ibid.*, 29.

¹¹¹ In diesen Zeitraum fallen weniger als 44 Entscheidungen (die Entscheidung vom 16.7.1971 trägt die Nummer 44, die Entscheidung vom 30.11.2006 trägt die Nummer 543), nur 22 betrafen die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen (16 verfassungsausführende Gesetze und 6 einfache Gesetze).

¹¹² Entscheidung 44 DC vom 16.7.1971, Rec. 29 über das Gesetz betreffend Vereinigungen.

¹¹³ Gemäß Art. 61 Abs. 2 der Verfassung haben der Präsident der Republik, der Premierminister, der Präsident der Nationalversammlung, der Präsident des Senats, sechzig Abgeordnete oder sechzig Senatoren ein Antragsrecht. Es gibt keine Verfassungsbeschwerde, also keine Möglichkeit für einzelne Bürger, den Conseil constitutionnel anzurufen.

Der CC prüft jedoch nur abstrakt und präventiv die Verfassungsmäßigkeit von bestimmten Normen. Allein Gesetze¹¹⁴, die vom Parlament beschlossen wurden, aber noch nicht vom Präsidenten der Republik verkündet worden sind, und völkerrechtliche Verträge, die noch nicht von der exekutiven Gewalt ratifiziert worden sind¹¹⁵, sind Gegenstand seiner Kontrolle. Die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von verfassungsändernden Gesetzen ist demgegenüber stark eingeschränkt¹¹⁶; Gesetze, die durch Volksentscheid angenommen worden sind¹¹⁷, oder Gesetze, die schon in Kraft getreten sind¹¹⁸, sind von der Verfassungsmäßigkeitskontrolle des CC ausgeschlossen. Es gibt durch den CC auch keine verfassungsrechtliche Kontrolle der sonstigen staatlichen Handlungen anlässlich einer konkreten Rechtsstreitigkeit. Das schließt nicht aus, dass es eine "Verfassungsmäßigkeitskontrolle" dieser Handlungen durch die Fachgerichte gibt¹¹⁹. Die Verwaltungsgerichte kontrollieren die Verfassungsmäßigkeit von "Verwaltungsakten"¹²⁰, wenn der Akt keine direkte Anwendung eines Gesetzes darstellt. Der Conseil d'Etat hat sogar im Jahre 1996 einen von den Gesetzen der Republik anerkannten essentiellen Grundsatz, der noch nicht vom CC anerkannt worden war, als unmittelbar anwendbare Verfassungsnorm anerkannt: Die Auslieferung eines Ausländers muss verweigert werden, wenn der Auslieferungsantrag auf politischen Motiven beruht¹²¹. Es liegt also nicht allein in der Zuständigkeit des CC, Normen Verfassungsrang zuzuerkennen. Die Fachgerichte übernehmen aber in der Praxis selten diese Rolle, da sie die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nicht überprüfen sollen. Der CC hat auch keine Befugnis, eine Gerichtsentscheidung zu überprüfen oder gegebenenfalls aufzuheben. Insbesondere fehlt die Zuständigkeit für Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden, die sich beim BVerfG oft als Ansatz für verwaltungsrechtliche Impulse erwiesen hat¹²². Nur verfassungskonforme Auslegung

¹¹⁴ Art. 61 der Verfassung.

¹¹⁵ Art. 54 der Verfassung.

¹¹⁶ Vgl. Entscheidungen des CC 92-312 DC vom 2.9.1992, Rec., 94 (*Maastricht II*), cons. 19 und 2003-469 DC vom 26.3.2003, Rec., 293, über die Dezentralisierungsreform.

¹¹⁷ Vgl. Entscheidungen des CC 62-20 DC vom 6.11.1962, Rec., 27: Der CC hat keine Kompetenz, um die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, die direkt die nationale Souveränität betreffen, zu kontrollieren. Diese Interpretation ist z.B. am 23.9.1992 (Entscheidung 92-313 DC, Rec., 94, *Maastricht*) wieder bestätigt worden.

¹¹⁸ Art. 61 der Verfassung. In der Praxis überprüfen die Fachgerichte inzidenter die Konformität von Gesetzen mit internationalen Verträgen: Vertragswidrige Gesetze werden nicht angewendet.

¹¹⁹ Vgl. L. Favoreu/T. S. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, 1992; M. Fromont, *Le contrôle de constitutionnalité exercé par les juridictions ordinaires françaises*, in: B. Ehrenzeller (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift Y. Hantgartner, 1998, 183; O. Schramck, *Droit administratif et droit constitutionnel*, AJDA 1995, 37.

¹²⁰ Nach deutscher Auffassung sind nur Einzelregelungen Verwaltungsakte, während "*actes administratifs*" Einzelakte und Verordnungen umfassen. Der "*acte administratif*" unterliegt der Anfechtungsklage ("*Recours pour excès de pouvoir*"). Rechtsvergleichend Fromont (Anm. 4), 163 ff. und 177 ff.

¹²¹ Vgl. CE, *Koné*, 3.6.1996, Rec. Lebon, 255.

¹²² Z.B. BVerfGE 33, 1 (*Strafgefangeneneentscheidung*), BVerfGE 84, 34 (*Prüfungseentscheidung*).

gen einer Vorschrift sollen aufgrund der absoluten Rechtskraft einer Entscheidung des CC von den Fachgerichten beachtet werden. Das Prinzip der Rechtskraft der Entscheidung wurde vom Conseil d'Etat anerkannt¹²³ und von der Cour de cassation genau ausgelegt¹²⁴.

b) Erscheinungsformen der Konstitutionalisierung

Zunächst muss das Phänomen der eigentlichen Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts von der Theorie der verfassungsrechtlichen Quellen des Verwaltungsrechts unterschieden werden¹²⁵, die von Georges Vedel ab dem Jahre 1954 entwickelt worden ist¹²⁶. Die Theorie von G. Vedel hatte die Definition des Verwaltungsrechts als eines autonomen Rechts – gegenüber dem Privatrecht – zum Ziel: In der Verfassung sollten die Grundlagen des Verwaltungsrechts verankert und der Anwendungsbereich des Verwaltungshandelns definiert sein. Gerade die Besonderheiten des Verwaltungsrechts sollten ihre Grundlage in der Verfassung finden und die Begriffe des “*service public*” und der “*puissance publique*” dürfen nicht als Schlüsselbegriffe des Verwaltungsrechts betrachtet werden. Diese Theorie, die eine Kontroverse zur Folge hatte¹²⁷, hat sich in ihrer Grundthese als richtig erwiesen: Die Grundlagen des Verwaltungsrechts sind in der Verfassung verankert. Jedoch wird diese These heute auf andere als die von Vedel vorgebrachten Argumente gestützt¹²⁸. Ihre heutige Begründung hat sich erst ab den 1980er Jahren als Folge der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel entwickelt¹²⁹.

¹²³ Vgl. CE, 20.12.1985, *SA Etablissements Outters*, Rec. Lebon, 382.

¹²⁴ Vgl. Cour Cass, 10.10.2001, *Breisacher*, RFDA 2001, 1186: Das Prinzip der Rechtskraft ist nur für die Vorschriften, die der Kontrolle des CC unterworfen sind, anerkannt (“*ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel*”).

¹²⁵ Siehe L. Favoreu, La constitutionnalisation du droit, in: J.-B. Auby, *Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit*, 1996, 25; J. Caillousse, *Quel droit administratif enseigner aujourd'hui?*, *Revue administrative*, Bd. 328, 2002, 343.

¹²⁶ G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, Bd. 7, 1954, 21. Diese Theorie ist von Vedel selbst weiterentwickelt worden in: *Droit administratif*, 1. Aufl. 1958, Bd. 1, 9s. Siehe auch P. Delvolvé, *L'apport du doyen Vedel au droit administratif*, RFDA 2002, 222.

¹²⁷ C. Eisenmann, *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, RDP 1972, 1345. Eisenmann ist stark von der Theorie von Carré de Malberg beeinflusst, die eine normative Qualität der Verfassung ablehnt. Über diese Kontroverse, siehe auch G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, in: P. Amselek, *La pensée de Charles Eisenmann*, 1986, 133, 135; E. Breen, *Le doyen Vedel et Ch. Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif*, RFDA 2002, 232.

¹²⁸ Für G. Vedel sind die Besonderheiten des Verwaltungsrechts und des “*régime administratif*” (z.B.: getrennte Gerichtsbarkeit, Kompetenz der Exekutive, Einzelentscheidungen zu treffen und Verträge zu schließen und die Verpflichtung, das Legalitätsprinzip zu respektieren) in der Verfassung verankert: Diese Elemente sollen der Regierung/Verwaltung erlauben, ihre verfassungsrechtliche Aufgabe der Gesetzesanwendung bzw. nach 1958 (und der Einführung des Art. 37) ihre autonome Aufgabe als exekutive Gewalt zu erfüllen.

¹²⁹ In diesem Sinn Rousseau (Anm. 94), 407 f.

Durch den Conseil constitutionnel erhielt die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts eine neue und andere Qualität: Sie hat die durchgängige Orientierung des Verwaltungsrechts an den in der Verfassung enthaltenen Prinzipien zur Folge. Das sind die Prinzipien, die in der “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen” (DDHC) enthalten sind, sowie die, die in der Präambel der Verfassung von 1946 verankert sind: die von den Gesetzen der Republik anerkannten essentiellen Grundsätze (“*principes généraux reconnus par les lois de la République*”) und die politischen, wirtschaftlichen, und sozialen Grundsätze, die für unsere Zeit besonders notwendig sind (“*les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*”). Durch seine Rechtsprechung gibt der Conseil constitutionnel der Verfassung einen normativen Gehalt, der im verwaltungsrechtlichen Bereich – wie auch in den anderen Rechtsbereichen – umgesetzt werden muss. Es ist die Orientierung an der Verfassung, die zu einer Annäherung der verschiedenen Rechtszweige führt¹³⁰.

Der Einfluss des Verfassungsrechts als Orientierungsquelle ist zunächst im Bereich der Grundrechte deutlich geworden¹³¹. Der Conseil constitutionnel hat ab 1971 jedem Grundrecht einen normativen Inhalt gegeben. Er hat einen verfassungsrechtlichen Rahmen entwickelt, an den sich der Gesetzgeber, aber auch die Regierung und die Verwaltung halten müssen¹³². Das Eindringen dieser Prinzipien in das Verwaltungsrecht lässt sich an der Rechtsprechung des Conseil d’Etat zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (“*principes généraux du droit*”, PGD) zeigen. Allgemeine Prinzipien des Rechts sind ungeschriebene Normen, die der CE seit 1945¹³³ entwickelt hat, ohne die Quelle zu zitieren. Der CE hat sich traditionell einer Bezugnahme auf bestimmte Texte enthalten, die zwar in der Tat die inhaltliche Quelle der PGD, nicht aber ihre formelle Quelle sein könnten. Diese Prinzipien sind vor allem sehr stark von der DDHC inspiriert¹³⁴, also von einem Text, der seit

¹³⁰ L. Favoreu stellt fest: “[Le phénomène de constitutionnalisation] contribue à relativiser la distinction classique entre droit public et droit privé.” Vgl. L. Favoreu, La constitutionnalisation du droit, in: J.-B. Auby, L’unité du droit, Mélanges Roland Drago, 1996, 25, 40.

¹³¹ L. Favoreu hat den Einfluss der deutschen Lehre bei der Feststellung des Konstitutionalisierungsprozesses betont. Vgl. Favoreu, *ibid.*, 27: “Le thème et la problématique de la constitutionnalisation du droit [...] n’auraient pu être développés sans l’aide du droit comparé.” Er zitiert M. Fromont und seine Analyse des Schutzes der Grundrechte in der BRD. M. Fromont, Les droits fondamentaux dans l’ordre juridique de la République fédérale d’Allemagne, in: Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann, 1975, 49, gibt folgende Definition des Prozesses der Konstitutionalisierung: “la théorie des droits fondamentaux a vocation à exercer une profonde influence sur l’ensemble du droit allemand, soit par la déduction de nouvelles règles de droit, soit par l’annulation des dispositions contraires, soit encore par l’interprétation des règles existantes dans un sens conforme à la Constitution” (56, 57).

¹³² Vgl. folgende Entscheidung des CC: 84-181 DC vom 11.10.1984, Rec., 78; 84-185 DC vom 18.1.1985, Rec., 36; 85-187 DC vom 25.1.1985, Rec., 43. Allgemein über diese Rechtsprechung siehe Rousseau (Anm. 94), 410 f.; B. Mathieu/M. Verpeaux, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, 2002, 505 f.

¹³³ Siehe CE, 26.10.1945, *Aramu et autres*, Rec. Lebon, 213.

¹³⁴ Siehe CE, 11.07.1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. Lebon, 317: Über die Assoziierungsfreiheit.

1971 Verfassungsrang genießt¹³⁵. Jedoch sind diese allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts nur für die Verwaltung bzw. für die Regierung zwingend¹³⁶. G. Vedel stellte bei der Analyse dieser Rechtsprechung fest, dass nur unmittelbare verfassungsrechtliche Bestimmungen das Verwaltungsrecht beeinflussen könnten¹³⁷. Andere Autoren nahmen an, dass es eine verfassungsrechtliche und eine verwaltungsrechtliche Ebene geben müsse¹³⁸. Diese These ist aber seit 1990 nicht mehr vertreten worden. Die Annäherung zwischen beiden Normgruppen ist unbestritten. Der Conseil d'Etat bezieht sich in seiner Rechtsprechung nun zum Teil unmittelbar auf Verfassungsbestimmungen, nennt die formelle verfassungsrechtliche Quelle der Prinzipien, die er anwendet¹³⁹, oder bezieht sich auf verfassungsrechtliche Prinzipien anstatt auf allgemeine Prinzipien gleichen Inhalts¹⁴⁰.

Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Grundrechten (d.h. vor allem der Rechtsprechung des CC, aber auch derjenigen des Straßburger Gerichtshofs für Menschenrechte) hat auch zu einer Vertiefung der Kontrolle der Verwaltungsaktivitäten durch die Gerichte geführt¹⁴¹. Bis 1995 waren disziplinarische Maßnahmen im Gefängnis oder in der Armee nicht als "*actes administratifs*" betrachtet worden, sondern als "*mesures d'ordre intérieur*". Solche Maßnahmen wurden in der Rechtsprechung als für den Adressaten nicht zu Beeinträchtigungen führend betrachtet und unterlagen damit nicht der Anfechtungsklage¹⁴². Im Fall "*Hardouin und Marie*" vom 17. Januar 1995¹⁴³ hat der Conseil d'Etat entschieden, dass eine disziplinarische Maßnahme schwerwiegende Folgen für den Adressaten habe und daher der Anfechtungsklage unterliegen sollte. Der Conseil d'Etat hat auch die Anzahl der Regierungsentscheidungen, die seiner Kontrolle nicht unterlagen, nach und nach reduziert. Die sogenannten "*actes de gouvernement*" betreffen heute hauptsächlich Aktivitäten der Regierung im Bereich der Innen-¹⁴⁴ oder der Außenpolitik¹⁴⁵.

¹³⁵ Siehe Entscheidung des CC 71-44 DC vom 16.7.1971, Rec., 29.

¹³⁶ Dies gilt ausnahmslos, vgl. dazu die Entscheidung des CE vom 26.7.1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, Rec. Lebon, 394.

¹³⁷ G. Vedel, *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*, in: *Le juge et le droit public*, Mélanges Waline, 1974, 777.

¹³⁸ Siehe Chapus (Anm. 34), 114. Zu dieser These L. Favoreu, *Dualité ou unité d'ordre juridique: Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents?*, in: *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, 1988, 145.

¹³⁹ Siehe Beispiele bei Chapus (Anm. 34), 110.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 115.

¹⁴¹ Über die Entwicklung des Rechts im Bereich der Staatshaftung: *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public, EDCE, Bd. 56, 2005, 201.

¹⁴² Über die Rechtslage vor 1995, siehe M. Long/P. Weil/G. Braibant/P. Delvolvé/B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 2005, 733 f.

¹⁴³ CE, *Hardouin et Marie*, 17.1.1995, Rec. Lebon, 82 und 85.

¹⁴⁴ Z.B. die Entscheidung, die Nationalversammlung aufzulösen, wird nicht der Kontrolle der Verwaltungsgerichte unterworfen; vgl. CE, *Allain*, 20.1.1989, Rec. Lebon, 60.

¹⁴⁵ Z.B. die Entscheidung des Präsidenten der Republik, die Nuklearversuche wiederaufzunehmen: Vgl. CE, *Association Greenpeace France*, 29.9.1995, Rec. Lebon, 348.

Darüber hinaus hat der CC der Verwaltung nach und nach in verschiedenen Teilbereichen einen verfassungsrechtlichen Rahmen gegeben. Diese Teilbereiche betreffen sowohl das Allgemeine als auch das Besondere Verwaltungsrecht, wobei dieser Unterscheidung in Frankreich aufgrund der weniger starken systematischen Ausrichtung der Verwaltungsrechtswissenschaft eine geringere Bedeutung zukommt als in Deutschland.

- Eher dem Allgemeinen Verwaltungsrecht zuzurechnen sind Entscheidungen zum Vertragsrecht¹⁴⁶, zum Begriff und Recht des “*service public*”¹⁴⁷, zum Verwaltungsverfahren¹⁴⁸, zum Recht der öffentlich-rechtlichen Anstalten¹⁴⁹, zum Enteignungsrecht¹⁵⁰ und zu den Kompetenzen der Verwaltungsgerichte¹⁵¹.

- Aus dem Besonderen Verwaltungsrecht können zum Beispiel folgende Bereiche genannt werden: das Kommunalrecht¹⁵², das öffentliche Dienstrecht¹⁵³, die Stadtplanung, das Ausländerrecht, das Recht der öffentlichen Aufträge, der Rechtsrahmen für die Regulierungsbehörden oder “*autorités administratives indépendantes*”¹⁵⁴.

3. Die Zukunft des Konstitutionalisierungsgedankens

Trotz eines unterschiedlichen Textkorpus und trotz unterschiedlicher Rezeptionsmechanismen hat sich die Konstitutionalisierung als eine gemeinsame Ordnungsidee des modernen Verwaltungsrechts in beiden Ländern erwiesen. Verfassungsrechtliche, vor allem grundrechtliche Argumente sind immer stärker in die Entscheidungsgrundlagen der Fachgerichtsbarkeiten eingedrungen. Sie haben zahlreiche Bastionen, die sich im traditionellen Verwaltungsrecht fanden, geschleift. Man denke nur an die besonderen Gewaltverhältnisse der Strafgefangenen und der Soldaten. Die Rechtsquellen sind vielfältiger geworden. Die Gerichte sind in ihren Aufgaben zusammengedrückt. Anschaulich wird in der französischen Literatur von “*droits siamois*” und “*juges janus*” gesprochen¹⁵⁵.

¹⁴⁶ Vgl. CC 83-160 DC vom 19.7.1983, Rec., 43.

¹⁴⁷ Die Rechtsprechung betrifft die Voraussetzungen und Modalitäten der Nationalisierung und Privatisierung. Sie betrifft auch die Prinzipien, die das Funktionieren eines “*service public*” betreffen: Gleichheit und Kontinuität. Vgl. S. B r a c o n n i e r, Droit des services publics, 2003, 14 f.

¹⁴⁸ Vgl. S c h r a m e c k (Anm. 119), 29.

¹⁴⁹ CC, 83-168 DC vom 20.1.1984, Rec., 38.

¹⁵⁰ CC, 89-257 DC vom 25.7.1989, Rec., 53.

¹⁵¹ CC, 86-224 DC vom 23.1.1987, Rec., 8.

¹⁵² CC, 82-137 DC vom 25.2.1982, Rec., 38.

¹⁵³ CC, 88-251 DC vom 12.1.1989, Rec., 10.

¹⁵⁴ CC, 88-248 DC vom 17.1.1989 über den CSA, Rec., 18.

¹⁵⁵ S c h r a m e c k (Anm. 119), 35.

a) Gefahren methodischer und struktureller Verzerrungen

Dass die Entwicklung neben zahlreichen positiven Effekten auch bedenkliche Konsequenzen haben kann, wird in beiden Ländern erkannt. Anders als in Deutschland richtet sich die Kritik in Frankreich vorrangig gegen die Legitimität der Verfassungskontrolle¹⁵⁶ durch den CC. Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber eine unangefochtene Stellung; freilich lassen sich auch ihm gegenüber tiefergreifende Einwände gegen eine zu große Intensität seiner Grundrechtsprüfung, z.B. zur Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG, durchaus nachweisen. Der Conseil constitutionnel ist, was die Festlegungen zu einzelnen Sachthemen betrifft, zurückhaltender als das Bundesverfassungsgericht. So hat er die Menschenwürde zwar als Verfassungsprinzip anerkannt¹⁵⁷, aber die Rechtsfolgen in Fragen der Bioethik offen gelassen wie auch die Frage nach der Existenz anderer in diesem Bereich anwendbarer Verfassungsvorgaben. Freilich gibt es auch andere Beispiele, so z.B. für den Bereich des Asylrechts¹⁵⁸, für den strikte Prinzipien herausgearbeitet wurden. Die Bedenken sind zum einen methodischer und zum anderen struktureller Art.

- Wenn Konstitutionalisierung mit Verfassungsinterpretation verwechselt wird, verliert das einfache Recht seine Flexibilität. Der Verfassungsinterpret wird zum Herren der Entwicklung. Dem kann nur begegnet werden, wenn man sich bewusst hält, dass das Verfassungsrecht das einfache Recht nicht Punkt für Punkt fixiert, sondern vielfältige Spielräume der Ausgestaltung umfasst. "Eine adäquate Konstitutionalisierung ist nur über den steinig und tückenreichen Weg einer Spielraumdogmatik zu haben."¹⁵⁹ Das Thema wird in Frankreich ähnlich diskutiert, wenn sich Autoren mit der Gefahr eines "Imperialismus" der Verfassung und des Verfassungsrechts gegenüber anderen Teilen der Rechtsordnung auseinandersetzen¹⁶⁰. Zutreffend wird gegenüber solchen Befürchtungen betont, dass die Verfassungsprinzipien die Aufgabe haben, Harmonie zwischen den verschiedenen

¹⁵⁶ D. Rousseau, Faut-il supprimer le Conseil constitutionnel? in: ders. (Hrsg.), *Le Conseil constitutionnel en question*, 2004, 7 (17 f.); ders., *La jurisprudence constitutionnelle: quelle nécessité démocratique?*, in: G. Drago/B. François/N. Molfessis, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 1999, 363 (370 f.).

¹⁵⁷ CC 94-343/344 vom 27.7.1994 über die "Bioethikgesetze", Rec., 100.

¹⁵⁸ Vgl. CC 93-325 DC vom 13.8.1993, Rec., 224. Diese Entscheidung hat die Änderung der Verfassung durch die Einfügung des Art. 53-1 zur Folge gehabt. Ähnlich die Änderung des Art. 65 der Verfassung über die Zusammensetzung und Befugnisse des obersten Rates des Richterstandes (*conseil supérieur de la magistrature*). Dazu T. S. Renoux/M. de Villiers, *Code constitutionnel*, 2004, 505.

¹⁵⁹ So zutreffend R. Alexy, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in: *VVDStRL*, Bd. 61, (2002), 7 (13).

¹⁶⁰ G. Vedel, *Propos d'ouvertures*, in: B. Mathieu/M. Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, lehnt die Auslegung der Verfassung als "heiliges Buch" ab: "[*La constitution n'est pas*] un livre sacré où il faut trouver tout ce dont on a besoin depuis les grandes croyances jusqu'aux détails de la vie quotidienne." (13, 14).

Rechtswelten zu schaffen, indem sie sie vereinheitlichen¹⁶¹. Die Aufgaben der Verfassung speziell gegenüber dem Verwaltungsrecht liegen nach dieser Auffassung nicht so sehr darin, Einzelaussagen im Verwaltungsrecht festzuschreiben, als vielmehr darin, größere Entwicklungslinien aufzuzeigen. Das wird in Deutschland heute ähnlich gesehen¹⁶²: Das Verfassungsrecht soll sich als Rahmen fortlaufender Überprüfung überkommener Dogmen und als Rezeptor neuer Entwicklungsanstöße bewähren.

- Strukturell sind gewisse Einseitigkeiten zu befürchten, wenn die Konstitutionalisierung sich ganz an bestimmten verfassungsrechtlichen Garantien orientiert. Das gilt für die dominierend grundrechtliche Ausrichtung des Verwaltungsrechts. Die Rechte des Einzelnen sind ein zentraler Richtpunkt allen staatlichen Handelns. Aber die Verwaltung hat Aufgaben, die über die maximale Berücksichtigung einer Rechtsposition hinausreichen. Sie muss – durchaus im Sinne eines Schutzes der Rechte anderer – effizient handeln können. Dabei geht es nicht um die "Funktionsfähigkeit der Verwaltung", die sich als ein scheinbar etatistisches Argument jedenfalls in Deutschland schnell auf eine nachrangige Position verwiesen sieht. Es geht vielmehr darum, generell den Leistungsauftrag allen staatlichen Handelns auch in seinen unbequemen Konsequenzen anzuerkennen. Das Verwaltungsrecht hat ganz grundsätzlich einen Doppelauftrag¹⁶³. Es soll individuelle Rechte schützen, aber auch den Staatsaufgaben zu wirksamer Erledigung verhelfen. Die Konstitutionalisierung darf nicht dazu führen, dass die Systemperspektive insgesamt einseitig wird. Auch in diesem Punkt erscheinen die französischen Beobachtungen der Konstitutionalisierung nüchterner als die deutschen.

b) Die Rolle europäischer Verfassungstexte

Ein erhebliches Wachstumspotential beinhalten die europäischen Verfassungstexte. Die Konstitutionalisierung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, sichtbar vor allem im Ausbau des Grundrechtsschutzes, beginnt, auf die Nationalrechtsordnungen zurückzustrahlen. Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) nimmt dabei eine vermittelnde Rolle ein: Als völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Konventionsstaaten ist sie Rechtsquelle mit eigenem Geltungsanspruch; zugleich wirkt sie kraft des Art. 6 Abs. 2 des EU-Vertrages als Rechtserkenntnisquelle in Unionsangelegenheiten.

In erster Hinsicht lassen sich signifikante Unterschiede zwischen der französischen und der deutschen Art der Rezeption beobachten¹⁶⁴. Rechtsdogmatisch haben diese Differenzen mit dem unterschiedlichen Rang zu tun, der den völker-

¹⁶¹ D. Rousseau, *Du droit constitutionnel sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel harmonie*, RIDC, 1995, 337.

¹⁶² Schmidt-Aßmann (Anm. 55), 1. Kap. Tz. 19.

¹⁶³ *Ibid.*, 1. Kap. Tz. 30 f.; Th. v. Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996, 5 und 45 ff.

¹⁶⁴ C. Grewe/C. Gusy (Hrsg.), *Menschenrechte in der Bewährung*, 2005, 16.

rechtlichen Verträgen in Frankreich und in Deutschland zukommt. Nach Art. 55 der Verfassung von 1958 erlangen ordnungsgemäß ratifizierte oder genehmigte Verträge in Frankreich mit ihrer Veröffentlichung eine höhere Rechtskraft als Gesetze. Die französischen Gerichte sind befugt, die Völkerrechtskonformität von Gesetzen zu überprüfen und diese ggf. nicht anzuwenden. In der Praxis spielen die Gewährleistungen der EMRK mittlerweile eine erhebliche Rolle¹⁶⁵. Ein Vorrang der Konvention vor der Verfassung besteht allerdings nicht. Ein Fall kollidierender Gewährleistungen zwischen dem französischen Verfassungsrecht und dem Konventionsrecht ist ersichtlich noch nicht vorgekommen.

Mit einem Kollisionsfall hatte sich dagegen das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung vom 14.10.2004 zu beschäftigen¹⁶⁶. Es betont in ihr zwar die Pflicht der deutschen Rechtsanwendungsorgane, sich mit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte auseinanderzusetzen und in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Eine schematische Befolgung wird jedoch abgelehnt, insoweit eine solche ihrerseits gegen Grundrechte der deutschen Verfassung verstoßen könnte¹⁶⁷. Trotz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes soll ein (allerdings weit zurückgenommener) "Souveränitätsvorbehalt" gelten, der einer Unterwerfung deutscher Staatsorgane unter nichtdeutsche Hoheitsakte entgegenstehen soll, die jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogen ist¹⁶⁸. Die Entscheidung vom 14.10.2004 macht auf einen dritten kritischen Punkt der Konstitutionalisierung aufmerksam, der mit der Zunahme einer konstitutionellen Schicht auf der europäischen Ebene an Bedeutung gewinnen wird. Eine Mehrzahl von Gewährleistungen kann nicht nur zu Übersicherungen, sie kann vielmehr auch zu grundsätzlichen Konflikten und zu gegenseitiger Neutralisierung führen. Mehrpolige Grundrechtskonstellationen, in denen sich die Beteiligten auf Grundrechte unterschiedlicher Rechtsschichten und unterschiedlicher Auslegungsstandards berufen, zeigen, dass Konstitutionalisierungsprozesse nicht eindimensional gedacht werden können.

IV. Das demokratische Prinzip und seine Bedeutung in der Reformdiskussion des Verwaltungsrechts

Die Bedeutung des demokratischen Prinzips für die Dogmatik des Verwaltungsrechts ist in beiden Ländern spät entdeckt worden. Lange erschien die Demokratie als eine politische Verfassungsentscheidung, deren juristische Substanz schwer zu entfalten sei; sie war jedenfalls im Hinblick auf die Exekutive durch das jeweilige Regierungssystem abgearbeitet. Das hat sich jedoch in jüngerer Zeit geändert.

¹⁶⁵ Dazu M. Fromont, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der französischen Rechtsordnung, DÖV 2005, 1 f.

¹⁶⁶ BVerfGE 111, 307 f.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 323 f.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 319.

Themen der “Verwaltungsmodernisierung” sind es, die in beiden Ländern nach der Bedeutung des demokratischen Prinzips für die Organisation und die Steuerung der Verwaltung fragen lassen: Die Pluralisierung der Verwaltung durch unabhängige Agenturen, die Bedeutung finanzieller Steuerungsmechanismen, die Rolle von Selbstverwaltungsträgern innerhalb der Verwaltung – sie alle lassen sich als Veränderungen in den demokratischen Grundlagen des Verwaltungsrechts verstehen. Freilich muss man sich gerade beim demokratischen Prinzip davor hüten, schnell Gemeinsamkeiten festzustellen. Gerade hier spielen unterschiedliche Vorverständnisse von Staat, Souveränität, Volksbegriff und staatlicher Einheit für den theoretischen Diskussionsrahmen eine dominierende Rolle¹⁶⁹. Bei der Behandlung konkreter verwaltungsrechtlicher Erscheinungen finden sich dann aber doch erstaunlich ähnliche Argumente.

1. Deutschland: Demokratie als pluralistisches Formprinzip

Noch im Jahre 1990 konnte das Bundesverwaltungsgericht feststellen¹⁷⁰: “Das Demokratieprinzip ist ein objektives Staatsprinzip, das – auch so weit es auf Konsens zwischen Staat und Bürgern und auf die Transparenz staatlichen Handelns angelegt ist – konkrete rechtliche Schlussfolgerungen zugunsten des einzelnen Bürgers nicht ohne weiteres zulässt.” Die Wahrnehmung des demokratischen Prinzips und seiner Bedeutung für das Verwaltungsrecht war lange Zeit diffus. Immerhin anerkannt war, dass nicht nur das aus unmittelbaren demokratischen Wahlen hervorgegangene Parlament, sondern auch die Exekutive ihre institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation unmittelbar aus der Verfassung bezieht¹⁷¹.

Unterschiedliche dogmatische Figuren wurden herangezogen, um Teilaspekte demokratischer Herrschaft im Verwaltungsrecht zu sichern. Einzelgesichtspunkte wurden vor allem im Zusammenhang mit der Ministerverantwortlichkeit behandelt. Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit “ministerialfreier Räume” war ein solcher Topos. Hier gab es eine ältere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1959, in der es hieß, die selbständige politische Entscheidungsgewalt der Regierung und ihre Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament seien “zwingende Gebote der demokratischen rechtsstaatlichen Verfassung”¹⁷². Daraus folge zwar nicht, dass es keinerlei ministerialfreie Räume im Verwaltungsrecht geben dürfe; doch gebe es Regierungsaufgaben, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürften, die von Regierung und Parlament unabhän-

¹⁶⁹ Dazu nur die Beiträge in Grewe/Gusy (Anm. 5) und die Ergebnisse des deutsch-französischen Gesprächskreises für öffentliches Recht, in EuGRZ, 2006, Hefte 12-16.

¹⁷⁰ BVerwG NJW 1991, 936 (937).

¹⁷¹ BVerfGE 49, 89 (125).

¹⁷² BVerfGE 9, 268 (281).

gig seien¹⁷³. Welche Aufgaben gemeint waren und wie stark der verbleibende Einfluss der Regierung notwendig sein sollte, ließ sich danach verlässlich kaum sagen. Wiederum andere Gesichtspunkte kamen ins Spiel, wenn es um die demokratische Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung ging. Die Selbstverwaltung der Gemeinden diene “dem Aufbau der Demokratie von unten nach oben”, hieß es¹⁷⁴. Das zwischen den Demokratievorstellungen der “weisungsfreien Räume” und denjenigen der kommunalen Selbstverwaltung Spannungen bestehen, wurde selten erörtert¹⁷⁵. Eine Systematik, aus der heraus das Grundanliegen des demokratischen Prinzips hätte dargestellt werden können, gab es nicht.

a) Das “klassische” Legitimationsmodell aus dem Jahre 1990

Die Lage änderte sich mit zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom Oktober 1990¹⁷⁶. Der 2. Senat entfaltete darin ein in sich geschlossenes Modell einer demokratischen Legitimation der Verwaltung, das in der Folgezeit die Aufmerksamkeit auf sich konzentrierte und zu wichtigen Präzisierungen im Verwaltungsorganisations- und Verwaltungsverfahrensrecht geführt hat. Selbst wenn dieses Konzept in manchem eine Stringenz der Steuerungszusammenhänge unterstellt, die so nicht zu belegen ist und daher heute auch vom Bundesverfassungsgericht nur noch in stark modifizierter Form vertreten wird, kann ihm ein herausragender Beitrag zur Profilierung des demokratischen Prinzips im Verwaltungsrecht nicht abgesprochen werden.

Die Entscheidungen vom Oktober 1990 setzen an Art. 20 Abs. 2 GG an, demzufolge alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht und von ihm in Wahlen und Abstimmungen weitergegeben wird. Das Legitimationssubjekt “Volk” wird “als eine zur Einheit verbundene Gruppe von Menschen” bestimmt und nach allgemeinen Merkmalen festgelegt, unter denen wiederum die Staatsangehörigkeit unverzichtbar sein soll¹⁷⁷. Taugliches Legitimationssubjekt sollen danach das Bundesvolk, die Landesvölker und die von den Gemeinden und Landkreisen als Gebietskörperschaften erfassten Einwohnergemeinschaften als “Teilvölker” sein¹⁷⁸. Auch die Wahlen zu den kommunalen Vertretungskörperschaften vermitteln folglich uneingeschränkte demokratische Legitimation. Ein klarer Schnitt wird dagegen im Verhältnis zur Betroffenen-Partizipation gemacht. Nach gruppenspezifischen Kriterien und Interessen zusammengesetzte Gremien können demokratische Legitima-

¹⁷³ *Ibid.*, 282.

¹⁷⁴ So schon Art. 11 Abs. 4 der Bayerischen Verfassung von 1946.

¹⁷⁵ Behandelt z.B. von J. O e b b e c k e, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, 141 f.

¹⁷⁶ Zu Vorarbeiten in der Literatur vgl. die Nachweise bei *ibid.*, 67 f.

¹⁷⁷ BVerfGE 83, 37 (51), auch 83, 60 (71).

¹⁷⁸ *Ibid.*, 37 (53 f.).

tion danach nicht vermitteln¹⁷⁹; sie können sie unter Umständen sogar beeinträchtigen¹⁸⁰.

Der Legitimationsvorgang selbst wird als “Zurechnungszusammenhang” verstanden, der dem Volk einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt gewähren muss. Dieser Zusammenhang soll “vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluss auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt” werden¹⁸¹. Im Einzelnen werden drei Legitimationsmodi unterschieden:

- Die sachlich-inhaltliche Legitimation wird vor allem durch das parlamentarische Gesetz und den parlamentarisch beschlossenen Haushalt hergestellt. Hier geht es um die Steuerung der einzelnen Sachentscheidungen und um parlamentarische Kontroll- und Korrekturrechte.

- Die organisatorisch-personelle Legitimation fragt nach den Rückbindungen, die zwischen der Person des die Staatsgewalt ausübenden Amtswalters und dem Träger der Staatsgewalt bestehen. Hier wird das Bild von der “ununterbrochenen Legitimationskette” vom Volk über die von diesem gewählte Vertretung zu den Organen und Amtswaltern gebraucht¹⁸².

- Als institutionell-funktionelle Legitimation wird die schon früher herausgearbeitete verfassungsunmittelbare Stellung der Exekutive bezeichnet, die ihr eine Eigenständigkeit gegenüber Parlament und Gerichten sichern soll.

Die Legitimationsmodi verlangen, die Entscheidungsgefüge und Zurechnungszusammenhänge in der Verwaltung genau zu rekonstruieren. Sie sollen allerdings nicht je für sich sondern nur in ihrem Zusammenwirken die von Art. 20 Abs. 2 GG geforderte demokratische Legitimation gewährleisten. Gefordert wird ein “bestimmtes Legitimationsniveau”, das innerhalb der Exekutive – und dort wiederum mit Blick auf die Regierung oder die Verwaltung – unterschiedlich ausgestaltet sein kann¹⁸³. Das “Legitimationsniveau” erscheint zwar als Rechtsbegriff, es besteht jedoch praktisch aus organisationswissenschaftlichen oder sonst praktisch-plausiblen Erkenntnissen über das Entscheidungsverhalten politischer Systeme. Es gestattet, die Zurechnungszusammenhänge in ihrem Umfeld zu sehen und damit in begrenztem Umfang weitere Komponenten in das Legitimationsmodell einzubeziehen und diesem so eine gewisse Flexibilität zu sichern.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 37 (55).

¹⁸⁰ *Ibid.*, 60 (76).

¹⁸¹ *Ibid.*, 60 (71 f.).

¹⁸² *Ibid.*, 83, 60 (72 f.); auch schon BVerfGE 77, 1 (40).

¹⁸³ BVerfGE 83, 60 (72).

b) Kritik und Fortentwicklung

Zunächst wirkte das verfassungsgerichtliche Legitimationsmodell gerade wegen seiner Stringenz faszinierend. Es gestattete, das demokratische Prinzip in präzise dogmatische Aussagen des Verwaltungsrechts auszumünzen¹⁸⁴. Viele Organisationsbereiche sind seither am Maßstab dieses Modells wissenschaftlich vermessen worden, Träger der funktionalen Selbstverwaltung¹⁸⁵, Regulierungsbehörden¹⁸⁶ und öffentliche Unternehmen¹⁸⁷. Auch die rechtliche Durchdringung staatlich-gesellschaftlicher Kooperationsstrukturen im Wirtschafts- und Sozialrecht ist durch Rückgriff auf das skizzierte Modell gefördert worden.

Allerdings hat das Modell auch erhebliche Kritik herausgefordert. Seine Stringenz ist mit Einseitigkeiten in den staatstheoretischen Grundlagen und in den normativen und empirischen Annahmen erkaufte. Es ist das Modell einer streng hierarchisch-bürokratisch aufgebauten Verwaltung, das seine Zurechnungszusammenhänge nach formalen Elementen konstruiert. Das wird insbesondere durch das Bild der "Legitimationskette" und an den Vorstellungen einer durch das Gesetz gesteuerten und dieses genau vollziehenden Verwaltung deutlich. Diese Grundannahmen treffen jedoch so wenig zu wie die zugrundegelegte zentralistische Einheitsvorstellung, die die Vielgliedrigkeit der Verwaltungen im föderalen System Deutschlands nicht erfasst¹⁸⁸. In der Literatur wird gefordert, die Pluralität der Legitimationssubjekte anzuerkennen und den Volksbegriff nicht von einer vorausgesetzten Einheit, sondern von den Freiheitsrechten und der Menschenwürde her zu konzipieren¹⁸⁹.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 hat der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts eine Rechtsprechungsänderung eingeleitet. Er hat sein stringentes Konzept auf die unmittelbare Staatsverwaltung und die kommunale Selbstverwaltung beschränkt; für andere Verwaltungsbereiche wird betont, dass das Demokratieprinzip offen sei für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Organisationsformen zur Ausübung von Staatsgewalt¹⁹⁰. Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung werden nicht im Gegensatz zueinander gesehen; auch die funktionale Selbst-

¹⁸⁴ Ideenreich und präzise dazu M. J e s t a e d t, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 301 f.

¹⁸⁵ W. K l u t h, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 342 f.

¹⁸⁶ Vgl. K. O e r t e l, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, 2000, bes. 317 f.

¹⁸⁷ H. G e r s d o r f, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000.

¹⁸⁸ Vgl. B. P i e r o t h, Plurale und demokratische Strukturen demokratischer Legitimation, EuGRZ 2006, 331 ff.

¹⁸⁹ Dazu mit weiteren Nachweisen H.-H. T r u t e, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, – GVwR I – § 6 Rn. 15 f.; T. G r o ß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 165 f.

¹⁹⁰ BVerfGE 107, 59 (91 f.).

verwaltung verwirkliche “die sie verbindende Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung” – wie unter Bezugnahme auf den Menschenwürdesatz aus Art. 1 Abs. 1 GG ausgeführt wird. Um andere Legitimationssubjekte zu aktivieren, wird es allerdings für erforderlich gehalten, dass der parlamentarische Gesetzgeber ihre Aufgaben und Handlungsbefugnisse ausreichend vorherbestimmt und einer Aufsicht unterstellt¹⁹¹.

Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat diese neuere Linie aufgenommen und die prozeduralen Erfordernisse der Legitimation besonders herausgestellt. In einer Entscheidung vom Juli 2004, die ebenfalls Einrichtungen der funktionalen Selbstverwaltung betrifft, führt er aus, dass die Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie ihrerseits im demokratischen Prinzip wurzeln und gesellschaftlichen Gruppen ermöglichen sollten, in eigener Verantwortung die Ordnung der sie berührenden Angelegenheiten mitzugestalten¹⁹². Auf die strikten Zurechnungszusammenhänge des klassischen Modells wird nicht abgehoben; die Entscheidungen vom Oktober 1990 sind nicht einmal zitiert. Stattdessen wird der parlamentarische Gesetzgeber in die Pflicht genommen, die erforderlichen institutionellen Vorkehrungen zur Wahrung der Interessen der in der funktionalen Selbstverwaltung erfassten Personen zu treffen. “Organisation und Verfahren müssen Gewähr dafür bieten, dass die verfolgten öffentlichen Aufgaben innerhalb der Anstalt für diejenigen, die der Satzungsgewalt unterworfen sind, unter Berücksichtigung ihrer Interessen angemessen wahrgenommen werden”¹⁹³. Das Gesetz müsse – so heißt es weiter – “mittels Vorgaben für das Verfahren der autonomen Entscheidungsfindung eine angemessene Partizipation der Berufsangehörigen an der Willensbildung gewährleisten”¹⁹⁴.

Das demokratische Prinzip ist danach auch in der jüngsten verfassungsgerichtlichen Judikatur als Rechtsprinzip mit normativem Verpflichtungsgehalt anerkannt. Es lässt dem Gesetzgeber allerdings wesentlich mehr Freiheit als die stringenten Zurechnungszusammenhänge des früheren Konzepts. Partizipative und repräsentative Elemente können verbunden werden. Insgesamt ergibt sich daraus ein Legitimationskonzept, das pluralistisch und prozedural geprägt ist¹⁹⁵.

2. Frankreich: Vielfalt der Legitimationsquellen

Anders als in Deutschland wird in Frankreich ein umfassender normativer Inhalt des Demokratieprinzips nicht anerkannt¹⁹⁶. Die Grundprinzipien der politi-

¹⁹¹ *Ibid.*, 59 (94).

¹⁹² BVerfGE 111, 191 (216).

¹⁹³ *Ibid.*, 191 (217).

¹⁹⁴ *Ibid.*, 217.

¹⁹⁵ Umfassend dazu Trute (Anm. 189), § 6 Rn. 60 f.

¹⁹⁶ Siehe Renoux (Anm. 158), 336 f.: Nur die Definition der Demokratie von J. J. Rousseau (*la démocratie est une “forme d’association [...] par laquelle chacun, s’unissant à tous, n’obéisse pour-*

schen Ordnung Frankreichs, die Art. 1 der Verfassung auflistet, sind zwar Unteilbarkeit, Laizität, Demokratie und Sozialstaat¹⁹⁷. Das Demokratieprinzip ist aber in den Kommentaren zur Verfassung nicht thematisiert¹⁹⁸. Der Begriff "Demokratie" wird ausschließlich im politik- und sozialwissenschaftlichen Kontext verwendet¹⁹⁹. Darüber hinaus sind die Begriffe der unteilbaren Republik, des Laizismus, des Sozialstaats wichtige Wertereferenzen und die Prinzipien des Pluralismus und des Schutzes der Souveränität entscheidend²⁰⁰. Die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel bestätigt diese Aussage. Von besonderer Bedeutung ist das Demokratieprinzip in der Phase der Übertragung der Macht vom Volk auf Legislative und Exekutive. Deshalb sind nur Teilaspekte der Demokratie vom CC konkretisiert worden: die Definition des Volkes, der Anwendungsbereich des Referendums und einzelne Fragen des Pluralismus²⁰¹.

Traditionellerweise soll die Verwaltung ihre Legitimation aus dem Souveränitätsprinzip ziehen²⁰². Sie stützt sich folglich auf verschiedene Quellen: zunächst auf eine Legitimation durch die Kontrolle des Parlaments gegenüber der Regierung²⁰³, darüber hinaus auf die eigene Legitimation des vom Volk direkt gewählten Präsidenten. Letzteres gilt umso mehr in Zeiten, in denen der Präsident als "Leader" der parlamentarischen Mehrheit auftritt. Der französischen Exekutive kann damit sogar eine stärkere, nämlich eine doppelte demokratische Legitimation zuerkannt werden als in Deutschland. Ferner ist das Parlamentsgesetz eine traditionelle Quelle der demokratischen Legitimation. Das Gesetz genießt in der französischen Rechtsordnung eine besondere Stellung und hat seit der Zeit der Revolution oft ei-

tant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant") wird bei der Kommentierung von Art. 2 erwähnt.

¹⁹⁷ Das Demokratieprinzip ist in anderen Bestimmungen der Verfassung verankert: Gemäß Art. 2 Abs. 5 ist der Grundsatz der Republik: "Regierung des Volkes durch das Volk und für das Volk". Art. 3 fügt hinzu: "Die nationale Souveränität liegt beim Volke, das sie durch seine Vertreter und durch Volksentscheid ausübt."

¹⁹⁸ Vgl. Renoux (Anm. 158), 329 f.; F. Luchaire/G. Conac (Hrsg.), *La constitution de la République française*, 1987, Art. 1.

¹⁹⁹ Zahlreiche Monographien und Handbücher behandeln das Thema der Demokratie. Die Abgrenzung zwischen Politikwissenschaft und Verfassungsrechtswissenschaft ist dabei allerdings sehr schwierig. Vgl. M. Grawitz (Hrsg.), *Traité de science politique*, 1985 insbesondere Bd. 2. G.G. Burdeau, *Traité de science politique*, Bd. 5, 1985; C. Grewe/H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, 1995, 191 f.

²⁰⁰ Siehe L. Heuschling, *Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre in Frankreich*, in: H. Bauer/P. M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, 33; zu den erkenntnistheoretischen Grundannahmen vgl. ders., *Die Struktur der demokratischen Legitimität im französischen Recht*, *EuGRZ* 2006, 338 ff.

²⁰¹ Näheres Heuschling, *ibid.*, 44 f.

²⁰² Vgl. Art. 3 Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 (DDHC) und Art. 3 der Verfassung.

²⁰³ Art. 20 der Verfassung. Die Regierung ist gem. Art. 20 "nach Maßgabe der Art. 49 und 50 und den darin vorgesehenen Verfahren dem Parlament gegenüber verantwortlich". Siehe G. Marcou, *Verwaltung zwischen parlamentarischer Kontrolle und Partizipation Privater, ein französischer Standpunkt*, *EuGRZ* 2006, 362 f.; D. Baranger, *Executive Power in France*, in: P. Craig (Hrsg.), *The Executive and Public Law: Power and Accountability in Comparative Perspective*, 2006, 217 (239 f.).

ne wichtigere Rolle als die Verfassung gespielt²⁰⁴. Erst seit dem Ende der 1980er Jahre ist der Einfluss der Verfassung auf die gesamte Rechtsordnung – also auch auf das Verwaltungsrecht – intensiv thematisiert worden²⁰⁵. Schließlich stellt die Ausrichtung der französischen Verwaltung am Begriff des “*service public*” und am Allgemeininteresse (“*intérêt général*”) eine Quelle der demokratischen Legitimation dar. Die Förderung und die Verwirklichung des Gemeinwohls sind gleichermaßen Zielsetzung der Verwaltung und des Verwaltungsrechts als auch der demokratischen Gesellschaft.

Diese traditionellen Legitimationsquellen sind in jüngster Zeit jedoch fraglich geworden, insbesondere die parlamentarische Kontrolle der Verwaltung. Diese Kontrolle wird als ungenügend bezeichnet, weil das Parlament zum einen nicht über die notwendigen Instrumente verfüge, um eine unmittelbare Kontrolle der Aktivitäten der Regierung auszuüben²⁰⁶, und weil zum anderen das Gesetz an “Normativität” verloren und seinen allgemeinen Geltungsanspruch zumindest partiell eingebüßt habe²⁰⁷.

Die Reformüberlegungen gehen in zwei Richtungen: Bezüglich des Parlamentsgesetzes hat der CC seit 1998 eine Rechtsprechung entwickelt, die den Gesetzgeber verpflichtet, auf die Bestimmtheit und Zugänglichkeit des Gesetzes zu achten. Diese beiden Ziele haben Verfassungsrang: Nach dieser Rechtsprechung muss das Gesetz einen präzisen normativen Gehalt haben²⁰⁸ (dazu unter 3.). Die Kontrolle durch das Parlament soll in Zukunft durch das reformierte Haushaltsrecht verstärkt werden. Am 1. Januar 2006 ist das Gesetz über die neue Finanzverfassung Frankreichs mit dem Haushaltsgesetz für 2006 vollständig in Kraft getreten²⁰⁹. Ziel dieser Reform ist unter anderem die Verbesserung der Aufsichtsmethoden und der Kontrolle durch das Parlament²¹⁰. Die Änderungen sollen die repräsentative Demokratie stärken²¹¹.

²⁰⁴ Über die wichtige Position des Gesetzes in Deutschland im 19. Jahrhundert, siehe W. Heun, Verfassungsrecht und einfaches Recht, VVDStRL, Bd. 61, (2001), 80.

²⁰⁵ Siehe oben III. 2.

²⁰⁶ Marcou (Anm. 203), 363 f.

²⁰⁷ Über die Infragestellung des Gesetzes als Steuerungsmittel vgl. Bericht Picq über die Reform des Staates, 1994 <<http://admi.net/literacy/picq.html>>, 28 f.; Bericht des CE von 1991 über die Rechtssicherheit (“*sécurité juridique*”), EDCE, Bd. 43, 1991, 15; B. Mathieu, La loi, 2004, 87 f.

²⁰⁸ Siehe folgende Entscheidungen des CC: 98-401 DC vom 10.6.1998, Rec., 258; 99-421 DC vom 16.12.1999, Rec., 136; 2004-499 DC vom 29.7.2004, Rec., 126 und 2004-500 DC vom 29.7.2004, Rec., 116 (über die “Normativität” des Gesetzes). Über die Frage der Qualität des Gesetzes D. Chamussy, Le conseil constitutionnel et la qualité de la législation, RDP 2004, 1740; Mathieu, *ibid.*, 98 f.

²⁰⁹ Das verfassungsausführende Gesetz über die Finanzgesetze vom 1.8.2001 (JORF vom 2.8.2001, 12480) verlangt mehr Transparenz im politischen Entscheidungsverfahren.

²¹⁰ Die Nationalversammlung hat mit Beschluss vom 12.2.2004 Art. 86-8 ihrer Geschäftsordnung in diesem Sinne geändert. Es wird von den Abgeordneten ein Bericht über die Anwendung des Gesetzes 6 Monate nach dem Inkrafttreten des Gesetzes verlangt.

²¹¹ Ebenso Bericht Picq (Anm. 207), 24 f.; Bericht des CE, EDCE, Bd. 43, 1991, 46.

Darüber hinaus ist eine Verstärkung der partizipativen Elemente durch die Eingliederung von unabhängigen Agenturen in die zentrale Verwaltung²¹² und die stärkere Beteiligung des einzelnen Bürgers an den Entscheidungsverfahren auf der nationalen und der lokalen Ebene²¹³ vorgesehen. In diesen Zusammenhang gehörten schon das Akteneinsichtsgesetz von 1978, aber auch das Gesetz von 1979 über die Begründungspflicht für die Verwaltung. Mit dem letzten Gesetz in diesem Kontext vom 12. April 2000 sind weitere Bestimmungen zur Verbesserung der Transparenz im öffentlichen Sektor erlassen worden. Die Veränderung des Verwaltungsselbstverständnisses und der Wahrnehmung des Bürgers durch die Verwaltung lässt sich gut anhand der Titel der Gesetze für den Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts verdeutlichen: Das Gesetz vom 17. Juli 1978 hatte den parlamentarischen Schritt auf dem Weg "zur Verbesserung der Beziehungen zwischen der Verwaltung und der Öffentlichkeit" dargestellt, ohne einen Terminus zu benutzen, der mehr die Existenz von Rechten und Garantien des Individuums unterstreichen könnte. Im Gesetz vom 12. April 2000 wird aus dem bisherigen "administré", dem Verwalteten, ein aktiver Bürger, ein "citoyen"²¹⁴.

3. Die Rolle des parlamentarischen Gesetzes

Für beide Rechtsordnungen ist das parlamentarische Gesetz ein Angelpunkt demokratischer Herrschaftsausübung.

a) Unterschiedliche Ausgangspunkte

Allerdings waren die Perspektiven auf das Gesetz zunächst unterschiedliche²¹⁵: In Frankreich wird traditionell der Charakter des Gesetzes als Ausdruck politischer Einigung und Gestaltung betont, während in Deutschland das Gesetz nach überkommener Auffassung zunächst einmal dazu da ist, die Freiheitssphäre des Individuums gegen staatliche Zugriffe abzusichern. Stark vereinfacht lässt sich sagen: Die erste Ansicht sieht im Gesetz einen Handlungsauftrag der Verwaltung, während die zweite Ansicht auf Schrankensetzung zielend das formalrechtsstaatliche Anliegen betont²¹⁶, nur mit solchen administrativen Eingriffen belastet zu werden, die Punkt für Punkt im Gesetz festgelegt sind. Das hat Konsequenzen für die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit von Gesetzen,

²¹² Siehe unter IV. 5.

²¹³ Vgl. die Vorschläge des Berichtes Picq (Anm. 207), 26 und 29.

²¹⁴ Vgl. J. Arrighi de Casanova/S. Formerly, Une nouvelle étape de l'amélioration des relations entre l'administration et les citoyens: la loi DCRA du 12 avril 2000, RFDA 2000, 725.

²¹⁵ Vgl. W. Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, (Anm. 189), § 10 Rn. 2 f.

²¹⁶ Vgl. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1., 3. Aufl. 1924, 62: "Der Rechtsstaat bedeutet die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung."

die in der traditionellen deutschen Vorstellung möglichst ein Höchstmaß erreichen soll, und für die Vorstellungen vom "Gesetzesvollzug" durch die Verwaltung, der möglichst nach einem Subsumtionsmechanismus ablaufen soll.

Rüdiger Breuer hat die unterschiedlichen Perspektiven des deutschen und des französischen Rechts auf das Gesetz auf das Gegensatzpaar von konditionaler und finaler Rechtsetzung gebracht²¹⁷. "Für das deutsche Verwaltungsrecht ist kennzeichnend, dass es von einem dezidierten Verständnis des Rechtsstaates sowie der Verrechtlichung und der Entpolitisierung der öffentlichen Verwaltung ausgeht und die Beziehung zwischen Verwaltung und Bürger als Rechtsverhältnis mit wechselseitigen Rechten und Pflichten begreift"²¹⁸. Das französische Verwaltungsrecht soll demgegenüber an einer finalen Normstruktur ausgerichtet sein, der ein Verwaltungsrechtsmodell entspreche, das vom Handeln der Verwaltung und von der objektiven Kontrolle her konzipiert sei. Insbesondere das Verwaltungsermessen und die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen sollen nach Breuer deutlich vom deutschen Verwaltungsrecht abweichen²¹⁹.

b) Tendenzen der Annäherung

Die jüngere Entwicklung deutet jedoch darauf hin, dass sich die Unterschiede in der Art der gesetzlichen Programmierung verwischen und die Aufgaben des parlamentarischen Gesetzes zur Steuerung der Exekutive in Frankreich und Deutschland heute ähnlich beurteilt werden.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang zum einen die Beobachtung, dass die französischen Gerichte der Bestimmtheit der Gesetzestatbestände gesteigerte Bedeutung zumessen: So hat der Conseil d'Etat in einer Entscheidung vom 24. März 2006 (*Sté KPMG*) zum ersten Mal das Prinzip der Rechtssicherheit explizit anerkannt und eine Verordnung, die unvollständig war, für nichtig erklärt²²⁰. Auch der Conseil constitutionnel hat seit 1999 die Zugänglichkeit und die Bestimmtheit des Gesetzes als "verfassungsrechtliches Ziel" eingestuft. In einer Entscheidung vom 16. Dezember 1999 ging es um die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes vom 16. Dezember 1999 zur Kodifikation in verschiedenen Bereichen²²¹, das die Regierung gemäß Art. 38 der Verfassung ermächtigte, während eines begrenzten Zeit-

²¹⁷ R. Breuer, Konditionale und finale Rechtsetzung, in: AöR, Bd. 127, (2002), 523, 527 f. und 542 f.

²¹⁸ *Ibid.*, 542.

²¹⁹ *Ibid.*, 545 f.

²²⁰ CE, 24.3.2006, Nr. 288460, *Sté KPMG, Sté Ernst & Young Audit et al., Sté Deloitte et associés*, Behandlung J.-M. Belorgey, JCP 2006, II 10113, 1343; F. Moderne, Sécurité juridique et sécurité financière, RFDA 2006, 483.

²²¹ CC 99-421 DC. Zu dieser Entscheidung siehe M.-A. Frison-Roche/W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, Recueil Dalloz 2000, 361; Bestätigung in den Entscheidungen 2003-468 DC vom 3.4.2003 (Rec., 325) und 2004-499 DC vom 29.7.2004 (Rec., 126). Allgemein zu dieser Rechtsprechung L. Milano, Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi, RDP 2006, 637.

raumes durch gesetzvertretende Verordnungen den gesetzlichen Teil besonderer Gesetzbücher zu erlassen²²². Die Kritik war von den Abgeordneten wie folgt erläutert worden: Um zum Erlass gesetzvertretender Verordnungen ermächtigt zu werden, müsse die Regierung die Zielrichtung ihrer Maßnahmen darstellen²²³. Die abgegebene Darstellung sei nicht ausreichend. Der CC betonte in seiner Entscheidung die Verfassungsmäßigkeit der Anwendung des Verfahrens des Art. 38 durch die Regierung: Der schnelle Erlass von Gesetzen liege im allgemeinen Interesse und eine ausreichende Zielrichtung sei gegeben. Die Darstellung des Regelungsziels erfülle zusätzlich, so der CC, die Anforderungen der Verfassung an die Bestimmtheit und Zugänglichkeit des Gesetzes.

Der Grundsatz der Bestimmtheit oder der Klarheit, der in der Rechtsprechung des CC nicht unbekannt war²²⁴, bekommt jetzt eine verfassungsrechtliche Grundlage: Er ist ein Anwendungsmodus der Verfassung und insbesondere des Art. 6 DDHC (Gleichheitsprinzip), Art. 16 DDHC (Rechtssicherheit), Art. 4 (Freiheit) und Art. 5 DDHC. Das Prinzip ist als Garant der Grundrechte zu verstehen²²⁵.

Der Conseil constitutionnel kontrolliert zusätzlich seit 2004 die "normative Tragweite" von Gesetzen²²⁶. In einer ersten Entscheidung vom 29. Juli 2004²²⁷ über das Gesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten hat er Bestimmungen mangels "normativer Tragweite" für verfassungswidrig erklärt. Art. 2 dieses Gesetzes erlaubte die Verarbeitung von Daten, die Straftaten, strafrechtliche Verurteilungen oder Sicherungsmaßnahmen betreffen, durch juristische Personen des privaten Rechts. Einzige Voraussetzung war ein Auftrag dieser juristischen Person des Privatrechts durch ein Opfer oder potentielle Opfer von Straftaten. Für den Conseil constitutionnel ist diese Bestimmung verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber seine Rolle gemäß Art. 34 der Verfassung nicht erfüllt hat: Er erlässt ein Prinzip (die Verarbeitung von Daten durch Private) und verweist für seine Anwendung auf ein zukünftiges Gesetz; zusätzlich überlässt er der Verwaltung – es handelt sich in diesem Fall um die Commission nationale de

²²² Zur Möglichkeit durch gesetzvertretende Verordnungen ("*ordonnances*") das Recht zu kodifizieren, siehe oben unter II. 4. b).

²²³ Entscheidung 76-72 DC vom 12.1.1977 (Rec., 31).

²²⁴ Entscheidungen 87-226 DC vom 2.6.1987 (Rec., 34); 82-142 DC vom 27.7.1982 (Rec., 52); 98-401 DC vom 10.6.1998 (Rec., 258): Das Gesetz über die Verkürzung der Arbeitszeiten verstößt nicht gegen die verfassungsrechtliche Anforderung der Bestimmtheit des Gesetzes. Gemäß Art. 1 und 13 des Gesetzes nimmt sich der Gesetzgeber nach Beobachtung der Anwendung eine Reform der besonderen Bestimmungen vor. Für den CC sind die infrage gestellten Bestimmungen klar und bestimmt genug, um die Anforderungen des Art. 34 der Verfassung zu erfüllen (cons. 10).

²²⁵ In diesem Sinne Frison-Roche/Baranès (Anm. 221), 361. A.-L. Valenbois, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, 2005. Kritisch über dieses Prinzip P. Muzny, Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi, Recueil Dalloz 2006, 2214.

²²⁶ Nach der ständigen Rechtsprechung könnte die Verfassungsmäßigkeit von gesetzlichen Maßnahmen ohne "normative Tragweite" nicht der Kontrolle des Conseil constitutionnel unterworfen sein. Siehe Entscheidungen 82-142 DC vom 27.7.1982, cons. 8; 98-401 DC vom 10.6.1998, cons. 19.

²²⁷ CC 2004-499 DC, cons. 12.

l'informatique et des libertés CNIL, die 1978 durch Gesetz als unabhängige Agentur geschaffen wurde²²⁸ – die Verantwortung, die notwendigen Grenzen zum Schutz der Einzelnen in diesem Bereich zu definieren.

Die Rolle der "normativen Tragweite" wird deutlicher in einer anderen Entscheidung gleichen Datums über das verfassungsausführende Gesetz betreffend die finanzielle Autonomie der Gebietskörperschaften. Der CC stützt sich prinzipiell auf Art. 6 DDHC²²⁹, um seine Definition des Gesetzes zu erläutern: "La loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative"²³⁰.

Fraglich ist zwar, inwieweit der Gesetzgeber diesen Anforderungen der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel gerecht werden wird. Auf der anderen Seite muss aber anerkannt werden, dass Effektivität und Klarheit bei der Vorbereitung²³¹ und Anwendung der Normen bereits seit den 1990er Jahren Ziele der Exekutive und der Legislative waren. Schon 1990 wurde im Zuge einer Modernisierung der Geschäftsordnung der Nationalversammlung die Möglichkeit geschaffen, die Gesetzesanwendung zu kontrollieren²³². Der Gesetzgeber hat zusätzlich durch neue Änderungen seiner Geschäftsordnung vom 12. Februar 2004 eine automatische Kontrolle der konkreten Anwendung der Gesetzgebung eingeführt. Gemäß Art. 86 soll ein Berichterstatter sechs Monate, nachdem ein Gesetz in Kraft getreten ist, kontrollieren, ob die im Gesetz vorgesehenen und notwendigen Durchführungsverordnungen tatsächlich erlassen worden sind²³³.

Im deutschen Recht wiederum wird das Gesetz heute nicht mehr nur als Garant formaler Rechtsstaatlichkeit gesehen, das die Verwaltung zu einem Vollzug nach dem Modell "tunlichster Justizförmlichkeit" verpflichten soll. Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot fordert kein Höchstmaß an Bestimmtheit, sondern eine hinreichende Bestimmtheit²³⁴. Oft ist ein gewisses Maß an Unbestimmtheit sogar notwendig, um der Verwaltung ein situationsgerechtes Entscheiden zu ermöglichen. Zwischen Gesetzesbestimmtheit und Gesetzesflexibilität besteht nach neuerer Auffassung "kein generelles Vorrangverhältnis"²³⁵. Zutreffend wird heute anerkannt, dass der Gesetzesvollzug mehr administrative Freiräume enthält, als es die Subsumtionsvorstellungen der überkommenen Gesetzesanwen-

²²⁸ Siehe unter IV. 5.

²²⁹ Art. 6 DDHC: "Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens."

²³⁰ CC 2004-500 DC, cons. 12. Siehe auch die Anwendung dieser Rechtsprechung in der Entscheidung 2005-519 DC vom 29.7.2005, Rec., 129.

²³¹ Vgl. die "circulaire" vom 19.1.2006 über die Beachtung der Art. 34 und 37 der Verfassung (JO vom 20.1.2006, Text Nr. 2): Der Premierminister verlangt eine bessere Qualität der Gesetzesvorschläge.

²³² Siehe Art. 145-2 der Geschäftsordnung.

²³³ Entscheidung der Nationalversammlung vom 12.2.2004 (*Texte adopté* [TA] Nr. 256) geändert durch Entscheidung vom 7.6.2006 (TA Nr. 582).

²³⁴ BVerfGE 111, 54 (96); F. Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Anm. 189), § 9 Rn. 63.

²³⁵ So Reimer, *ibid.*, Rn. 65.

dungslehre wahrhaben wollten²³⁶. Beispiele sind das Planungsrecht, das Regulierungsrecht und das Technikrecht. Zumal dort, wo das Erfahrungswissen nicht ausreicht, die Gesetzesprogramme folglich keinen hinreichend sicheren Steuerungsanspruch erheben, gehört die Generierung neuen Wissens zur Gesetzesanwendung der Verwaltung und umgreift dort einen "Experimentierspielraum". Dieser ist weder gesetzlich vollständig determiniert noch gerichtlich vollständig kontrollierbar²³⁷. Umso wichtiger werden Verfahrensregeln, die die Verwaltung bei der Generierung neuen Wissens leiten und die beteiligten Interessen angemessen ordnen sollen.

Hier schließt sich der Kreis zum prozeduralen Konzept demokratischer Legitimation. Dass das parlamentarische Gesetz nicht nur rechtsstaatliche Aufgaben hat, sondern auch ein wichtiger Mittler demokratischer Legitimation ist, entsprach bereits der klassischen Sichtweise. Legitimierend wirkt das Gesetz aber nicht nur durch möglichst genau gefasste konditionale Programme, die es in vielen Politikbereichen gar nicht geben kann. Legitimierend wirkt es nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor allem dadurch, dass es Verfahren und Organisation für die Entscheidungsfindung der Verwaltung festlegt²³⁸.

4. Die Bedeutung eines veränderten Haushaltsrechts

Lange Zeit unterschätzt worden ist im Verwaltungsrecht beider Länder die Bedeutung des Haushaltsrechts und der Haushaltskontrollen.

a) Die Situation in Frankreich

Dabei gab es in Frankreich durchaus eine ältere Tradition, die die Bedeutung dieses Rechtsgebiets herausstellte. Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 enthielt nämlich mehrere Aussagen zur Bewilligung und zur Kontrolle der finanziellen Mittel des Staates²³⁹. Demgemäß war die Entwicklung des Haushaltsrechts im 19. Jahrhundert von dem Ziel bestimmt, die Rechte und Freiheiten der liberalen Gesellschaft zu stärken und die Kontrolle der Verwendung der öffentlichen Abgaben durch den Bürger oder durch seine Vertreter zu ermöglichen. Die daraus resultierende Bedeutung des Haushaltsrechts führte aber nicht dazu, dass sich dieses Gebiet an den Universitäten gegenüber dem Verwaltungs- oder

²³⁶ Hoffmann-Riem (Anm. 215), Rn. 61 f.; Schmidt-Aßmann (Anm. 55), 4. Kap. Tz. 36 f.: "gesetzesdirigierte Verwaltung".

²³⁷ Dazu grundlegend K.-H. Ladeur, Risikooffenheit und Zurechnung – insbesondere im Umweltrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 111 (122 f.), dort auch der Begriff des Experimentierspielraums (126).

²³⁸ BVerfGE 111, 191 (217).

²³⁹ Siehe Art. 13, 14 und 15 DDHC.

Verfassungsrecht durchsetzen konnte. Das Haushaltsrecht war kein Hauptthema und wurde auch nicht als Teil der Lehre des Verwaltungs- oder Verfassungsrechts gesehen²⁴⁰. Die Lehrbücher zum Haushaltsrecht haben bis vor kurzer Zeit fast ausschließlich auf den Staat als solchen, nicht aber auf die einzelnen Gewalten abgestellt²⁴¹. Die klassischen Lehrbücher des Verwaltungsrechts gehen auf das Haushaltsrecht nicht ein²⁴². Die gleiche Feststellung lässt sich für die verfassungsrechtliche Literatur treffen. Das ist angesichts der Bedeutung des Haushalts für das politische Leben in der Gesellschaft erstaunlich. Als Gründe für diesen Befund werden die Komplexität und Technizität²⁴³, aber auch die wachsende Bedeutung des Steuerrechts im Laufe des 20. Jahrhunderts genannt²⁴⁴.

Die Änderung der Finanzverfassung Frankreichs durch das verfassungsausführende Gesetz über die Haushaltsgesetze²⁴⁵ stellt die Bedeutung des Haushaltsrechts für die Verwirklichung der liberalen Demokratie wieder deutlicher heraus. Dieses Gesetz ist am 1. Januar 2006 vollständig in Kraft getreten²⁴⁶, und das Haushaltsgesetz für 2007 wird das zweite sein, das die Modalitäten der neuen Finanzverfassung zu beachten hat²⁴⁷.

Das verfassungsausführende Gesetz von 2001 ersetzt eine gesetzesvertretende Verordnung aus dem Jahr 1959, die die Modalitäten der Vorbereitung, Verabschiedung und Anwendung von Haushaltsgesetzen enthielt. Es ist durch den Konsens zwischen Legislative und Exekutive über die Notwendigkeit der Reform der Finanzverfassung ermöglicht worden. Gründe, die diese Entwicklung notwendig gemacht haben, sind: eine veränderte Rolle des Staates, die Dezentralisierung und die Komplexität der Beziehungen zwischen den territorialen Gebietskörperschaften und dem Zentralstaat, die Anforderungen des Stabilitätspakts der Europäischen Union und überhaupt die Suche nach mehr Transparenz und besserer Einbeziehung des Parlaments in die Finanzkontrollen²⁴⁸.

²⁴⁰ Über die Entwicklung des Haushaltsrechts und die Bedeutung der Thematik in den französischen Universitäten, siehe: P. L a v i g n e, *Le centenaire de l'enseignement des finances publiques dans les facultés de droit françaises*, RFFP, 1989, 107.

²⁴¹ Siehe R. H e r z o g, *A la recherche d'une théorie du système financier public complexe*, in: *Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, *Constitution et finances publiques*, 2005, 401.

²⁴² Siehe aber die Darstellung von P. L e g e n d r e, *Trésor historique de l'Etat en France*, *L'administration classique*, 1992, 299 f.

²⁴³ Die Komplexität soll auch die Erklärung für die Unkenntnis der neuen Finanzverfassung in der Bevölkerung aber auch innerhalb der Verwaltung selbst sein. Siehe: A. R e v e r c h o n, *Au nom de la LOLF*, *Le Monde Economie*, 3.10.2006, I.

²⁴⁴ Siehe M. B o u v i e r, *Réhabiliter et refonder la science des finances publiques*, in: *Etudes en l'honneur de L. Philip* (Anm. 241), 131 (140 f.).

²⁴⁵ Verfassungsausführendes Gesetz über die Finanzgesetze vom 1.8.2001 (JORF vom 2.8.2001, 12480). Grundlagen sind Art. 34 Abs. 18 und Art. 47 al. 1 der Verfassung. Das Gesetz ist gemäß Art. 46 und 61 Abs. 1 der Verfassung der Kontrolle durch den CC unterworfen worden: Siehe Entscheidung 2001-448 DC vom 25.7.2001, Rec., 99.

²⁴⁶ Das Gesetz ist schrittweise seit 2001 in Kraft getreten (siehe Art. 61 bis 67).

²⁴⁷ Siehe den Haushaltsgesetzesentwurf für 2007 vom 27.9.2006, <www.assemblée-nationale.fr>.

²⁴⁸ Kommentatoren der Reform begrüßen einstimmig diesen Konsens. Siehe z.B. M. B o u v i e r, *La loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances*, *AJDA* 2001, 876; L. T a l l i n e a u, *La*

Das neue Gesetz legt ein neues Konzept von Staatlichkeit zugrunde²⁴⁹. Die Verordnung von 1959 sollte im Einklang mit anderen Bestimmungen der französischen Verfassung von 1958 die Stellung der Regierung stärken und war dem System des zentralistischen, umfassend zuständigen Staates verpflichtet²⁵⁰. Die neue Finanzverfassung orientiert sich dagegen an zwei anderen Zielen:

- Einführung einer marktorientierten Einstellung der Verwaltung: Der Staat soll danach ergebnis- und leistungsorientiert funktionieren. Der Haushalt soll dazu als Instrument der Steuerung eingesetzt werden²⁵¹. Er soll dementsprechend nach Aufgaben und Programmen und nicht mehr nach Haushaltsmitteln strukturiert werden. Gemäß Art. 7 Abs. 1 werden die Mittel nach Aufgaben (*mission*) bewilligt, die in Programme und Dotationen aufgeteilt sind. Programme legen konkrete öffentliche Tätigkeiten fest, die durch konkrete Ziele, erwartete Ergebnisse und Leistungsabschätzungen definiert sind. Die Haushaltsmittel stehen den Ministerien zur Verfügung. Sie genießen bei der Verwendung der bewilligten Haushaltsmittel, die einem Programm zugeordnet sind, heute größere Freiheit²⁵². Dafür ist ihre Verantwortung durch die Mechanismen der Abschätzung von Ergebnissen und Leistungsindikatoren verstärkt. Gemäß Art. 51 Abs. 5 soll dem Haushaltsentwurf ein jährlicher Leistungsplan zu jedem Programm (*projet annuel de performance*) beigefügt sein: Tätigkeiten, Kosten, Ziele und geplante Ergebnisse sind wichtige Elemente des Leistungsplans. Darüber hinaus muss eine eventuelle Erhöhung der vorgesehenen Mittel im Vergleich zum vergangenen Haushalt ausdrücklich begründet werden. Art. 54 fügt hinzu, dass die Differenz zwischen geplanten und implementierten Leistungen im jährlichen Leistungsplan hervorgehoben werden soll. Die Abgeordneten werden damit in die Lage versetzt, eine effektivere Kontrolle auszuüben.

- Stärkung der Rolle der demokratisch gewählten Abgeordneten: Parlamentarische Debatten unter der Verordnung von 1959 waren technisch geprägt und erlaubten keine tiefgreifende Auseinandersetzung mit der Wirtschafts- und Sozialpolitik. Außerdem waren die Möglichkeiten der Abgeordneten, Änderungsanträge einzubringen, begrenzt. Die Verordnung von 1959 legte nämlich den Art. 40 der Verfassung sehr weit aus. Diese Vorschrift verbietet Gesetzesvorschläge und Änderungsanträge von Mitgliedern des Parlaments, "wenn ihre Annahme eine Minderung der öffentlichen Einnahmen oder die Begründung

loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances, RFDA 2001, 1205; M. Baslé, L'économie de la loi organique du 1er août 2001 et l'évaluation, in: Etudes en l'honneur de L. Philip (Anm. 241), 267.

²⁴⁹ Siehe die Auffassung von M. Bouvier, L'âge de la nouvelle gouvernance financière et de la responsabilisation généralisée des acteurs publics: un autre contrat social, un autre Etat, RFFP, 2004, 39 f.

²⁵⁰ Die gesetzvertretende Verordnung von 1959 ist von der Regierung verabschiedet worden und war Teil der Normen mit Verfassungsrang. Siehe über die Auslegung und Anwendung der Verordnung F. Adam/O. Ferrand/R. Rioux, Finances publiques, 2003, 34-173.

²⁵¹ In diesem Sinne Bouvier (Anm. 248), 877.

²⁵² Siehe Art. 7 Abs. 2-4. Ausgenommen sind die Personalausgaben.

oder Erhöhung öffentlicher Lasten zur Folge hat". Im Gegensatz zur Verordnung von 1959 lässt Art. 47 des verfassungsausführenden Gesetzes von 2001 eine Erhöhung oder Minderung des Budgets zu, solange der Gesamtbetrag für die Mission nicht erhöht wird²⁵³. Diese neue Kompetenz des Parlaments ist vom Conseil constitutionnel als "wahrscheinlich bedeutendstes Element der Reform" betrachtet worden²⁵⁴.

Aber nicht nur das Vorschlagsrecht der Abgeordneten ist von Bedeutung. Neue Informationsmöglichkeiten und Kontrollkompetenzen des Parlaments sind ein wichtiger Teil der Reform. Künftig soll das Parlament auch in der Lage sein, die Wirtschafts- und Haushaltspolitik zu diskutieren: Ihm sollen jedes Jahr mit dem neuen Haushaltsgeszentwurf sowohl der Leistungsplan als auch Berichte der Regierung über die allgemeine Entwicklung der Wirtschaft und die Orientierung der Finanzpolitik (Art. 48) sowie über die Ausführung des Haushaltes und die Entwicklung aller Steuer- und Sozialabgaben (Art. 50) vorgelegt werden.

Die transparente Haushaltsführung soll die Mitbestimmungsmöglichkeiten der Abgeordneten sichern und eine strengere Kontrolle durch das Parlament erlauben. Art. 32 verankert das Prinzip der "Aufrichtigkeit" (*sincérité*) des Haushaltsgesetzes und Art. 12 bis 15 des Gesetzes von 2001 schreiben strenge Bedingungen für die freie Verteilung und Verschiebung von Haushaltsmitteln durch die Ministerien innerhalb eines Programms vor (Information des Parlaments, Mittelbegrenzung). Schließlich sichern Art. 57, 58 und 59 ausdrücklich den freien Informationszugang der jeweiligen Finanzausschüsse des Parlaments und sehen deren Unterstützung in der Ermittlungs- und Kontrollfunktion durch den Rechnungshof vor²⁵⁵.

Die Änderungen sind in der Praxis nach den Debatten über das Haushaltsgesetz 2006 von den französischen Abgeordneten positiv bewertet worden²⁵⁶. Die Abgeordneten sehen in der Praxis eine tatsächliche Verbesserung des Informationsflusses. Sie können besser an der Diskussion teilnehmen und benutzen ihre Kompetenz, um Änderungsanträge vorzulegen²⁵⁷. Ziel der Reform war nicht die Stärkung des Parlaments zu Lasten der Regierung. Ziel war es, die Ausübung der Kompetenz des Parlaments, das die Erlaubnis erteilt und Kontrolle ausübt, zu ermöglichen. Hervorgehoben werden soll hier die wiederhergestellte Verbindung zwischen Haushalt und Politik. Der Erfolg dieser Reform bleibt aber von der Moder-

²⁵³ Art. 47 des verfassungsausführenden Gesetzes definiert "öffentliche Lasten" im Sinne des Art. 40 der Verfassung als "Mission". Jeder Änderungsantrag soll begründet und der Budgetausgleich innerhalb einer Mission soll nachvollziehbar sein (Art. 47 Abs. 2).

²⁵⁴ Siehe Entscheidung des CC 2001-448 DC.

²⁵⁵ Die materiellen Mittel des Parlaments für eine effektive Kontrolle sind trotz Reform zurzeit noch ungenügend. Siehe die Kritik von L. Levoyer, *La loi organique du 1er août 2001 et le pouvoir de contrôle budgétaire du Parlement*, RFDA 2003, 579 (587 f.).

²⁵⁶ Vgl. die Beiträge in RFFP 2006 insbesondere von J. Arthuis (17), M. Bouvard (27) und A. Lambert (33). Siehe dazu auch die Beiträge in RFAP 2006.

²⁵⁷ Vgl. M. Lascombe/X. Vandendriessche, *Premier bilan du droit d'amendement parlementaire en régime LOLF*, RFFP 2006, 49.

nisierung der Verwaltung abhängig. Der Änderungsprozess bezüglich der Form der Verwaltungsarbeit wird in der Literatur als langwierig eingeschätzt²⁵⁸.

b) Die Situation in Deutschland

In Deutschland erklärt sich die Vernachlässigung des Haushaltsrechts im Verwaltungsrecht aus der Auffassung, Haushaltsrecht sei bloßes „Innenrecht“ und habe deshalb mit dem Verwaltungsrecht, das sich (vorrangig) mit dem „Außenrecht“ beschäftige, wenig zu tun²⁵⁹. In den Standardlehrbüchern wurde dieses Thema praktisch nicht behandelt²⁶⁰. Die Auffassung war eine Konsequenz der zu starken Konzentration des deutschen Verwaltungsrechts auf die rechtsstaatliche Seite des Verwaltungshandelns, d.h. auf die Grenzen der materiellen Eingriffsbefugnisse. Unter demokratischen Gesichtspunkten konnte die Vernachlässigung des Haushaltsrechts von Anfang an nicht befriedigen, denn es kann keinen Zweifel geben, dass das Haushaltsrecht und die Haushaltskontrollen ganz wichtige Mechanismen der Legitimationsvermittlung sind²⁶¹.

Änderungsanstöße kamen hier von der Kommunalverwaltung. Als Prototyp kann das von der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt) 1993 vorgelegte sog. Neue Steuerungsmodell gelten²⁶². Das Modell folgt dem Leitbild „Dienstleistungsunternehmen Kommunalverwaltung“, das Verwaltungsleistungen als „Produkte“ und die Beziehungen der Verwaltung zum Bürger als „Kundenbeziehung“ deutet. Es zielt auf den Aufbau einer unternehmensähnlichen, dezentralen Führungs- und Organisationsstruktur. Zu seinen Kernelementen

²⁵⁸ Siehe auch den Bericht vom 30.10.2006 von A. Lambert/D. Migaud, La mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances – A l'épreuve de la pratique, insuffler une nouvelle dynamique à la réforme, <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000807/0000.pdf>>. Die Autoren stellen die Schwierigkeiten fest (3 f.) und machen Vorschläge für eine Benutzung der Finanzverfassung als Steuerungsmittel der Verwaltungsreform (53 f.).

²⁵⁹ Vgl. K. Grupp, Haushaltsrecht, in: N. Achterberg/G. Püttner/T. Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2000, § 19 Rn. 18: Es fehle dem Haushaltsrecht „prinzipiell der außengerichtete Normgeltungswille“. Trotzdem werden dann allerdings als Ausnahmen unmittelbare und mittelbare Außenwirkungen haushaltsrechtlicher Vorschriften anerkannt.

²⁶⁰ Eine Ausnahme bilden H.-J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht III, 4. Aufl. 1978, §§ 162-164; knapp auch dargestellt bei H.-P. Bull/V. Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 7. Aufl. 2005, § 12. Als Teil des Besonderen Verwaltungsrechts behandelt von Grupp, *ibid.*, § 19.

²⁶¹ Dazu H. Dreier, Der Kampf um das Budgetrecht als Kampf um die staatliche Steuerherrschaft – Zur Entwicklung des modernen Haushaltsrechts, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 59 f.; Trute, (Anm. 189), § 6 Rn. 51 f.

²⁶² Dazu KGSt-Bericht Nr. 5/1993; H. Hill, Neue Organisationsformen in der Staats- und Kommunalverwaltung, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 65 (71 f.); J.-P. Schneider, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, *ibid.*, 103 (114 f.); J. Ziekow, Der Einfluß des neuen Steuerungsmodells auf das Verwaltungsverfahren und seine gesetzliche Regelung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 349 f.; G. F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, 707 f.; V. Mehde, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 85 f.

rechnet es eine klare Verantwortungsabgrenzung zwischen dem politischen und dem administrativen System innerhalb der Kommunalkörperschaften. Das oberste Kommunalorgan soll den gewünschten Umfang der disponiblen Aufgaben, die Führungsstruktur und die Rahmenbedingungen festlegen, Ziele für Leistungsaufträge setzen und deren Erfüllung fortlaufend kontrollieren. Die Verwaltung soll die final vorgegebenen Leistungsaufträge erfüllen. Eine wichtige Funktion wird dabei Vereinbarungen zugeschrieben, mit denen die im Rahmen von Programmbudgets zu erbringenden Leistungen zwischen Politik und Verwaltung, aber auch innerhalb des administrativen Systems näher festgelegt werden²⁶³. Das Modell ist auf eine exakte Leistungsbeschreibung nach Kennziffern angewiesen. Wettbewerb und Wettbewerbssurrogate sollen die unternehmensähnliche Ausgestaltung stärken. Den einzelnen Verwaltungsbereichen soll eine eigene Verantwortung für den zweckentsprechenden und effizienten Einsatz der ihnen global zugewiesenen Personal- und Sachmittel zukommen. Dieser dezentralen Organisationsgestaltung wird ein zentraler Steuerungsbereich gegenübergestellt, der für die strategischen Steuerungs- und Kontrollaufgaben verantwortlich sein soll. Hierarchieelemente entfallen also nicht, aber sie wechseln ihre Erscheinungsform.

In der Zwischenzeit hat der Gesetzgeber das Haushaltsrecht mit dem Ziel, seine Steuerungsfähigkeit zu erhöhen, verändert²⁶⁴. Zu den Neuerungen gehören eine dezentrale Ressourcenverantwortung, leistungsgebundene Haushaltsansätze und besondere Kontrollsysteme. Der für das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder verbindliche § 6a Abs. 1 des HGrG bestimmt²⁶⁵: “Die Einnahmen, Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen können im Rahmen eines Systems der dezentralen Verantwortung einer Organisationseinheit veranschlagt werden. Dabei wird die Finanzverantwortung auf der Grundlage der Haushaltsermächtigung auf die Organisationseinheiten übertragen, die die Fach- und Sachverantwortung haben. Voraussetzung sind geeignete Informations- und Steuerungsinstrumente, mit denen insbesondere sichergestellt wird, dass das jeweils verfügbare Ausgabevolumen nicht überschritten wird. Art und Umfang der zu erbringenden Leistung sind durch Gesetz oder den Haushaltsplan festzulegen.”

Die verwaltungsrechtliche Systematik muss dem Bedeutungsgewinn des Haushaltsrechts künftig besser Rechnung tragen. Frankreich und Deutschland stehen hier vor ähnlichen Problemen. Haushaltsverfahrensrecht und (sonstiges) Verfahrensrecht können nicht länger als zwei streng getrennte Rechtsbereiche behandelt werden. Beide sind Garanten rationalen Verwaltungshandelns. Eine systematisch entwickelte Verfahrensrechtslehre muss folglich beide Rechtsgebiete umfassen. Dass Haushaltspläne Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründen noch

²⁶³ Chr. Winter, Das Kontraktmanagement, 1998, bes. 175 f.; H.-H. Trute, WissR 2000, 134 f.; H. Hill, NVwZ 2002, 1059 f.

²⁶⁴ Vgl. dazu F. Kirchhof, Das Haushaltsrecht als Steuerungsressource – neue Steuerungstechniken im Staatshaushalt zum Abbau seines strukturellen Defizits, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Anm. 261), 107 f.; H. Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, 454 f.

²⁶⁵ § 6a des Haushaltsgrundsätzgesetzes (HGrG), eingefügt durch Gesetz vom 22.12.1997 (BGBl. I, 3251).

aufheben (§ 3 Abs. 2 HGrG), sagt nichts darüber, dass das Haushaltsrecht auf die Funktion eines “Innenrechts” begrenzt ist. Auf der anderen Seite zwingt die Einbeziehung des Haushaltsverfahrensrechts in den systematischen Zusammenhang des allgemeinen Verfahrensrechts nicht dazu, für die Verletzung von Vorschriften der einen wie der anderen Art dieselben Sanktionen vorzusehen. Wohl aber ist in einer Einzelnormanalyse festzustellen, welche Bestimmungen des Haushaltsverfahrensrechts in das allgemeine Verfahrensrecht hinüberwirken und dadurch eine bessere Durchsetzungsfähigkeit erhalten sollen²⁶⁶.

5. Unabhängige Agenturen in der parlamentarischen Demokratie

Gewisse Entwicklungsparallelen des französischen und des deutschen Verwaltungsrechts lassen sich auch bei einer zweiten Form der Verwaltungsmodernisierung beobachten: beim Einbau unabhängiger Agenturen in die überkommene Verwaltungsorganisation²⁶⁷.

a) Vielfältige Erscheinungsformen in Frankreich

Der Ausdruck “*autorité administrative indépendante*” (AAI) ist zum ersten Mal in dem Gesetz von 1978 über die nationale Kommission für Datenschutz und Informationsfreiheit (CNIL) verwendet worden²⁶⁸. 2001 hat der Conseil d’Etat 35 solche Behörden identifiziert und die Notwendigkeit, diese Verwaltungsmethode nur begrenzt einzusetzen, betont²⁶⁹. Der Bericht des parlamentarischen Amtes für die Evaluation der Gesetzgebung vom Juni 2006²⁷⁰ nennt 55 Behörden, die die Definitionskriterien jetzt schon erfüllen oder zukünftig erfüllen sollen²⁷¹. Zu den ältesten Behörden gehören zum Beispiel der Ombudsmann (*Médiateur de la République*)²⁷², die Kommission für den Zugang zu Verwaltungsakten (Commission d’accès aux documents administratifs, CADA)²⁷³, der nationale Ethikrat (Comité

²⁶⁶ Vgl. dazu A. v. Mutius, VVDStRL, Bd. 42, 147 (189 f.); C. Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, 2001, 359 f.

²⁶⁷ Vgl. Ruffert (Anm. 3), 187 ff.

²⁶⁸ Siehe Gesetz 78-17.

²⁶⁹ Siehe CE, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, in: EDCE, Bd. 52, 2001, 251 f. (300, 374).

²⁷⁰ P. Gélard, Les autorités administratives indépendantes, Bericht vom 15.6.2006, Nr. 3166 und Nr. 404, 2. Bände.

²⁷¹ Dies betrifft z.B. die französische Agentur für die Sicherheit von Arzneimitteln und Medizinprodukten, die durch das Gesetz 98-535 vom 1.6.1998 begründet worden ist (JO vom 2.6.1998, 10056).

²⁷² Gesetz 73-6 vom 3.1.1973 (JO vom 4.1.1973, 164), Art. 1.

²⁷³ Die Kommission ist durch das Gesetz 78-753 über die Beziehungen zwischen Verwaltung und “Verwalteter” eingerichtet worden. Die gesetzvertretende Verordnung 2005-650 vom 6.6.2005 (JO vom 7.6.2005, 10022), Art. 20, hat sie als unabhängige Agentur bezeichnet.

national consultatif d'éthique, CNCE)²⁷⁴, die Aufsichtsbehörde für Rundfunk und Fernsehen (Conseil supérieur de l'audiovisuel, CSA)²⁷⁵, die Kommission für die Transparenz der Finanzierung von politischen Parteien (Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, CNCCFP)²⁷⁶, die nationale Kommission für die Aufsicht über Abhörmaßnahmen (Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, CNCIS)²⁷⁷, die beratende Kommission über die Geheimhaltung der Staatsverteidigung (Commission consultative du secret de la défense nationale, CCSDN)²⁷⁸. Zu den jüngsten Behörden gehören die Kommission für Energieregulation (Commission de régulation de l'énergie, CRE)²⁷⁹, der "Verteidiger" der Kinderrechte (*Défenseur des enfants*)²⁸⁰, die Agentur für Finanzaufsicht (Autorité des marchés financiers, AMF)²⁸¹, die hohe Behörde für die Gesundheit (Haute autorité de la santé, HAS)²⁸², die Behörde zur Bekämpfung von Diskriminierung und zur Durchsetzung der Chancengleichheit (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, HALDE)²⁸³, die französische Agentur zur Bekämpfung von Doping (Agence française contre le dopage, CPLD)²⁸⁴, die Agentur zur Evaluation der Forschung und Lehre an der Universität (Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur)²⁸⁵ oder zuletzt die Behörde für Sicherheit der Kernenergie (Autorité de sûreté nucléaire, ASN)²⁸⁶.

²⁷⁴ Der nationale Ethikrat ist 1983 durch das Dekret 83-132 vom 23.2.1983 (JO vom 25.2.1983, 630) eingerichtet worden. Erst im Gesetz 2004-800 vom 6.8.2004 über die Bioethik (JO vom 7.8.2004, 14040) hat der Gesetzgeber den Ethikrat als unabhängige Behörde anerkannt (Art. 1).

²⁷⁵ Gesetz 89-25 vom 17.1.1989 (JO vom 18.1.1989, 728), das das Gesetz 86-1067 vom 30.9.1986 (JO vom 1.10.1986, 11755) über Kommunikationsfreiheit ändert (Art. 1).

²⁷⁶ Gesetz 90-55 vom 15.1.1990 (JO vom 16.1.1990, Nr. 13) modifiziert durch die gesetzvertretende Verordnung 2003-1165 vom 8.12.2003 (JO vom 9.12.2003, 20961) (Art. 7).

²⁷⁷ Gesetz 91-646 vom 10.7.1991 (JO vom 13.7.1991, Nr. 162), Art. 13.

²⁷⁸ Gesetz 98-567 vom 8.7.1998 (JO vom 9.7.1998, 10488), Art. 1.

²⁷⁹ Gesetz 2000-108 vom 10.2.2000 (JO vom 11.2.2000, 2143). Behörde, die das Zugangsrecht zu den öffentlichen Stromnetzen, den Erdgastransportanlagen und Verteilungswerken und Flüssiggasanlagen gewährleistet.

²⁸⁰ Gesetz 2000-196 vom 6.3.2000 (JO vom 7.3.2000, 3536), Art. 1.

²⁸¹ Gesetz 2003-706 vom 1.8.2003 (JO vom 2.8.2003, 13220). Diese Agentur entstand aus der Fusion von drei älteren, unabhängigen Behörden, die in diesem Bereich tätig waren: Commission des opérations de bourse (COB, 1967 hergestellt), Conseil des marchés financiers (1996) und Conseil de discipline de la gestion financière (1989).

²⁸² Gesetz 2004-810 vom 13.8.2004 (JO vom 17.8.2004, 14598), Art. 35.

²⁸³ Gesetz 2004-1486 vom 30.12.2004 (JO vom 31.12.2004, 22567), Art. 1.

²⁸⁴ Gesetz 2006-405 vom 5.4.2006 (JO vom 6.4.2006, 5193), Art. 2. Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind im Gesetzbuch über öffentliche Gesundheit kodifiziert worden.

²⁸⁵ Gesetz 2006-450 vom 18.4.2006 (JO vom 19.4.2006, 5820), Art. 9.

²⁸⁶ Gesetz 2006-686 vom 13.6.2006 (JO vom 14.6.2006, 8946), Art. 4.

aa) Begriffsmerkmale

Diese Beispiele geben einen Eindruck von der Vielfalt der Bereiche, in denen unabhängige Behörden tätig sind²⁸⁷. Diese Vielfalt erklärt auch die Schwierigkeiten, eine einheitliche Definition zu geben. Die Lehre hat sich auf drei gemeinsame Kriterien der AAI geeinigt: Ausübung von Staatsgewalt, verwaltungsrechtliche Natur und Unabhängigkeit.

- „*Autorités*“ üben Staatsgewalt aus. Als Ausübung von Staatsgewalt gilt alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter. Dies trifft erstens für Organe zu, die Entscheidungen treffen können, die unmittelbar nach außen wirken. Die CNIL, der CSA, die CRE und die ASN z.B. sind durch Gesetze ermächtigt, Normen mit generell-abstraktem Charakter sowie Einzelentscheidungen zu erlassen: Die CNIL ist befugt, Normen für die Erstellung und Benutzung von besonderen Kategorien von Datenbanken, die persönliche Dateien beinhalten, zu erlassen²⁸⁸. Ähnlich darf die ASN gemäß Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Juni 2006 die in dem Bereich anzuwendenden technischen Normen vervollständigen. Die CSA darf auch Normen für die Planung und die Ausstrahlung von Wahlkampfsendungen erlassen²⁸⁹, und die CRE ist berechtigt, Normen für die Vervollständigung der Missionen der für Stromtransport und Versorgung zuständigen Unternehmen sowie für die Regulierung des Zugangs zu Energienetzwerken zu erlassen²⁹⁰. Diese breite Regulierungskompetenz ist oft in technischen Bereichen zu finden und bedarf zum Teil einer ministeriellen Genehmigung²⁹¹. Diese Kompetenz setzt einen funktionierenden Informationsfluss zu der betreffenden Agentur voraus, der alle Fragen des jeweiligen Bereichs umfasst²⁹². Demzufolge verfügen viele unabhängige Agenturen über Untersuchungskompetenzen²⁹³. Viele Agenturen besitzen zudem die Kompetenz, Einzelentscheidungen zu treffen: Zum Beispiel genehmigt die ASN unter gesetzlich festgelegten Bedingungen die Inbetriebnahme von Nuklearanlagen²⁹⁴. Die CSA nominiert unter anderem die Präsidenten der nationalen Fernseh- und Radiosender France Television, Radio France und Radio-France-Internationale²⁹⁵ und genehmigt die Benutzung von Frequenzen²⁹⁶. Die hohe Behörde für die Gesund-

²⁸⁷ Siehe die vollständige Liste der Behörden in dem Bericht von G é l a r d (Anm. 270), Bd. II, Introduction. Diese Vielfalt führt oft zu einer Klassifizierung der Behörden nach den Aufgaben: Grundrechtsschutz (CADA, CNIL, CNCIS, HALDE), Mediation (Ombudsman), Regulation (CSA, CRE, AMF), Garantie der Unparteilichkeit des Staates (CNCCFP), Expertise und Analyse (CPLD, ASN).

²⁸⁸ Art. 24 I des Gesetzes 78-753.

²⁸⁹ Art. 16, 22 und 27 des Gesetzes 86-1067.

²⁹⁰ Art. 37 des Gesetzes 2000-108.

²⁹¹ Siehe Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes 2006-686 über die ASN. Weitere Beispiele im Bericht des CE, EDCE, Bd. 52, 2001, 310 f.

²⁹² Das Informationsrecht ist sehr breit. Art. 10 des Gesetzes 2004-1486 z.B. sieht vor, dass die HALDE das Berufsgeheimnis umgehen kann.

²⁹³ Z.B. Art. 19 des Gesetzes 86-1067 für die CSA; Art. 33 des Gesetzes 2000-108 für die CRE.

²⁹⁴ Art. 3 Abs. 6 b des Gesetzes 2006-686.

²⁹⁵ Art. 47-1 und 47-3 des Gesetzes 86-1067.

²⁹⁶ Art. 22 des Gesetzes 86-1067.

heit begutachtet Gesundheitsprodukte²⁹⁷. Die Entscheidungen der AAI können auch (Verwaltungs-)Sanktionen sein: Die CSA ist berechtigt, zeitweilig die Nutzungsgenehmigung für Frequenzen an öffentliche und private Radio- und Fernsehsender aufzuheben oder Geldstrafen zu verhängen²⁹⁸. Die CPLD kann Sportverbände verpflichten, Disziplinarstrafen gegenüber deren Mitgliedern zu verhängen²⁹⁹.

Ausübung von Staatsgewalt ist zweitens auch dann gegeben, wenn ein Organ, ohne nach außen wirkende Entscheidungen zu treffen, nach innen Einfluss auf andere Organe der Gesetzgebung oder der vollziehenden Gewalt ausüben kann. Der Gesetzgeber selbst hat Behörden, die keine Staatsgewalt im engeren (ersten) Sinne ausüben, als AAI bezeichnet: die CADA³⁰⁰, die CNCIS³⁰¹ oder den CNCE³⁰². Diese Agenturen treffen keine verbindlichen Entscheidungen. Sie veröffentlichen jährliche Berichte, erstellen Gutachten und machen Regulierungsvorschläge, die zum Teil bindenden Charakter haben. So darf die CNCIS nur Stellungnahmen abgeben, sie soll über alle Abhörmaßnahmen informiert werden und darf ihre Stellungnahme dem Minister mitteilen³⁰³. Der nationale Ethikrat hat die Aufgabe, Gutachten über ethische und gesellschaftliche Fragen im Bereich der Medizin, der Biologie und der Gesundheit zu verfassen und zu veröffentlichen³⁰⁴. Diese Gutachten haben keinen zwingenden Charakter. Sie üben aber durch ihre regelmäßige Veröffentlichung³⁰⁵ und ihre Rezeption bei den Medien³⁰⁶ einen gewissen Einfluss auf die politischen Institutionen aus³⁰⁷. Ein Gutachten der CADA dagegen muss von dem Betroffenen immer vor Einschaltung des Verwaltungsgerichtes eingeholt werden, wenn die Verwaltung den Zugang zu Informationen verweigert³⁰⁸. Die Verwaltung ist nicht an das Gutachten der CADA gebunden, aber der Verwaltungsrichter darf ohne Gutachten keine Entscheidung treffen.

²⁹⁷ Art. 35 Abs. 1 des Gesetzes 2004-810.

²⁹⁸ Art. 48-2 des Gesetzes 86-1067.

²⁹⁹ Art. L 3612-1 Gesetzbuch über öffentliche Gesundheit (*Code de la santé publique*, CSP).

³⁰⁰ Art. 10 der "ordonnance" 2005-650.

³⁰¹ Art. 13 des Gesetzes 91-646.

³⁰² Art. 1 des Gesetzes 2004-800 (Art. L 1412-2 CSP). Der nationale Ethikrat ist 1983 errichtet worden mit der breiten Aufgabe Gutachten über moralische Fragen, die von der Forschung im Bereich der Medizin, der Biologie und der Gesundheit aufgeworfen werden, zu erstellen. Art. 23 des Gesetzes vom 29.7.1994 (JO vom 30.7.1994, 11059) hat diese Aufgabe auf Ethikfragen in diesen Bereichen reduziert.

³⁰³ Art. 14 des Gesetzes 91-646.

³⁰⁴ Art. L 1412-2 CSP.

³⁰⁵ Die Veröffentlichung von Gutachten und Jahresberichten ist zum Beispiel in Art. 19 des Gesetzes 91-646 für die CNCIS und in Art L 1412-3 CSP für den CNE vorgesehen.

³⁰⁶ Vgl. den Bericht von G é l a r d (Anm. 270), Bd. I, 50.

³⁰⁷ Siehe in diesem Sinne den Verweis auf die Theorie der "Sunshine Regulation" in der anglo-amerikanischen Rechtstradition im Bericht des CE, EDCE, Bd. 52, 2001, 290.

³⁰⁸ Art. 20 des Gesetzes 78-753.

- AAI sind Verwaltungsorgane, die im Namen des Staates handeln. Sie haben normalerweise keine Rechtspersönlichkeit³⁰⁹. Ihre Handlungen können dem Staat unmittelbar zugerechnet werden. Der Conseil constitutionnel hat zudem entschieden, dass Entscheidungen der AAI, wie alle Entscheidungen der Verwaltung, der Kontrolle des Richters unterworfen sind³¹⁰.

- AAI sind schließlich unabhängig. Obwohl sie für den Staat handeln, sind sie nicht in die Hierarchie des exekutiven Staatsaufbaus eingegliedert. Sie stehen nicht unter der Kontrolle und den Befehlskompetenzen der Regierung. Die Unabhängigkeit soll durch besondere Nominierungs- und Entlassungsregeln sowie besondere Regeln für eine Wiederwahl nach einer normalerweise relativ langen Amtszeit gesichert werden. Der pluralistische und kollegiale Charakter der entscheidungsbefugten Organe sowie die Verpflichtung zur Entscheidungsbegründung sollen indirekt zu einer verstärkten Autonomie der Agenturen gegenüber den politischen Institutionen oder wirtschaftlichen Interessengruppen beitragen. Unabhängigkeit bedeutet nicht Freiheit von Verantwortlichkeit; die Agenturen sind der Kontrolle des Verwaltungsrichters unterworfen.

bb) Probleme demokratischer Legitimation

Der Conseil constitutionnel hat die Schaffung von Verwaltungsorganen außerhalb der Hierarchie nicht generell in Zweifel gezogen³¹¹. Er hat aber einen (verfassungsrechtlichen) Rahmen festgelegt, innerhalb dessen sich unabhängige Agenturen bei der Ausübung ihrer Kompetenzen halten müssen: Sie haben selbstverständlich bestehende Gesetze und Verordnungen zu beachten und können nur in einem begrenzten Bereich und nur für spezielle Fragen generelle Regeln erlassen³¹². Auch die Möglichkeit, Strafen zu verhängen, hat begrenzt zu bleiben; solche Sanktionen müssen für die wirksame Erfüllung der AAI gestellten Aufgabe notwendig sein, sie dürfen keine freiheitsentziehende Maßnahme darstellen³¹³, und der Gesetzgeber muss die notwendigen Maßnahmen für den Schutz der Grundrechte treffen³¹⁴. Hier spielt insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK eine besondere Rolle³¹⁵.

³⁰⁹ Ausnahme: z.B. Art. 35 des Gesetzes 2004-810, der der HAS Rechtspersönlichkeit verleiht.

³¹⁰ CC 86-217 DC vom 18.9.1986 über die CNIL (Rec. 141), cons. 23. Der zuständige Richter ist im Normalfall der Verwaltungsrichter. Der Gesetzgeber kann aber den Zivilrichter für zuständig erklären.

³¹¹ CC 86-217 DC und 88-248 DC.

³¹² *Ibid.*

³¹³ CC 88-248 DC, cons. 32 f.

³¹⁴ CC 89-260 DC vom 28.7.1989 (Rec., 71), cons. 6 f.

³¹⁵ Die Beachtung der Verpflichtungen des Art. 6 EMRK durch den AAI stellt immer noch eine Schwierigkeit dar. Zusammenfassend X. Prétot, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes répond-il aux exigences de la CEDH?*, RDP 2002, 1607. P. Quilichini, *Réguler n'est pas juger*, AJDA 2004, 1060. In seinem Bericht schlägt Gélard eine Aufteilung der betroffenen "autorités" in zwei Sektionen (Untersuchung und Sanktion) vor: Bericht Gélard (Anm. 270), Bd. I, 57.

Die Anerkennung unabhängiger Agenturen durch den Conseil constitutionnel und den CE als feste Akteure neben den herkömmlichen Verwaltungsorganisationseinheiten³¹⁶ beantwortet aber noch nicht die Frage ihrer demokratischen Legitimation. Diese Frage ist, anders etwa als in den USA, lange Zeit nicht direkt gestellt worden³¹⁷. Vielmehr hat man Legitimation als Effektivität definiert³¹⁸ und nach den spezifischen Aufgaben unabhängiger Agenturen gefragt: Die Agenturen sollen Grundrechte schützen, das Funktionieren der Marktwirtschaft sichern, eine Form der Mediation zwischen Staat und Bürger bieten³¹⁹ oder Expertenwissen in technischen Bereichen sicherstellen. Dem Grundrechtsschutz als Ausdruck einer so definierten Legitimation dient es, wenn Entscheidungsträger von der klassischen Exekutive entorganisiert werden, sich als Ausdruck der Zivilgesellschaft und als Instrument "sozialer Regulierung" verstehen, mit dem das Misstrauen der Gesellschaft gegenüber dem Staat abgebaut werden soll³²⁰. In diesem Sinne weist ein Bericht des Conseil d'Etat aus dem Jahre 2001 auf die Entstehungsgeschichte der CNIL aus dem Gedanken des Datenschutzes hin. 1974 hatte nämlich die Regierung ohne gesetzliche Ermächtigung alle Daten polizeilicher Behörden zusammenführen wollen. Als die Öffentlichkeit davon aus Presseberichten erfuhr, wurde dieses als Skandal empfunden, der Anlass des Gesetzes von 1978 wurde. Der damit eingerichtete CNIL soll sicherstellen, dass die bürgerlichen Freiheiten und das Recht auf Privatleben nicht durch spezielle Datenbanken bedroht werden³²¹. Der Conseil constitutionnel bezeichnet den CNIL daher in seiner Entscheidung vom 26. Juli 1984 zutreffend als "grundlegende Garantie der Freiheitsausübung"³²². Ähnlich lässt sich eine aufgabenbezogene Legitimation für die Regulierungsagenturen nachweisen. Sie sollen die Interessen des Paktes mit den allgemeinen Interessen verbinden, Expertenwissen aktivieren und politischen Einfluss möglichst zurückdrängen³²³. Ihre Besetzung spiegele, so hat man argumentiert³²⁴, den Pluralismus in der Gesellschaft wider und erhöhe die Akzeptanz ihrer Entscheidungen.

³¹⁶ Vgl. Bericht des CE, EDCE, Bd. 57, 2006, 229 f.

³¹⁷ Über die Frage der demokratischen Legitimation in den USA und GB siehe E. Zoller, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie*, RFDA 2004, 757.

³¹⁸ Die Effektivität als Synonym der Legitimität wird aber von manchen Autoren ausdrücklich abgelehnt. Siehe M. Lombard, *Institutions de régulation économique et démocratie politique*, AJDA 2005, 530.

³¹⁹ Siehe J. Chevallier, *Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP 1986, I-3254. Er versteht diese Institutionen als Erweiterung der "*fonction arbitrale de l'Etat*" (Rn. 19).

³²⁰ In diesem Sinne H. Maisl, *Les autorités administratives indépendantes: protection des libertés ou régulation sociale?* in: C.-A. Colliard/G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, 1988, 75 f.; EDCE, Bd. 52, 2001, 261 f.; F. Dreyfus, *Les autorités administratives indépendantes: de l'intérêt général à celui des grands corps*, in: E. Cadeau (Hrsg.), *Perspectives du droit public*, Mélanges Hélin, 2004, 219.

³²¹ Vgl. EDCE, Bd. 52, 2001, 262.

³²² Vgl. CC 84-173 DC vom 26.6.1984 (Rec., 63), cons. 4.

³²³ Vgl. Lombard (Anm. 318), 530 f. und den Bericht des CE, EDCE, Bd. 57, 2006, 250.

Effektivität und Akzeptanz sind sicher wichtige Elemente der Legitimation; sie ersetzen aber nicht fehlende demokratische Legitimation. Solange man sich mit den AAI nur punktuell beschäftigte oder sie für eine vorübergehende Erscheinung hielt, mochte die Beschäftigung mit Einzelaspekten ausreichen. Seit Ende der 1990er Jahre werden aber auch kritische Fragen gestellt. Zweifelhaft erscheint, ob der Einzelne wirklich Schutz durch Unabhängigkeit erhält und wie weit die Unabhängigkeit der AAI gegenüber organisierten Privatinteressen wirklich reicht³²⁵. Heute wird es für notwendig angesehen, dass die unabhängigen Agenturen verstärkt einer politischen und finanziellen Kontrolle des Parlaments unterstellt werden³²⁶. Dazu werden im Bericht des parlamentarischen Amtes für die Evaluation der Gesetzgebung vom Juni 2006 einige Empfehlungen gegeben³²⁷: Durch die Mitwirkung eines Regierungsvertreters könnte die Berücksichtigung allgemeiner Interessen besser gesichert werden. Die Arbeit der AAI sollte regelmäßig durch parlamentarische Kommissionen bewertet werden. Auch die Festlegung eines einheitlichen gesetzlichen Rahmens erscheint als sinnvoll. In ihm könnten einheitliche Organisationsregeln, Verfahrensregeln und jährliche Berichtspflichten festgelegt werden. Schließlich sollte, bevor eine neue Agentur gegründet wird, ihre Notwendigkeit genau geprüft werden.

b) Unsicherer Diskussionsstand in Deutschland

Anders als in Frankreich hat die Herausarbeitung fester Definitionsmerkmale unabhängiger Agenturen in Deutschland bisher nur eine geringe Rolle gespielt. In ihrem Kern wurde die Problematik lange Zeit als eine solche des "ministerialfreien Raumes" behandelt. Die ältere Literatur betrachtete solche Räume meistens als unvereinbar mit der parlamentarischen Verantwortung der Regierung. Obwohl die föderal- und kommunal-selbstverwaltende Gliederung Deutschlands weit weniger als in Frankreich der Vorstellung einer "Einheit der Verwaltung" verbunden ist und vielfältige Ausdifferenzierungen und Entkopplungen aus der Ministerialbürokratie kennt, verhält sich die traditionelle deutsche Doktrin gegenüber unabhängigen Behörden spröder als die französische Auffassung. Sieht man jedoch genau zu, so zeigt sich, dass die prinzipiellen verfassungsrechtlichen Einwände sich nur auf einen Teil derjenigen Verwaltungsstellen beziehen, die in Deutschland vergleichbare Tätigkeiten wie die französische AAI wahrnehmen. Deshalb wurden der Fortfall des ministeriellen Weisungsrechts und eine Ausgliederung aus der hierarchischen Verwaltungsorganisation bei den seit langem bekannten rechtsfähigen An-

³²⁴ Vgl. F. Gazier/Y. Canac, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, Bd. 35, 1983-1984, 13; Bericht des CE, EDCE, Bd. 52, 2001, 275 f.; Dreyfus (Anm. 320), 222.

³²⁵ Vgl. Dreyfus, *ibid.*, 226 f.; Bericht des CE, EDCE, Bd. 52, 2001, 368.

³²⁶ Die Verstärkung der parlamentarischen Kontrolle ist schon in dem Bericht des CE 2001 erwähnt worden, *ibid.*, 369 f.

³²⁷ Vgl. Bericht von Gélard (Anm. 270), Bd. I, 6 f.

stalten und den Trägern funktionaler Selbstverwaltung für weit weniger problematisch angesehen als im behördlichen Organisationsbereich.

Zu einer positiveren Bewertung partieller Entkoppelungen auch in der normalen Behördenorganisation hat der Gedanke der "Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren" beigetragen. Die deutsche Entwicklung zeigt in diesem Punkt eine klare Parallele zur französischen. Auch hier war es der Datenschutz, der die positive, ja notwendige Seite von Entkoppelungen vor Augen führte. Im Urteil vom 15. Dezember 1983, dem sog. *Volkszählungsurteil*, leitete das Bundesverfassungsgericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung ab, das nur im überwiegenden Allgemeininteresse eingeschränkt werden darf. Das Verfassungsgericht verpflichtete den Gesetzgeber solchenfalles, organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, die der Gefährdung des Selbstbestimmungsrechts entgegenwirken³²⁸. Zu diesen Vorkehrungen "eines vorgezogenen Rechtsschutzes" rechnet es ausdrücklich die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter³²⁹. Ähnlich rechtfertigt das Gericht später die Entscheidungstätigkeit weisungsfreier, pluralistisch besetzter Ausschüsse im Jugendschutz³³⁰ und rundfunkrechtlicher Kontrollgremien³³¹. Die Unabhängigkeit unmittelbar dem Grundrechtsschutz zugeordneter Funktionsträger ist in Deutschland heute wie in Frankreich anerkannt. Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen lassen sich nur noch bei Agenturen ausmachen, die Regulierungsaufgaben im Bereich der Wirtschaft wahrnehmen. Die Diskussionen konzentrieren sich in Deutschland auf die Stellung der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation – jetzt mit erweiterten Aufgaben der Bundesnetzagentur. Vertreter der überkommenen Auffassung beharren hier darauf, dass die Agentur nicht nur allgemeinen Vorgaben, sondern auch Einzelweisungen des zuständigen Ministeriums aus verfassungsrechtlichen Gründen unterliegen müsse. Vertreter einer modernen Lehre der demokratischen Legitimation zeigen demgegenüber auf, dass Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit einer Behörde nicht mit Kontrollfreiheit verwechselt werden dürfen, vielmehr Möglichkeiten unmittelbarer parlamentarischer Kontrollen bestünden und vom Gesetzgeber auch genutzt würden³³². Die verfassungsrechtlich, nämlich bei der Frage der Zulässigkeit unabhängiger Agenturen, ansetzende Fragestellung führt dabei zu praktischen Anforderungen an unabhängige Agenturen, wie sie in Frankreich aus praktischen Erwägungen formuliert werden. Es geht darum, institutionelle Arrangements zu schaffen, die sicherstellen, dass den Gefahren der Verselbstständigung, insbesondere der Auslieferung an den Druck von Interessenverbänden (Phänomen

³²⁸ BVerfGE 65, 1 (43 f.).

³²⁹ *Ibid.*, 48, 58 f.

³³⁰ BVerfGE 83, 130 (149 f.).

³³¹ *Ibid.*, 238 (333 f.); 90, 60 (103).

³³² Grundlegend Trute (Anm. 189), § 6 Rn. 68; ähnlich T. Groß, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Anm. 189), § 13 Rn. 60 f.

der *“captured agency”*), entgegengewirkt wird. “Dazu können ebenso Berichtspflichten, Kontrastorgane, Evaluationen, Kontrollverbände von konkurrierenden Behörden oder Beiräte, die vorwiegend parlamentarische Einfluss- und Kontrollrechte aktualisieren, als Anknüpfungspunkte parlamentarischer Kontrolle dienen.”³³³ Das sind nahezu dieselben Kriterien, die sich in dem oben zitierten Bericht des französischen Amtes für die Evaluation der Gesetzgebung aus dem Jahre 2006 finden.

V. Dezentrale Verwaltungseinheiten: Das Verhältnis von Selbstverwaltung und Demokratie

Als im besonderen Maße von nationalen Traditionen bestimmt gilt die Organisation der öffentlichen Verwaltung. Gerade Frankreich und Deutschland werden gern zum Beleg dieser These angeführt. In der Tat sind die Ausgangspunkte der Verfassungen konträr: Frankreich ist nach Art. 1 der Verfassung von 1958 eine unteilbare Republik – Deutschland ein Bundesstaat, in dem neben Bund und Ländern gem. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auch Landkreise und Gemeinden eine direkt durch das Volk gewählte Vertretung haben müssen. Betrachtet man freilich weniger die Traditionen als die Funktionen der Verwaltungsorganisation, so wird wenigstens ein gemeinsamer Problemhintergrund deutlich³³⁴: Auch der Einheitsstaat kann nicht alles zentral entscheiden, sondern muss dezentrale Verwaltungseinheiten einbeziehen, während umgekehrt das föderal- und kommunal-selbstverwaltend gegliederte Staatswesen darauf sehen muss, dass nicht Partikularinteressen die staatliche Handlungseinheit lähmen.

Die Europäisierung fordert beide Systeme zusätzlich heraus: Die neu entstandene europäische Verwaltungsebene veranlasst zu der Frage, ob in einem mehrfach gegliederten Staatswesen wie Deutschland nicht zu viele Ebenen an Entscheidungen mitwirken. Auf der anderen Seite treten in den Europäischen Verträgen aber neben den Mitgliedstaaten mehr und mehr auch subnationale Einheiten in Erscheinung: Zunächst die Regionen (Art. 203 ff. EGV) und im Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrages auch die Kommunalkörperschaften (Art. I-5 Abs. 1 EEV). Unterstrichen wird der Bedeutungszuwachs kommunaler Organisationsformen durch die im Rahmen des Europarats entwickelte Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung³³⁵. Die Verwaltungsorganisation ist also auch im europäischen Rahmen – aber keineswegs nur durch dessen Entwicklungsanstöße – durchaus in Bewegung gekommen.

³³³ So Trute, *ibid.*, Rn. 68.

³³⁴ Vgl. dazu auch schon unter IV. 5. zu unabhängigen Agenturen.

³³⁵ Die Vertragsparteien gehen darin die Verpflichtung ein, die kommunale Selbstverwaltung in ihren Rechtsordnungen nach Maßgabe der in der Charta vorgesehenen Inhalte zu sichern. Für Deutschland: Zustimmungsgesetz vom 22.1.1987 (BGBl. I, 65); für Frankreich: Gesetz 2006-823 vom 10.7.2006 (JO vom 11.7.2006, 10335). Vgl. die ausführliche Darstellung mit Kommentar von B. Schaffarzik, Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 2002.

Dem soll hier speziell für die kommunale Selbstverwaltung nachgegangen werden: Sie hat in der jüngeren französischen Entwicklung mit der Dezentralisierungsgesetzgebung eine Aufwertung erfahren³³⁶, während Deutschland, das die kommunale Selbstverwaltung zu seinen verfassungsrechtlichen Traditionsbeständen zählt, von einem dezentralen Modell ausgehend, rechtliche und praktische Grenzen der Entwicklung deutlich werden lässt. In beiden Ländern geht es generell darum, das dezentrale Organisationsprinzip mit dem Gedanken einer bürgerschaftlichen "Selbst-Verwaltung" zu verbinden³³⁷ – ein Unternehmen, das vor dem Hintergrund eines klassischen Demokratiemodells allerdings als ambivalent erscheinen muss.

1. Dezentralisierung in Frankreich

a) Das Prinzip der Unteilbarkeit der Republik und die Dezentralisierungsbemühungen bis 2003

Die Dezentralisierung ist kein neues politisches Thema in Frankreich und wird vermutlich auch in Zukunft nicht an Aktualität verlieren³³⁸. Unter Dezentralisierung ist allgemein eine Verschiebung von Zuständigkeiten vom Zentrum zur Peripherie zu verstehen³³⁹. Seit der Revolution von 1789 gab es immer wieder Reformen, die die Organisation des Zentralstaates geändert haben, ohne jedoch das Prinzip der Unteilbarkeit der Republik in Frage zu stellen³⁴⁰.

Im Jahre 1789 wurden die Gemeinden und Departements eingerichtet. Seit 1884 werden die Vertreter in der Kommune direkt von der Bevölkerung gewählt. Das Gesetz von 5. April 1884 sah vor, dass die Exekutive in der Gemeinde über generelle Befugnisse verfügt, um über die Angelegenheiten der Kommune selbst zu entscheiden³⁴¹. Auch die Exekutive in den Departements wird seit 1871 direkt von der

³³⁶ Allgemein zu dieser Reform B. Schöndorf-Haubold, Dezentralisierung und das Recht der kommunalen Selbstverwaltung in Frankreich / Die Konstitutionalisierung der Garantie territorialer Selbstverwaltung in Frankreich, im Erscheinen.

³³⁷ Vgl. die Formulierung in der *Rastede*-Entscheidung, BVerfGE 79, 129 (148).

³³⁸ Eine dritte Phase der Dezentralisierung wäre wünschenswert, um die Einordnung der Gebietskörperschaften in das Mehrebenensystem Europas zu vervollständigen. Ferner sollte auch der geographische Zuschnitt der Gebietskörperschaften Thema einer Reform sein. Über die Eingliederung der Gebietskörperschaften in das Europäische System siehe E. Aubin/C. Roche, *Droit de la nouvelle décentralisation*, 2005, 95 f.

³³⁹ Y. Luchaire/F. Luchaire, *Décentralisation et constitution*, 2003, 13.

³⁴⁰ Die Unteilbarkeit der Republik ist in den Verfassungen von 1791, 1793, 1795, 1799 und 1848, sowie in den Verfassungen der IV. und der V. Republik (Art. 1) verankert. Der CC hat das Prinzip der Unteilbarkeit in seiner Rechtsprechung ausgelegt. In der unteilbaren Republik gibt es nur eine politische Gewalt, die die Macht über das gesamte Territorium ausübt. Siehe CC 91-294 DC vom 25.7.1991, Rec., 91; CC 2000-435 DC (Überseegebiete) vom 7.12.2000, Rec., 164 und CC 2001-454 DC vom 17.1.2002 (Korsika), Rec., 70.

³⁴¹ Gesetz vom 5.4.1884 über die Organisation der Gemeinden (JO vom 6.4.1884, 1557).

Bevölkerung gewählt. Das Gesetz vom 10. August 1871 bestimmt die Kompetenzen und das Wahlverfahren der Exekutiven in den Departements³⁴². Trotzdem blieb der Zentralismus das dominierende Staatsprinzip.

Die entscheidenden Reformmaßnahmen neuerer Zeit bilden das Gesetz vom 2. März 1982 und einige weitere Gesetze aus den Folgejahren³⁴³. Diese erste "echte" Reform der Dezentralisierung³⁴⁴ ist dabei aus politischen Gründen nicht durch eine Änderung der Verfassung erfolgt, da die notwendige Zustimmung des Senats unwahrscheinlich gewesen wäre. Es war F. Mitterrand, der diese Reform angestoßen hat. Seine Idee war, dass der Zentralismus zwar notwendig für die Entwicklung und das Bestehen der Republik sei, in seiner jetzigen Form jedoch ein Hindernis für die Fortentwicklung eines modernen Staates darstelle³⁴⁵. Interessant ist dabei, dass die Reform des Staates nicht als politisches Projekt der linken Parteien zu verstehen war. Eine Reform des Zentralismus war schon von Valéry Giscard d'Estaing beabsichtigt gewesen³⁴⁶, vor allem aber auch schon von de Gaulle. Der Rücktritt von de Gaulle 1969 war die direkte Folge des Referendums über die Reform des Senats und die Organisation der Regionen³⁴⁷. Auch de Gaulle stellte fest, dass der in der Vergangenheit notwendige Zentralismus nicht mehr geeignet für die Zukunft Frankreichs war³⁴⁸.

Das Gesetz vom 2. März 1982 und die weiteren Gesetze aus den Jahren 1983, 1986, 1992 etc. führten wichtige Änderungen ein: Die Regionen wurden Gebietskörperschaften und waren nicht mehr Anstalten des öffentlichen Rechts. Die Autonomie der Gebietskörperschaften wurde durch Abschaffung der Tutelle gesichert, d.h. die Entscheidungen der Gebietskörperschaften bedürfen nicht mehr der Zustimmung des Staatsvertreters (Präfekten). Sie unterliegen nunmehr nur der richterlichen Kontrolle. Die Opportunitätskontrolle ist also durch eine Legalitätskontrolle ersetzt worden, und der Präfekt ist nicht mehr der Präsident der Exekutive in den Departements und Regionen. Der Gesetzgeber verfolgte mit den Geset-

³⁴² Gesetz vom 10.8.1871 über die Exekutive der Departements (JO vom 29.8.1871, 3041).

³⁴³ Das Gesetz 82-213 vom 2.3.1982 (JO vom 3.3.1982, 730) über Rechte und Freiheiten der Gemeinden, Departements und Regionen und das Gesetz 83-8 vom 7.1.1983 (JO vom 9.1.1983, 215) über die Verteilung der Kompetenzen zwischen den Gebietskörperschaften sind die wichtigsten Gesetze der Reform. Über 20 weitere Gesetze haben das System vervollständigt.

³⁴⁴ Zu den verschiedenen Gesetzen, die vor 1982 das Thema betreffen, siehe R. Delbo, *La décentralisation depuis 1945*, 2005, 10-43; Dupuis/Guédon/Chrétien (Anm. 53), 236 f.

³⁴⁵ Die Bestimmungen über die Gebietskörperschaften in der Verfassung vom 13.10.1946 beruhen auch darauf, dass nach dem zweiten Weltkrieg der Zentralismus als Hindernis für die Entwicklung und den Wiederaufbau Frankreichs verstanden wurde. Siehe J.-F. Gravier, *Paris et le désert français*, 1947 (der Autor war in der Zeit Mitglied des Ministeriums für Wiederaufbau und Stadtplanung).

³⁴⁶ 1976 erschien ein Bericht über die Dezentralisierung mit dem Titel "vivre ensemble". Er ist von der Kommission für die Entwicklung der lokalen Verwaltung auf Nachfrage des Präsidenten erstellt worden. Der Vorsitzende der Kommission war der Minister für Raumplanung Olivier Guichard.

³⁴⁷ Referendum vom 27.4.1969 über das Verfassungsgesetz vom 2.4.1969.

³⁴⁸ Rede von de Gaulle vom 25.3.1968.

zen von 1983³⁴⁹ und 1986³⁵⁰ das Ziel, Klarheit hinsichtlich der Kompetenzen der verschiedenen Gebietskörperschaften durch die Bezeichnung von Kompetenzpaketen zu schaffen³⁵¹. Im Ergebnis sind die Kompetenzen stark ausgeweitet worden. Schematisch betrachtet sind staatliche Befugnisse an die Gebietskörperschaften wie folgt übertragen worden: Die Gemeinden sind zuständig für die Schulausbildung und die Stadtplanung. Die Departements sind für die Schulausbildung in der Oberstufe und die soziale Hilfeleistung zuständig. Den Regionen werden die Zuständigkeitsbereiche der Raumordnung und der Ausbildung in den Fachschulen zugesprochen³⁵².

Das Gesetz von 6. Februar 1992³⁵³ bildet einen rechtlichen Rahmen für die Zusammenarbeit der einzelnen Gebietskörperschaften³⁵⁴. Darüber hinaus werden mit diesem Gesetz direkt-demokratische Instrumente auf Gemeindeebene eingeführt. Insbesondere darf der Bürgermeister gemäß Art. 10 und Art. 21 des Gesetzes die Bewohner der Gemeinde zu Themen mit Bezug auf die Gemeinde befragen. Das Ergebnis der Bürgerbefragung bleibt zwar unverbindlich und auch die Modalitäten der Befragung unterliegen der strengen Kontrolle des Verwaltungsrichters³⁵⁵; das Ziel, die Bürger zu beteiligen und sie besser über lokalpolitische Entscheidungen zu informieren³⁵⁶, wird aber immerhin erreicht. Schließlich schafft das Gesetz vom 21. Februar 1996 eine Kodifizierung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Diese Bestimmungen bilden heute den ersten Teil des Gesetzbuches betreffend die Gebietskörperschaften³⁵⁷.

Insgesamt wurden die Ergebnisse dieser ersten Reform aber nicht als zufriedenstellend bewertet. Im Bericht von Pierre Mauroy aus dem Jahre 2000 sind eine Vielzahl von Kritikpunkten genannt und Änderungsvorschläge gemacht worden³⁵⁸.

³⁴⁹ Vgl. Gesetz 83-8 vom 7.1.1983 (JO vom 9.1.1983, 215), Gesetz 83-663 vom 22.7.1983 (JO vom 23.7.1983, 2286) und das Gesetz 83-1186 vom 29.12.1983 (JO vom 31.12.1983, 3887).

³⁵⁰ Gesetz 86-16 vom 6.1.1986 (JO vom 8.1.1986, 367).

³⁵¹ Die Unfähigkeit der Gesetze, Klarheit und Kohärenz zu schaffen, ist diesbezüglich stark kritisiert worden. Siehe z.B. J.-M. Pontier, *Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales*, RFDA 2003, 37.

³⁵² Zur Reform der Dezentralisierung Dupuis (Anm. 53), 240 f.

³⁵³ Gesetz 92-125 vom 6.2.1992 über die lokale Demokratie (JO vom 8.2.1992, Nr. 33).

³⁵⁴ Siehe Art. 54 bis 64 für die Regionen, Art. 65 für die Departements, Art. 66 bis 71 für die Gemeinden und Art. 72, 73 für die Städte.

³⁵⁵ Das Thema der Befragung darf die Kompetenzen der Gemeinde nicht überschreiten, und die zu beteiligenden Bürger sind nur diejenigen, die auch Wähler sind. Diese letzte Voraussetzung führt dazu, dass nur Unionsbürger beteiligt werden können, alle anderen Ausländer jedoch von der Teilnahme ausgeschlossen sind. Siehe zur Anwendung des Gesetzes und zur Rechtsprechung Aubin/Roche (Anm. 338), 159.

³⁵⁶ Gesetz 96-142 vom 21.2.2006 (JO vom 24.2.1996, 2992). Die verordnungsrechtlichen Bestimmungen sind durch das Dekret 2000-318 vom 7.4.2000 (JO vom 9.4.2000, 5469) kodifiziert worden.

³⁵⁷ *Code général des collectivités territoriales* (CGCT). Die verordnungsrechtlichen Bestimmungen bilden den zweiten Teil des Gesetzbuches.

³⁵⁸ Vgl. Bericht vom 17.10.2000, P. Mauroy, *Refonder l'action publique locale* <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004001812/index.shtml>>. Pierre Mauroy war 1982 Premierminister, als die erste Dezentralisierungsreform eingeleitet wurde.

Zum einen wird bedauert, dass der geographische Zuschnitt der Gemeinden, Departements und Regionen noch nie Gegenstand einer Reform gewesen ist. Die bestehenden Strukturen seien zu komplex und diese Komplexität bilde gleichzeitig ein Hindernis für die Demokratie³⁵⁹ und für die Wahrnehmung der Mitgliedschaft Frankreichs an der Europäischen Union³⁶⁰. Zum anderen war die komplizierte Kompetenzverteilung Gegenstand der Kritik³⁶¹: Der Gesetzgeber sollte für mehr Transparenz sorgen; er sollte die Zuständigkeiten der verschiedenen Gebietskörperschaften klären und dadurch den Rezentralisierungstendenzen des Zentralstaates entgegenwirken³⁶². Auch eine Reform der finanziellen Autonomie der Gebietskörperschaften erschien in dieser Hinsicht als absolut notwendig. Wenn die Verantwortung der lokalen Exekutive durch die Erweiterung der Selbstverwaltungsaufgaben zunehme, dann müsse der Staat auch für einen finanziellen Ausgleich sorgen. Ferner wurde eine Vertiefung der partizipativen Demokratie durch eine verstärkte Beteiligung der Bürger an den Entscheidungsprozessen innerhalb der jeweiligen Gebietskörperschaften gewünscht.

Diese Kritik führte zum Gesetz über die lokale Demokratie vom 27. Februar 2002³⁶³. Allerdings gibt das Gesetz nur zum Teil Antworten auf die anstehenden Probleme. Die lokale Demokratie soll durch die Information der Bürger und ihre Beteiligung an der öffentlichen Diskussion, insbesondere in den Bereichen Umwelt und Raumplanung, verstärkt werden. Die vorgesehenen Instrumente sind die fakultative öffentliche Debatte für Raumordnungsprojekte und die obligatorische Gründung neuer Räte in den einzelnen Vierteln (*conseil de quartier*) der Städte mit mehr als 80 000 Einwohnern³⁶⁴. Der Bürgermeister kann diese Räte in Angelegenheiten der Gemeinde befragen und sie in den Entscheidungsprozess einbeziehen. Die Räte können dabei auch selbst die Initiative ergreifen und Vorschläge einbringen³⁶⁵.

³⁵⁹ Es gibt zum Beispiel über 36 600 Gemeinden, die z. T. bei der Erfüllung besonderer Aufgaben miteinander kooperieren, diese Möglichkeit ist durch das Gesetz von 1992 eröffnet worden: Titel III, Art. 54 f. Diese Kooperationsstrukturen haben aber keine eigene demokratische Legitimation.

³⁶⁰ Bericht Mauroy (Anm. 358), 19.

³⁶¹ *Ibid.*, 23.

³⁶² Diese Tendenz kommt in der Rechtsprechung des CC klar heraus. Der CC bevorzugte in seiner Rechtsprechung sogar häufig die Prinzipien der Unteilbarkeit und der Gleichheit anstelle der Selbstverwaltung. Siehe CC 98-405 DC von 29.12.1998 (Rec., 326) über das Finanzgesetz für 1999: Bestimmungen, die Ressourcen für die Gebietskörperschaften streichen, sind nicht verfassungswidrig. Die Reform der Verfassung im Jahr 2003 war also notwendig, um die Rechtsprechung des CC zu umgehen. In diesem Sinne O. Gohin, *La révision du titre XII: pouvoir constituant et jurisprudence constitutionnelle*, in: Y. Gaudemet/O. Gohin (Hrsg.), *La République décentralisée*, 2004, 25.

³⁶³ Gesetz 2002-276 vom 27.2.2002 über die lokale Demokratie (JO vom 28.2.2002, 3808). Siehe den Kommentar des Gesetzes von B. Ménelet, *Les réalités de la démocratie participative dans l'aménagement et l'équipement du territoire, les apports de la loi "démocratie de proximité"*, RDP 2004, 715. Der Autor unterstreicht den Unterschied zwischen dem Ziel des Gesetzes (Beteiligung der Bürger und Anregung einer öffentlichen Debatte) und der vergleichsweise schwachen Position der Bürger gegenüber der Verwaltung (735).

³⁶⁴ Art. 11-20 des Gesetzes 2002-276.

³⁶⁵ Art. L 2143-1 CGCT.

b) Die Reform der Dezentralisierung 2003 und die lokale Demokratie

Einen entscheidenden neuen Schritt zu mehr Dezentralität brachte die Verfassungsänderung von 2003. Artikel 1 der Verfassung lautet nunmehr: "Die unteilbare, laizistische, demokratische und soziale Republik Frankreichs, die die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ohne Unterschied der Herkunft, Rasse oder Religion gewährleistet und jeden Glauben achtet, ist dezentral gegliedert." Durch das Verfassungsgesetz vom 28. März 2003³⁶⁶ ist die dezentralisierte Form der Republik somit erstmals ausdrücklich in der Verfassung verankert worden.

Das allgemeine Ziel der Reform ist die breitere Beteiligung der – kontinentalen³⁶⁷ – Gebietskörperschaften und der Bürger an der Meinungsbildung und der Durchführung der politischen Entscheidungen. Die Regierung versucht dadurch – wie sie ausführt – eine Annäherung an das demokratische Ideal zu erreichen³⁶⁸. Die konkreten Durchführungsfragen der Reform sind durch die drei verfassungsausführenden Gesetze über das lokale Referendum, die finanzielle Autonomie der Gebietskörperschaften und die Möglichkeit, zu Experimentierzwecken von den gesetzlichen oder verordnungsrechtlichen Bestimmungen abzuweichen, rasch geregelt worden. Auch das Gesetz vom 13. August 2004 über lokale Freiheiten und Befugnisse zählt zu dieser Reform³⁶⁹.

Die Reform der Verfassung ist das Ergebnis der Überlegungen zur Änderung der Verwaltungsorganisation; sie ist aber auch Ausdruck einer allgemeinen Staatsreform. Mit der nunmehr ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Verankerung wird die eigentlich verfassungsrechtliche Natur der Dezentralisierung als staatsorganisationsrechtliche Maßnahme verdeutlicht³⁷⁰.

³⁶⁶ Art. 1 des Gesetzes 2003-276 vom 28.3.2003 (JO vom 29.3.2003, 5568).

³⁶⁷ Die Verfassungsreform betrifft neben diesen auch die Organisation und die Kompetenzen der Überseegebiete (siehe Luchaire/Luchaire [Anm. 339], 45 f.). Interessant ist z.B., dass gemäß Art. 72-3 die überseeischen Bevölkerungen der Republik als Teil des französischen Volkes anerkannt sind. Gemäß Art. 73 und 74 verfügen diese Körperschaften über breitere Entscheidungskompetenzen. Die Dezentralisierung hat aber nur politische Folgen für Neukaledonien und Französisch Polynesien. 2014 muss zum Beispiel durch Referendum über die Unabhängigkeit Neukaledoniens entschieden werden. Die Frage der föderalen Form der französischen Republik ist in der Lehre schon mehrmals im Hinblick auf diese Körperschaften gestellt worden. Siehe T. Michalou, *La République française, une fédération qui s'ignore?*, RDP 1982, 623.

³⁶⁸ Siehe die Begründung des Entwurfs des Verfassungsgesetzes Nr. 24 über die dezentralisierte Organisation der Republik, am 16.10.2002 dem Senat vorgelegt <<http://www.senat.fr/leg/pjl02-024.html>>.

³⁶⁹ Gesetz 2004-809 vom 13.8.2004 (JO vom 17.8.2004, 14545) über lokale Freiheiten und Befugnisse.

³⁷⁰ 1943 von M. Hauriou schon betont. Vgl. M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, 5. Aufl. 1943, 52.

c) Zwei markante Neuerungen

Das eben beschriebene doppelte Ziel spiegelt sich in zwei Gruppen von Bestimmungen wider: der Verankerung des Prinzips der Selbstverwaltung in der Verfassung und der Stärkung der Demokratie auf der lokalen Ebene.

(1) Die verfassungsrechtliche Verankerung der gebietskörperschaftlichen Selbstverwaltung ist das Ergebnis des Art. 5 des Gesetzes von 2003, der Art. 72 der Verfassung geändert und wesentlich erweitert hat. Art. 72 betrifft heute erstens die Eigenständigkeit und Effizienz der Gebietskörperschaften als dezentrale Verwaltungseinheiten und zweitens deren mittelbare Beteiligung an den zentralstaatlichen politischen Entscheidungsprozessen.

Der Inhalt des Prinzips der Selbstverwaltung war schon vor 2003 nach und nach von der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel entwickelt worden: Danach bedeutet Selbstverwaltung, dass durch allgemeine Wahlen designierten Räten effektive Befugnisse verliehen werden müssen. Diese Räte müssen über das Verordnungsrecht verfügen; und es muss eine gewisse finanzielle Autonomie zur Ausübung ihrer Zuständigkeiten vorhanden sein. Insbesondere unter diesem letzten Gesichtspunkt war die Selbstverwaltung vor 2003 schwach ausgeprägt³⁷¹. Die finanzielle Autonomie ist nun in Art. 72-2 verankert. Diese Bestimmung hat eine notwendige Voraussetzung der Selbstverwaltung offenkundig gemacht: Die Verwaltung des Haushaltes ist Sache der Gebietskörperschaften. Dies bedeutet, dass diese nicht nur über die Verwendung der finanziellen Mittel bestimmen, sondern auch den Steuersatz festlegen können³⁷². In Art. 72-2 Abs. 4 ist außerdem vorgesehen, dass keine Zuweisung von Aufgaben erfolgen darf, ohne dass die notwendigen Finanzmittel zur Verfügung gestellt werden³⁷³. Details dieser finanziellen Autonomie sind in dem verfassungsausführenden Gesetz vom 29. Juli 2004 verankert.

Das Prinzip der Subsidiarität ist neu und in Art. 72 Abs. 2 wie folgt normiert: "Die Gebietskörperschaften sind dazu berufen, Entscheidungen in allen Bereichen zu treffen, die am besten auf ihrer Ebene umgesetzt werden können." Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit zu entscheiden, welche Angelegenheiten am besten auf welcher Ebene verwaltet werden. Art. 72 Abs. 5 erlaubt ihm zusätzlich, "soweit die Ausübung einer Zuständigkeit das Zusammenwirken mehrerer Gebietskörperschaften erfordert", eine der Gebietskörperschaften zu ermächtigen, die Modalitäten des gemeinsamen Handelns zu regeln.

Eine neue Art der Beteiligung von Gebietskörperschaften an den parlamentarischen Entscheidungsprozessen ist durch die "Experimentierklausel" und das in Art. 72 Abs. 4 geregelte Verfahren geschaffen worden. Diese Vorschrift eröffnet

³⁷¹ Siehe z.B. die Entscheidung des CC 90-277 DC vom 25.7.1990, Rec., 70.

³⁷² Über die finanziellen Kompetenzen der Gebietskörperschaften siehe R. Hertzog, *L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales*, AJDA 2003, 548.

³⁷³ Die tatsächliche Zuweisung von Einnahmen in Verbindung mit der Übertragung von Aufgaben zwischen Staat und Gebietskörperschaften ist in der Entscheidung des CC 2004-509 DC vom 13.1.2005 (Rec., 33) Gegenstand der Kontrolle gewesen. Zur weiteren Kontrolle der finanziellen Autonomie der Gebietskörperschaften siehe Aubin/Roche (Anm. 338), 42 f.

den Gebietskörperschaften die Möglichkeit, von gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Bestimmungen abzuweichen³⁷⁴. Das ist jedoch nur unter der strengen Voraussetzung zulässig³⁷⁵, dass "die wesentlichen Bedingungen der Wahrnehmung eines öffentlichen Freiheitsrechts oder eines in der Verfassung verbürgten Rechts unberührt bleiben"³⁷⁶. Darüber hinaus muss die Abweichung explizit durch ein verfassungsausführendes Gesetz erlaubt werden³⁷⁷. Der Gesetzgeber bestimmt dabei den Zweck und die Dauer einer möglichen Abweichung. Er legt die Bestimmungen fest, die nicht Gegenstand einer solchen Ausnahme sein können, und benennt die Gebietskörperschaften, die eine Änderung vornehmen können. Interessierte Gebietskörperschaften können sich innerhalb einer durch den Gesetzgeber festgelegten Frist bewerben³⁷⁸.

60 Senatoren sahen in dieser Bestimmung einen Verstoß gegen die Verfassungsprinzipien der Unteilbarkeit der Republik und der Gleichbehandlung. Sie leiteten das Verfassungsgesetz dem CC zu³⁷⁹. Der CC hat sich im Rahmen dieses Verfahrens über die Verfassungsmäßigkeit von Verfassungsgesetzen für nicht zuständig erklärt³⁸⁰. Der Verstoß wäre jedoch in der Sache nicht begründet gewesen. Zwar werden in der angegebenen Zeit unterschiedliche Bestimmungen in den verschiedenen Gebietskörperschaften angewendet. Dieser Verstoß gegen das Gleichbehandlungsprinzip ist aber von sehr geringem Gewicht. Einerseits entscheidet der Gesetzgeber allein über die Möglichkeiten der Anpassung seiner Gesetzgebung und auch über die Folgen solcher Anpassungen. Gemäß Art. L 01113-6 CGCT entscheidet er über die weitere Anwendung der betroffenen Bestimmungen: Die Anwendbarkeit der geänderten Bestimmungen kann maximal um drei Jahre verlängert oder ganz ausgeschlossen werden. Anderenfalls können diese Bestimmungen in einem Gesetz verankert werden. Andererseits werden gemäß Art. 34 der Verfassung Gesetze nur vom Parlament beschlossen. Das Verfassungsgesetz vom März 2003 hat diesen Artikel nicht geändert. *De facto* erlangen Gebietskörper-

³⁷⁴ Art. 37-1 n.F. sieht vor, dass "Gesetz und Verordnung zeitlich und sachlich begrenzt Experimentierklauseln enthalten können". Durch diesen Artikel ist die Möglichkeit, Experimentierklauseln zu verwenden, für den Gesetzgeber oder für die Regierung in der Verfassung verankert. Der Gesetzgeber hat schon von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht (ähnlich für das Verordnungsrecht). Die Grenzen dieses Verfahrens sind in der Rechtsprechung des CC festgelegt: Siehe Entscheidung 93-322 DC vom 28.7.1993 (Rec., 204); 93-333 DC vom 21.1.1994 (Rec., 32); 96-383 DC vom 6.11.1996 (Rec., 128); 2001-454 DC vom 17.1.2002 (Rec., 70). Siehe auch die Analyse von G. D r a g o, *Le droit à l'expérimentation*, in: Gaudemet/Gohin (Anm. 362), 67 f.

³⁷⁵ Diese Voraussetzungen sind in Art. 72 Abs. 4 der Verfassung und in den verfassungsausführenden Gesetzen 2003-704 und 2003-705 vom 1.8.2003 (JO vom 2.8.2003, 13217) verankert (siehe Art. L 0113-1 bis L 01113-7 CGCT).

³⁷⁶ Art. 72 Abs. 4 der Verfassung.

³⁷⁷ Art. L 01113-1 CGCT (Art. L 01113-7 CGCT sieht die gleichen Voraussetzungen für die Änderung von Verordnungen vor).

³⁷⁸ Art. L 01113-1 und L 01113-2 CGCT.

³⁷⁹ Art. 61 Abs. 2 der Verfassung.

³⁸⁰ CC, Entscheidung 2003-469 DC vom 26.3.2003, Rec., 293.

schaften durch diesen Mechanismus ein Recht zur Gesetzesinitiative, das allerdings nicht sehr gewichtig ist.

(2) Eine Stärkung der Demokratie auf gebietskörperschaftlicher Ebene ist in Art. 6 des Verfassungsgesetzes vom 28. März 2003 vorgesehen. Diese Vorschrift fügte zwei Instrumente der direkten Demokratie in die Verfassung ein. Gemäß Art. 72-1 sollen die Bürger an der Entwicklung der Politik auf der lokalen Ebene beteiligt werden³⁸¹. Diese Beteiligung soll erstens durch die Ausübung des Petitionsrechts erfolgen. Die Wähler einer Gebietskörperschaft können verlangen, "dass eine Frage, die in den Zuständigkeitsbereich der Gebietskörperschaft fällt, auf die Tagesordnung ihrer beschließenden Versammlung aufgenommen wird". Es handelt sich dabei jedoch nur um die Möglichkeit, in einer Art kommunalen Volksbegehrens die Diskussion einer bestimmten Frage anzuregen. Die betroffene Gebietskörperschaft ist rechtlich nicht verpflichtet, dem Begehren Folge zu leisten³⁸². Eine Stärkung der Bürgerbeteiligung soll zweitens durch die Einführung des Volksentscheids erreicht werden³⁸³. Gemäß Art. 72-1 Abs. 2 können Entwürfe von Beschlüssen oder Rechtsakten den Wählern zur Entscheidung vorgelegt werden. Die betroffenen Rechtsakte müssen grundsätzlich in der Zuständigkeit einer Gebietskörperschaft liegen³⁸⁴. Es fällt dabei in die alleinige Zuständigkeit der Exekutive der Gebietskörperschaft, über eine solche Beteiligung der Bürger zu entscheiden³⁸⁵. Ein Beschluss oder Rechtsakt ist angenommen, wenn sich mindestens 50 % der in der Gebietskörperschaft registrierten Wähler an der Wahl beteiligten und die Mehrheit sich dafür entschieden hat³⁸⁶. Art. 72-1 Abs. 3 sieht ferner die Möglichkeit vor, eine "Befragung" (*consultation*) über Änderungen der Organisation oder der Gebietsgrenzen einer Gebietskörperschaft herbeizuführen. Im Gegensatz zu den vorhergehenden Ausführungen, ist die Befragung jedoch im Ergebnis nicht verbindlich³⁸⁷.

Die Stärkung der Demokratie durch diese Instrumente muss dennoch in einem breiteren Rahmen gesehen werden. Es gibt in Frankreich nur ein einziges Volk – das französische Volk –, das die Souveränität ausübt. Die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel ist sehr klar³⁸⁸: Es gibt keine Teilmölkler. Die Organe der Gebietskörperschaften sind zwar von der Bevölkerung direkt gewählt, üben aber

³⁸¹ Der Premierminister J.-P. Raffarin begründete die Reform immer mit der Notwendigkeit für den Bürger, an der Definition der allgemeinen Interessen teilzunehmen. Siehe die Begründung des Verfassungsgesetzesentwurfs über die dezentralisierte Organisation der Republik Nr. 24 vom 16.10.2002 <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/decentralisation.asp#1>>.

³⁸² Zur Notwendigkeit eines solchen Petitionsrechts siehe J.-F. L a c h a u m e, Libre propos sur des techniques de démocratie directe appliquées aux collectivités territoriales, in: Cadeau (Anm. 320), 389 f.

³⁸³ Zu den Details des Verfahrens: Siehe das verfassungsausführende Gesetz 2003-705 vom 1.8.2003 (JO vom 2.8.2003, 13218, Art. L 01112-1 bis L 01112-7 CGCT).

³⁸⁴ Art. L 01112-1 CGCT.

³⁸⁵ Art. L 01112-2 CGCT.

³⁸⁶ Art. L 01112-7 CGCT.

³⁸⁷ Art. L 01112-20 CGCT.

³⁸⁸ Vgl. CC Entscheidung 91-290 DC vom 9.5.1991 (Rec., 50), cons. 11-13. Über die komplexe Definition des Volkes siehe H e u s c h l i n g (Anm. 200), 57 f.

nicht die Souveränität aus³⁸⁹. Die Einführung von Instrumenten der direkten Demokratie erlaubt zwar eine Stärkung der Beteiligung der Bürger an dem politischen Entscheidungsprozess innerhalb der Gebietskörperschaften. Diese Beteiligung bleibt aber sehr begrenzt. Die Dezentralisierungsreform stellt keine direkte Verbesserung der Demokratie im klassischen Sinne (parlamentarische Demokratie), sondern eine Ergänzung und Vertiefung der Repräsentation durch Partizipation dar³⁹⁰.

2. Dezentrale gebietskörperschaftliche Selbstverwaltung in Deutschland

Im föderalen System Deutschlands haben nur der Bund und die Bundesländer Staatsqualität; auf diesen beiden Ebenen wird staatliche Souveränität ausgeübt. Die kommunalen Gebietskörperschaften (Gemeinden, Städte, Landkreise) werden zwar oft als "dritte Ebene" bezeichnet. Rechtlich sind sie jedoch Bestandteil der Länder und gehören dort zur Verwaltung ("landesmittelbare Verwaltung", "Selbstverwaltung"). Ein eigenes Gesetzgebungsrecht, das mit dem des Bundes und der Länder konkurrieren könnte, steht ihnen nicht zu. Die Bundesländer haben die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen für die Organisation und das Finanzwesen der kommunalen Gebietskörperschaften geschaffen; sie führen auch die Aufsicht über diese. Die Aufgaben, die die Gebietskörperschaften wahrnehmen, waren bisher allerdings oft durch Bundesgesetze geregelt, z.B. die städtebauliche Planung und das Sozialwesen. Die Kommunalkörperschaften müssen also Bundes- und Landesrecht anwenden. Sie nehmen ihre eigenen Selbstverwaltungsaufgaben (vgl. unter a)) und daneben von Bund und Ländern übertragene Aufgaben wahr.

a) Verfassungsrechtliche Garantie der gebietskörperschaftlichen Selbstverwaltung

Die Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung in der Verfassung entspricht deutscher Tradition³⁹¹. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG garantiert den Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze eigenverantwortlich zu regeln. Ähnliche Gewährleistungen finden sich auch in den Verfassungen der Bundesländer. Die Garantien sind verbindliches Recht. Die Gemeinden können die ihnen verfassungsrechtlich zuerkannten Rechte vor Gericht einklagen; subsidiär steht ihnen eine besondere Verfassungsbeschwerde zur Verfügung, mit

³⁸⁹ Vgl. CC Entscheidung 92-308 DC, 9.4.1992 (Rec., 55), über die Verfassungsmäßigkeit des Art. 8 B des Unionsvertrages. M. Fromont spricht von "*décentralisation administrative*" vgl. Fromont (Anm. 4), 95.

³⁹⁰ Dazu J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, 2. Aufl. 2004, 172.

³⁹¹ § 184 Reichsverfassung von 1849; Art. 105 Abs. 1 Preußische Verfassungsurkunde von 1850, Art. 127 der Weimarer Reichsverfassung von 1919. Zur Entwicklung vgl. BVerfGE 79, 127 (144 f.).

der sie Verletzungen der Selbstverwaltungsgarantien durch den Bundes- oder Landesgesetzgeber vor dem Bundesverfassungsgericht rügen können (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG). Gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen Staat und Gemeinden sind nicht selten. Die Gerichte haben Art. 28 Abs. 2 GG in wichtigen Punkten konkretisiert. Die durch Richterrecht und die akademische Rechtswissenschaft entwickelte verfassungsrechtliche Dogmatik der kommunalen Selbstverwaltung³⁹² beruht auf einer Wechselwirkung zwischen verfassungsunmittelbar festgeschriebenen Gewährleistungselementen und einer Ausgestaltungs- und Eingriffsbefugnis des staatlichen Gesetzgebers. Die Streitigkeiten haben immer wieder mit der Frage zu tun, ob der Staat die verfassungsrechtlichen Elemente unzulässigerweise eingeschränkt und damit die Selbstverwaltungsgarantie verletzt hat.

- Gewährleistet ist grundsätzlich ein Aufgabenkreis, der alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfasst ("Universalität"). Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind solche, die in dieser Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben³⁹³. Die historische Auslegung spielt dabei eine wichtige Rolle. Noch wichtiger aber ist der aktuelle Bezug. Gemeint sind Aufgaben, die bürgerschaftliches Engagement zu wecken und damit eine lebendige Selbstverwaltung zu aktivieren vermögen. Was im Einzelnen dazu gehört, ist oft schwierig zu bestimmen: Zahlreiche Aufgaben haben "Mischcharakter", in dem örtliche und überörtliche Aspekte zusammenkommen; in anderen Fällen änderten sich die Auffassungen über das, was örtlich relevant ist ("Wanderungsprozesse"). Immerhin hat die Dogmatik aber dann eine Reihe fester Regeln herausgebildet. Auf jeden Fall besitzen die Gemeinden das Recht der Spontantät, d.h. sie können sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft annehmen, die nicht durch Gesetz einer anderen Verwaltung zugewiesen sind. Umgekehrt gilt: Die Gemeinden dürfen Aufgaben, die nicht Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind, ohne besondere Ermächtigung nicht aufgreifen³⁹⁴. Insofern gilt ein kommunalrechtliches "*Ultra-vires-Prinzip*".

- Der zweite Pfeiler der Garantie ist die *Eigenverantwortlichkeit*. Eigenverantwortliche Regelungsbefugnisse sind solche, die staatliche Instanzen nicht durch Zweckmäßigkeitsweisungen beeinflussen dürfen. Die Aufsicht der Staatsbehörden ist hier auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt. Die Eigenverantwortlichkeit entbindet jedoch nicht von der Beachtung des staatlichen Rechts. Diese für eine rechtsstaatliche Demokratie grundlegende Forderung ist zugleich eine "offene Flanke" der Selbstverwaltungsgarantie; denn Bund und Länder haben es in der Hand, durch Schaffung neuer Gesetze und Verordnungen den rechtlichen Rahmen immer enger zu ziehen und so die Eigenverantwortlichkeit einzuschnüren.

³⁹² Zum Folgenden vgl. die Darstellung von E. Schmidt-Aßmann/H.-C. Röhl, Kommunalrecht in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. 2005, Kapitel 1 Rn. 8 f.

³⁹³ BVerfGE 79, 127 (151).

³⁹⁴ *Ibid.*, 127 (147).

- Der Rahmen der Gesetze, der in Art. 28 Abs. 2 GG ausdrücklich genannt ist, muss daher seinerseits eingeschränkt werden, wenn die Garantie nicht leerlaufen soll. Für Bund und Länder beachtlich sind hier zwei Schranken³⁹⁵: Zum einen darf der Kernbereich der Selbstverwaltung nicht ausgehöhlt werden, und zum anderen muss ein kommunalspezifisches Aufgabenverteilungsprinzip beachtet werden. Dieses Prinzip begründet ein Regel-Ausnahme-Verhältnis für eine dezentrale Aufgabenansiedlung. Es zwingt den staatlichen Gesetzgeber, der im Garantiebereich der Selbstverwaltung tätig werden will, die Ziele, die Mittel und die Erforderlichkeit seiner Maßnahmen exakt darzulegen. Diese Argumentationslast, die in den gerichtlichen Prozessen eine erhebliche Rolle spielen kann, ist praktisch der wichtigste Garant der Selbstverwaltung.

Anders als in Frankreich haben Städte und Gemeinden also einen durch die Verfassung selbst gewährleisteten Aufgabenbestand³⁹⁶. Dieser wird häufig mit den Begriffen "Planungshoheit", "Finanzhoheit", "Personalhoheit", "Organisationshoheit", "Satzungshoheit" bezeichnet³⁹⁷. Alle diese Begriffe sagen nicht, dass die Gemeinden bei ihrer Planung, ihren Finanzüberlegungen oder in ihrem Personalwesen gänzlich frei schalten und walten können. In all diesen Bereichen gibt es vielmehr zahlreiche staatliche Gesetze, die sie beachten müssen. Trotzdem kann festgestellt werden, dass in diesen Kompetenzblöcken Freiräume bestehen, in denen die Gemeinden gestalten können. Sie sind in diesem Sinne nicht nur Vollzugsinstanzen, sondern haben ein politisches Mandat für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.

b) Kommunale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip

Auch in einem föderal gegliederten Staat wie Deutschland ist das Verhältnis von Selbstverwaltung und Demokratie nicht einfach zu bestimmen. Der Gedanke, kommunale Selbstverwaltung diene dem "Aufbau der Demokratie von unten nach oben", ist zwar durchaus plausibel³⁹⁸. Er erschöpft aber das Verhältnis von Demokratie und Selbstverwaltung nicht. Das gilt jedenfalls, wenn man Demokratie als ein Formprinzip versteht; denn wenn demokratisches Entscheiden darin besteht, einen "allgemeinen Willen" zu bilden, der über partikuläre Interessen hinausgeht, dann müssen Instanzen, die zu demokratischen Entscheidungen befugt sein sollen, eine hinreichende Breite der Interessenrepräsentation sicherstellen. Nicht jede

³⁹⁵ *Ibid.*, 127 (146, 149); 107, 1 (12 f.).

³⁹⁶ Für die Landkreise gilt diese Aussage nur eingeschränkt. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG gewährleistet ihnen Selbstverwaltung nur "im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches". Immerhin hat sich ein praktischer Aufgabenbestand herausgebildet, der vor allem Aufgaben umfasst, die die kreisangehörigen Gemeinden nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand leisten können. Insgesamt ist die verfassungsrechtliche Position der Landkreise schwächer als die der Gemeinden. Dasselbe gilt für regionale Körperschaften, die in Deutschland eher Ausnahmen darstellen.

³⁹⁷ M. N i e r h a u s, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rn. 44.

³⁹⁸ So Art. 11 Abs. 4 der Bayerischen Verfassung von 1946.

Form der Betroffenen-Beteiligung (Partizipation) steigert das demokratische Element; sie kann sie vielmehr umgekehrt auch schwächen.

Die angedeuteten staatstheoretischen Spannungen zwischen Demokratie und Selbstverwaltung hat das Grundgesetz, soweit es um die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise geht, allerdings deutlich gemildert: In dem schon zitierten Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ist nämlich vorgesehen, dass Gemeinden und Landkreise ebenso wie die Länder Vertretungskörperschaften besitzen, die aus allgemeinen Wahlen hervorgegangen sind und somit über die gleichen Legitimationsgrundlagen verfügen sollen. Selbst der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts, der jedenfalls früher eine streng formale Legitimationslehre vertrat³⁹⁹, anerkannte diese „Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage“⁴⁰⁰. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG habe den Kommunalkörperschaften – so heißt es weiter⁴⁰¹ – ein „Volk“ zugeordnet, das demokratische Legitimation vermittele. „Gemeinden und Kreise sind Strukturelemente eigen, wie sie auch einen staatlichen Verband kennzeichnen. Der der Selbstverwaltung der Gemeinden offenstehende Aufgabenkreis ist nicht sachlich-gegenständlich beschränkt, sondern umfassend, soweit ihr gebietlicher Wirkungsbereich betroffen ist.“ In der Breite des Aufgabenkreises und in der entsprechenden „vergleichbar allgemeinen Anknüpfung für die personelle Zugehörigkeit zu einer kommunalen Gebietskörperschaft“ sieht der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts also den entscheidenden Unterschied zu gruppenspezifisch verfassten Wählergemeinschaften, die nicht als „Volk“ angesprochen werden können und folglich keine demokratische Legitimation vermitteln. Seine Anerkennung der kommunalen Legitimation als demokratischer Legitimation verband der Senat allerdings mit einer signifikanten Warnung an den Gesetzgeber: Daraus lasse sich indessen keineswegs folgern, „dass das demokratische Prinzip es im Bereich der Verwaltung beliebig zuließe, anstelle des Gesamtvolkes – dieses und das Parlament umgehend – jeweils einer durch örtlichen Bezug verbundenen, gesetzlich gebildeten kleineren Gesamtheit von Staatsbürgern Legitimationskraft zuzuerkennen. Dies bedeutete eine Ausgliederung aus der einheitlichen Staatsgewalt“⁴⁰². Hier werden noch einmal die Zusammenhänge zwischen Demokratie, Allgemeinheit und Einheitlichkeit der Staatsgewalt deutlich, die einem auf Formelemente angelegten Demokratieverständnis zueigen sind.

In der Zwischenzeit betont das Bundesverfassungsgericht⁴⁰³ dagegen stärker den Zusammenhang zwischen dem demokratischen Prinzip und der freiheitlichen Idee der Selbstbestimmung. Das Verhältnis von Demokratie und Selbstverwaltung entspannt sich dadurch weiter: „Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung stehen unter dem Grundgesetz nicht im Gegensatz zueinander. Sowohl das Demokratieprinzip in seiner traditionellen Ausprägung einer ununterbrochenen auf das Volk

³⁹⁹ Dazu oben unter IV. 1. a).

⁴⁰⁰ BVerfGE 83, 37 (53).

⁴⁰¹ *Ibid.*, 60 (75).

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ Oben unter IV. 1. b).

zurückgehenden Legitimationskette für alle Amtsträger, als auch die funktionale Selbstverwaltung als organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen verwirklichen die sie verbindende Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung⁴⁰⁴.

Der Gefahr partikularer Interessenverfolgung – bei den Gebietskörperschaften aus den oben genannten Gründen ihrer umfassenden Zuständigkeit ohnehin reduziert – lässt sich durch spezielle Regeln zum Rangverhältnis der Rechtsetzungsbefugnisse vorbeugen⁴⁰⁵: Die Gebietskörperschaften dürfen zwar ihre eigenen Angelegenheiten regeln und dabei auch Recht setzen. Dieses Recht steht aber im Rang unter dem staatlichen Recht. Soweit Gebietskörperschaften Rechtsverordnungen erlassen wollen, bedürfen sie zudem einer speziellen Ermächtigungsgrundlage in einem parlamentarischen Gesetz. Die ihnen eigene häufigere Form der Satzungsgebung ist insofern zwar etwas freier gestellt. Dort wo Satzungen in die Rechte der Bürger eingreifen sollen, bedürfen aber auch sie einer speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die das Programm des Eingriffs festlegt. Indem die Parlamente von Bund und Ländern so auf die kommunale Politik Einfluss behalten, fällt ihnen die Aufgabe zu, den Ausgleich zwischen lokalen und höherstufigen Interessenkonflikten auf einer allgemeinen Ebene vorzubereiten.

Die Demokratie in den Kommunalkörperschaften ist wie in Bund und Ländern zuallererst eine repräsentative Demokratie. Zentrale Organe sind die von den Bürgern gewählten Gemeinderäte und Kreistage⁴⁰⁶. Die Landesgesetzgeber haben den Gemeindebürgern daneben noch weitere Möglichkeiten demokratischer Mitwirkung eröffnet⁴⁰⁷. Bürgerversammlungen, Bürgerbegehren und Bürgerentscheide sind zwar nicht in der Verfassung, wohl aber in den Gemeindeordnungen durchgängig vorgesehen. Interessant ist allerdings, dass gewisse Materien wie die Besoldung der Kommunalbeamten und andere finanzielle Dispositionen davon regelmäßig ausgenommen sind und nur vom Gemeinderat beschlossen werden können. Der Gesetzgeber misstraut hier der „objektiven“, „am Gemeinwohl orientierten“ plebiszitären Entscheidung, weil er in diesen Materien ein zu hohes Emotionalisierungspotential vermutet. Selbst wenn Bürgerbegehren und Bürgerentscheide in der kommunalen Praxis bisher eher selten waren, bilden sie ein belebendes Element der kommunalen Selbstverwaltung. Selbstverwaltung ist zwar, wie oben gesagt, im Rechtssinne Verwaltung und muss den Prinzipien ordnungsgemäßen Verwaltens entsprechen. Aber sie muss zu einem eigenen demokratiefördernden Verwaltungsstil finden. Dazu gehören die genannten Möglichkeiten, bürgerschaftliches Engagement zu Wort kommen zu lassen und zu aktivieren. Experimentierklauseln nach Art des französischen Verfassungsrechts kennt das deutsche Recht allerdings

⁴⁰⁴ BVerfGE 107, 59 (92); Trute (Anm. 189), 6 Rn. 197.

⁴⁰⁵ Schmidt-Aßmann/Röhl (Anm. 392), 1. Kap. Tz. 93 f.

⁴⁰⁶ Dazu tritt die heute nahezu durchgängig vorgesehene Direktwahl des Bürgermeisters.

⁴⁰⁷ Schmidt-Aßmann/Röhl (Anm. 392), 1. Kap. Tz. 89 f.

nicht⁴⁰⁸. Angesichts zweier Gesetzgebungsebenen im Bundesstaat dürfte es dafür auch kein Bedürfnis geben, weil Flexibilität und gegenseitiges Lernen in der Arena von 16 Landesgesetzgebern ausgiebig genug praktiziert werden können.

c) Probleme speziell der kommunalen Finanzhoheit

Die Selbstverwaltungsgarantie gewährleistet den kommunalen Gebietskörperschaften auch die Finanzhoheit⁴⁰⁹. Sie umfasst die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens⁴¹⁰. Ohne finanzielle Eigenverantwortlichkeit gibt es keinen attraktiven politischen Gestaltungsspielraum. Die Bedeutung der Finanzautonomie wird verfassungsrechtlich dadurch besonders unterstrichen, dass sie in Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG ausdrücklich angesprochen ist.

Seit längerer Zeit besonders prekär ist die Situation der kommunalen Einnahmen. Gemeinden, Städte und Landkreise können von ihren Einwohnern Abgaben nur erheben, wenn die staatlichen Gesetze dafür eine Grundlage schaffen. Ein eigenes "Steuererfindungsrecht" besitzen sie nicht⁴¹¹. In der Verfassung ist aber ausdrücklich vorgesehen, dass der Gesetzgeber ihnen mindestens eine wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle mit Hebesatzrecht zur Verfügung stellen muss. Das ist z.Z. die Gewerbesteuer. Die Einnahmen aus dieser Steuer reichen allerdings bei Weitem nicht. Das Grundgesetz sieht daher eine Beteiligung der Gemeinden am Aufkommen weiterer Steuern ausdrücklich vor (Art. 106 GG) – teilweise mit der Möglichkeit, ein Hebesatzrecht eingeräumt zu erhalten. Außerdem gibt es einen kommunalen Finanzausgleich. Die Instrumente sind denen des Art. 72-2 der französischen Verfassung sehr ähnlich.

Die Frage, ob Art. 28 Abs. 2 GG darüber hinaus eine finanzielle Mindestausstattung verlangt, hat das Bundesverfassungsgericht bisher offen gelassen⁴¹²; richtigerweise ist sie zu bejahen⁴¹³. Zur Mindestausstattung gehört ein Finanzbeitrag, der es den Gemeinden ermöglicht, neben ihren gesetzlichen Pflichtaufgaben ein Mindestmaß an freiwilligen Aufgaben zu erfüllen, die bürgerschaftliches Engagement zu wecken vermögen und dem eigenen politischen System einen Handlungsspielraum eröffnen. Wie hoch dieser Satz sein muss, ist schwer zu beziffern. In der Literatur werden 5-10 % der insgesamt zur Verfügung stehenden kommunalen Finanzmittel als Mindestsatz für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben genannt.

⁴⁰⁸ Experimentierklauseln sind hier Möglichkeiten, von gewissen eher technischen Standards abweichen zu dürfen. Ein formalisiertes Verfahren der Gesetzesinitiative erfolgt daraus nicht.

⁴⁰⁹ Ausführlich dazu G. Henneke/H. Pünder/Ch. Waldhoff (Hrsg.), *Recht der Kommunal Finanzen*, 2006.

⁴¹⁰ Waldhoff, in: Henneke/Pünder/Waldhoff, *ibid.*, § 1 Rn. 8 f.

⁴¹¹ Schmidt-Aßmann/Röhl (Anm. 392), 1. Kap Tz. 130.

⁴¹² BVerfGE 26, 172 (181); 83, 363 (386).

⁴¹³ BVerwGE 106, 280 (287).

Die Frage nach einer frei verfügbaren Mindestausstattung lenkt die Aufmerksamkeit auf zwei aktuelle Probleme der kommunalen Finanzhoheit: Zum einen ist es der Umstand, dass den kommunalen Gebietskörperschaften die meisten Finanzmittel vom Staat für spezielle Zwecke zugewiesen werden und daher nicht frei verfügbar sind. Das gilt zunächst für die Mittel, die die Selbstverwaltungskörperschaften für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erhalten, z.B. die Ausgaben für soziale Unterstützungsleistungen. Es gilt aber auch für diejenigen Mittel, die freie Projekte betreffen, vom Staat aber nur unter detaillierten Auflagen über ihre Verwendung vergeben werden. Besonders einschneidend sind Auflagen, die staatliche Gelder nur dann zur Verfügung stellen, wenn sich die Gemeinde selbst mit eigenen Mitteln beteiligt. Wenn attraktive Projekte der Infrastruktur mit solchen sog. Dotationsauflagen verbunden werden, entsteht ein erheblicher politischer Druck, das Projekt mit Hilfe der staatlichen Teilfinanzierung zu verwirklichen; aber es werden dann auch erhebliche gemeindliche Mittel für einen Zweck gebunden, den die Gemeinde selbst vielleicht nicht für vorrangig ansieht.

Seit langem kritisiert worden ist die Praxis des Bundes- und der Landesgesetzgeber, den Gemeinden kostenträchtige Aufgaben zuzuweisen, ohne einen finanziellen Ausgleich dafür vorzusehen. Nicht der Aufgabenentzug, sondern die Aufgabenzuweisung wird so zur offenen Flanke der Selbstverwaltungsgarantie. Anders als in einer Reihe von Landesverfassungen, die mit unterschiedlicher Stringenz in solchen Fällen schon Ausgleichsleistungen vorschreiben, erkannte das Grundgesetz das Konnexitätsprinzip im Verhältnis des Bundes zu den Gemeinden nicht an⁴¹⁴. Die Problematik war Gegenstand der Diskussionen über die Föderalismusreform. Nach dem Reformgesetz vom 28.8.2006 (BGBl. I S. 2034 ff.) ist nunmehr festgelegt, dass der Bund Gemeinden und Gemeindeverbänden gesetzlich keine Aufgaben mehr übertragen darf (Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG). Damit sind die Probleme finanzieller Überforderung der kommunalen Gebietskörperschaften entschärft, aber nicht gelöst. Der Sozialstaat produziert fortlaufend neue Egalisierungstendenzen, die für die Gemeinden mit höheren Leistungserwartungen verbunden sind. Im deutschen föderalen System mag die Stellung der kommunalen Gebietskörperschaften zwar theoretisch einfacher zu rechtfertigen sein als in der nach wie vor unteilbaren französischen Republik. Eine mit den Bundesländern vergleichbare Souveränität kommt ihnen aber auch in Deutschland nicht zu, und in der täglichen politischen Praxis ringen die Städte und Gemeinden beider Länder mit vergleichbaren Beschwerden.

⁴¹⁴ Dazu mit ausführlichen Nachweisen St. Mü c k l, in: Henneke/Pünder/Waldhoff (Anm. 409), § 3 Rn. 18 f.; auch H e n n e k e, in: Henneke/Pünder/Waldhoff (Anm. 409), § 24 Rn. 30 f.

VI. Deutsch-französische Verwaltungsrechtsvergleichung als gemeinsamer Lernprozess

Verwaltungsrechtsvergleichung ist primär eine akademische Disziplin. Aber sie ist mehr als das. Sie ist zugleich ein Mittel der Verwaltungsrechtspolitik. "Neben die reine Erkenntnis über die Funktionsweise anderer Rechtsordnungen und eine darauf fußende Theoriebildung des Rechts tritt zunehmend ein handfester praktischer Bedarf an Rechtsvergleichung."⁴¹⁵ Wo Verwaltungsmodernisierung gefordert ist, wird Verwaltungsrechtsvergleichung als Quelle für neue Modelle, Strategien und Entwicklungsvarianten attraktiv. Diese Einsicht ist nicht neu⁴¹⁶. Die Geschichte des Öffentlichen Rechts kennt in beiden Ländern immer wieder Phasen, in denen ein ausgeprägtes Interesse am Recht des anderen existierte und – sei es rezipierend, sei es kontrastierend – als Innovationsimpuls wirksam geworden ist⁴¹⁷. Nur waren es früher in der Regel regelmäßig Phasen eines einseitigen Lernens.

Heute dagegen ist die Verwaltungsrechtsvergleichung als gemeinsamer Lernprozess zu konzipieren. Die großen Herausforderungen, denen sich das politisch-administrative System gegenüber sieht, treffen beide Länder zur gleichen Zeit und mit gleicher Nachhaltigkeit: Ökonomisierung und Veränderungen der Wohlfahrtsstaatlichkeit, Europäisierung und Internationalisierung, technische Informationierung und das Erstarken einer Zivilgesellschaft, die die überkommenen hierarchisch-bürokratischen Steuerungstechniken in dieser Form nicht mehr akzeptiert. Neue Handlungs- und Organisationsformen, neue Verwaltungsverfahren, neue Möglichkeiten der Kooperation und Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft sind gefragt⁴¹⁸.

Die Situation der Verwaltung wirkt auf das Konzept der Verwaltungsrechtsvergleichung zurück. Neben die nach wie vor wichtige Frage, in welchen Institutionen sich die Verwaltungsrechtsordnungen darstellen, tritt die Frage, welche Reaktionen sie angesichts vergleichbarer Herausforderungen zeigen. Man kann von zwei Seiten der Komparatistik, einer institutionellen und einer funktionellen, sprechen. Im Gedanken der Ordnungsideen verbinden sich beide Seiten. Der Beobachtungsrahmen umfasst die verfassungsrechtlichen Einrichtungen ebenso wie die Vorstellungen über die Rolle des Rechts und das Selbstverständnis der Verwaltungsrichter und der Verwaltungsrechtswissenschaft. In diesem Rahmen haben sich drei Reaktionen beobachten lassen:

⁴¹⁵ Sommermann (Anm. 3), 1028.

⁴¹⁶ Treffende Beobachtungen dazu bei E.V. Heyen, *Französisches und englisches Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtsvergleichung des 19. Jahrhunderts*: Mohl, Stein, Gneist, Mayer, Hatschek, in: *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, Bd. 8, (1996), 163 (187 ff.).

⁴¹⁷ Dazu O. Beaud/V. Heyen (Hrsg.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? Une science juridique franco-allemande?*, 1999.

⁴¹⁸ Treffend die Fragestellung bei Cassese (Anm. 1), 146: "[Ne faut-il pas] reconnaître que les contextes sont devenus très semblables".

- **Parallelentwicklungen:** Sie indizieren zunächst einmal eine gewisse Durchsetzungsfähigkeit einer Entwicklungsrichtung und können mit gebotener Vorsicht rechtspolitisch zur Validierung des in beiden Rechtsordnungen herausgebildeten Lösungsmusters genommen werden.

- **Konvergenzen:** Sie zeigen ein Verschleifen traditioneller Systemunterschiede an⁴¹⁹ und machen deutlich, dass praktische Lösungen für das Verwaltungsrecht ihre eigene Rationalität haben, mit der dieses Rechtsgebiet über Unterscheidungsmerkmale staatstheoretischer Konstrukte hinausgreift.

- **Entwicklungsverzögerungen:** Sie können, wenn sie festgestellt werden, einen Entwicklungsimpuls in der retardierenden Rechtsordnung auslösen. Doch sind sie keineswegs notwendige Zeichen denklicher Versteinerung, sondern können umgekehrt auch als Mahnung an die vorausseilende Rechtsordnung genommen werden, Entwicklungen nicht zu überzeichnen. Die Diskussionen um die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts in Frankreich und Deutschland könnten, wenn sie künftig bewusst komparativ geführt werden, ein Forum für ein solches wechselseitiges Lernen aus Entwicklungsverzögerungen sein.

Insgesamt können die Ergebnisse und die Erfahrungen, die das deutsche und das französische Verwaltungsrecht in einem solchen gemeinsamen Lernprozess gewinnen, angesichts ihrer traditionellen Vorbildfunktion für andere europäische Rechtsordnungen mit einer hohen Aufmerksamkeit in Europa rechnen⁴²⁰.

⁴¹⁹ Vgl. Fromont (Anm. 4), 353: *“Ce particularisme national est toutefois aujourd’hui très atténué, car tous les pays partagent le même idéal politique, celui d’une démocratie libérale qui s’efforce de modérer le pouvoir de l’Etat et de traiter chaque citoyen comme un partenaire à respecter.”*

⁴²⁰ *Ibid.*, 353.