

Claudio Franzius

RECHT UND POLITIK IN DER TRANSNATIONALEN KONSTELLATION

Staatlichkeit im Wandel

campus

Recht und Politik in der transnationalen Konstellation

Staatlichkeit im Wandel

Herausgegeben von Philipp Genschel, Stephan Leibfried, Karin Gottschall und Frank Nullmeier für den Sonderforschungsbereich »Staatlichkeit im Wandel« der Deutschen Forschungsgemeinschaft in Bremen.



Band 22

Claudio Franzius, Dr. iur., ist Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin und vertritt den Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Ruhr-Universität Bochum.

Claudio Franzius

Recht und Politik in der transnationalen Konstellation

Campus Verlag
Frankfurt/New York

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-593-50202-1

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Copyright © 2014 Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Umschlaggestaltung: Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Druck und Bindung: CPI buchbücher.de, Birkach

Gedruckt auf Papier aus zertifizierten Rohstoffen (FSC/PEFC).

Printed in Germany

Dieses Buch ist auch als E-Book erschienen.

www.campus.de

Inhalt

- A. Transnationale Konstellation 9

- B. Grenzverschiebungen: Recht und Politik 26
 - I. Versuch einer Verhältnisbestimmung 26
 - II. Wandel des Staates 32
 - III. Grenzverschiebungen 40
 - 1. Öffentlich und privat 41
 - 2. Aufbrechen der Innen-Außen-Grenze 42
 - 3. Territoriale und funktionale Grenzen 47

- C. Funktionswandel von Verfassung und Verwaltung 55
 - I. Verfassung: Kopplung von Recht und Politik 55
 - 1. Rechtsstaat und Demokratie als lose Enden 62
 - 2. Rechtliche oder politische Konstitutionalisierung? 71
 - 3. Rolle der Gerichte 77
 - II. Verwaltung zwischen Verrechtlichung und Politisierung 84
 - 1. Gesetzesbindung 85
 - 2. Verwaltungsinterne Politisierung 91
 - 3. Ebenengliederungen 93
 - III. Veränderungen in der transnationalen Konstellation 96
 - 1. Unschärfen des konstitutionellen Pluralismus 98
 - a) Lange Schatten des Kaiserreichs: Homogenität und Souveränität 110
 - b) Nationale Identität: Öffnung des Europarechts gegenüber den Mitgliedstaaten 116
 - c) Grenzen des Rechts: Euro-Rettungsmaßnahmen 119

2.	Governance und das Entstehen neuer Verwaltungsräume.....	139
a)	Recht und Nicht-Recht	140
b)	De-Territorialisierung als Transnationalisierung	146
c)	Grenzen der Politik: Unabhängige Regulierungsbehörden.....	150
3.	Neben Recht und Politik: Sozialregime.....	164
a)	Gesellschaftlicher Konstitutionalismus	165
b)	Kollisionsrecht, aber welches?	167
D.	Mechanismen der Konfliktverarbeitung	171
I.	Transnationale Demokratie.....	171
1.	Rechtsordnungen als politische Ordnungen	172
a)	Grenzen des kollektivistischen Modells.....	177
b)	Ausweg durch Individualismus? Wahl der Gemeinschaft	181
c)	Angebote dazwischen: Lebendige Demokratie.....	189
2.	Föderale Erfahrungen und Probleme nicht- staatszentrierter Demokratiemodelle	197
a)	Föderale Brechungen und Dezentrierung der Demokratie	197
b)	Das europäische »Wir der Anderen« als Modus des Politischen.....	201
c)	Modifikationen demokratischer Repräsentation und pluralistische Legitimation	207
d)	Transnationalismus und Funktionswandel der Grenzen.....	211
3.	Institutionalisierung kontestatorischer Legitimation	215
II.	Transnationale Rechtsstaatlichkeit: Bausteine justizieller Kollisionsbewältigung	226
1.	Rechtssprechungs- als Rechtsordnungskonflikte.....	227

2. Vielfalt der Konfliktverarbeitungsmechanismen	227
a) Kompetenzordnung	228
b) Hierarchische Vorrangregeln.....	230
c) Ebenenverklammernde Solange-Vorbehalte.....	232
d) Verfassungsrechtliche Konformauslegung.....	235
e) Berücksichtigungspflichten.....	237
f) Ultra vires- und Identitätskontrolle	241
g) Vorlageverfahren	245
3. Prinzipien konstitutioneller Pluralität	250
III. Transnationales Verwaltungsrecht	263
1. Beispiele.....	265
a) Migrationsrecht	265
b) Umweltverwaltungsrecht	267
c) Regulierungsrecht	270
2. Vertrauen als Modus von Politik und Recht	273
a) Vormoderne Kategorie?.....	274
b) Horizontales Vertrauen als Legitimationsressource?	275
c) Orte und Verfahren der Vertrauensbildung.....	278
3. Rechtsschutzprobleme	285
E. Konstitutioneller Pluralismus und transnationales Vertrauen	292
Literatur	302

A. Transnationale Konstellation^{*}

Vorliegendes Buch geht davon aus, dass sich Recht und Politik in der transnationalen Konstellation grundlegend wandeln. Das soll nicht am Beispiel der Herausbildung einer neuen Rechtsschicht »jenseits« der europäischen oder internationalen Rechtsordnung dargestellt, sondern an der These eines Funktionswandels von Verfassung und Verwaltung illustriert werden, der das nationale Recht einbezieht, für dieses aber nicht folgenlos bleibt. Erforderlich wird die Herausarbeitung von Mechanismen politischer und rechtlicher Konfliktverarbeitung. Das wirft Fragen auf, die als bedeutsam identifiziert, wenngleich nicht abschließend beantwortet werden können: Wie lässt sich transnationale Demokratie denken? Welche Bausteine transnationaler Rechtsstaatlichkeit können ausgemacht werden? Worauf stützt sich ein transnationales Verwaltungsrecht?

Transnationalisierungsprozesse lassen sich aus unterschiedlichen Perspektiven beobachten (Calliess 2013). Für das Privatrecht stehen häufig die Wirtschaftsbeziehungen »jenseits des Staates« im Vordergrund. Unter der Prämisse eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus geht es nicht nur um Recht und Politik, sondern um die »trianguläre Konstellation« von Recht, Politik und gesellschaftlichem Teilsystem (Teubner 2012: 75), das von »Übergriffen« anderer Teilsysteme verschont bleiben soll. Dieser Ansatz eignet sich zur Beschreibung neuerer Rechtsentwicklungen, die sich in der Tat durch autokonstitutionelle, dem jeweiligen Sachbereich angepasste Beiträge auszeichnen, wie es auch im Topos der Wirtschaftsverfassung zum Ausdruck kommt. Eine Re-Integration in übergreifende Ordnungszu-

* Diese Studie ist in wesentlichen Teilen während meines Aufenthalts am Sonderforschungsbereich 597 »Staatlichkeit im Wandel« an der Universität Bremen entstanden. Eine gekürzte Fassung ist im Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 138 (2013), S. 204–288 erschienen. Ferner wird auf den Beitrag »Transnationalisierung des Europarechts« im von Graf-Peter Calliess herausgegebenen Band »Transnationalisierung des Rechts« bei Mohr Siebeck verwiesen.

sammenhänge macht dann keinen rechten Sinn und wird konzeptionell zurückgestellt. Zur positiven Beschreibung der Herausforderungen für die bestehenden Rechtsordnungen wie das Verfassungsrecht, das Verwaltungsrecht oder auch das »Europarecht« eignet sich diese Perspektive weniger gut. Damit ist keinem Primat des Rechts das Wort geredet. Ebenso wenig liegt dieser Studie ein pauschaler Primat der Politik zugrunde. Leitend ist vielmehr die Differenz und das »Aufeinanderbezogensein« von Recht und Politik, wie es staatliche Rechtsordnungen auszeichnet, mit der herkömmlichen Fokussierung auf den Staat aber »vernebelt« wird. Löst man sich von dieser »Fusion« im Staat und hinterfragt die dem Staatsbegriff zugeschriebene Einheits- und Grenzfunktion, dann treten seine Elemente, nämlich Recht und Politik als aufeinander zu beziehende »Welten« in der jeweils eigenen Rationalität deutlicher hervor. Sie bilden den Ausgangspunkt für das Verständnis von Verfassung und Verwaltung in der hier »transnational« genannten Konstellation.¹

Um den Wandel von Verfassung und Verwaltung vor dem Hintergrund des »Verhältnisses« von Recht und Politik erfassen zu können, ist zunächst zu klären, wie Recht und Politik zueinander in Beziehung gesetzt sind (unten B.). Darüber lässt sich der Wandel des Staates beschreiben, der in der transnationalen Konstellation grundlegenden Grenzverschiebungen ausgesetzt ist. Diese Grenzverschiebungen werden für die »Verfassung« und die »Verwaltung« einzuordnen versucht (unten C.), bevor auf Mechanismen der Konfliktverarbeitung am Beispiel der Europäischen Union näher eingegangen wird (unten D.). Dabei werden Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Zugang des Verfassungs- und des Verwaltungsrechts auf transnationale Phänomene deutlich, was unter den Aspekten des konstitutionellen Pluralismus und des transnationalen Vertrauens am Ende zusammengefasst wird (unten E.).

Der Gang der Untersuchung sei in den Grundzügen knapp skizziert: Den Ausgangspunkt bilden drei Grenzverschiebungen, die für die transnationale Konstellation kennzeichnend sind. Eine erste Grenze, die sich verschoben hat, ist die Grenze zwischen öffentlich und privat. Das Öffentliche wird privat und das private öffentlich, also politisch. Heute rücke vieles, was früher als Frage des Lebensstils behandelt worden sei, aus dem Bereich des Privaten heraus und in die politische Arena hinein. Das hat

1 Zum regelmäßig enger gefassten »transnationalen Recht« Viellechner (2012b: 157 ff.) mit einem Überblick zu den unterschiedlichen Auffassungen und zur Frage, ob es sich dabei überhaupt um Recht handelt.

Konsequenzen, wird man die öffentliche Ordnung doch nicht mehr abgeschirmt von den privaten Akteuren bestimmen können. Die für das Staatsrecht des 19. Jahrhunderts konstitutive Grenzziehung zwischen dem Öffentlichen und Privaten verschwimmt. Transnationalität meint dieses Verschwimmen und Neuordnen unter Einbeziehung privater und zivilgesellschaftlicher Akteure.

Die zweite Grenzverschiebung betrifft das Aufbrechen der Innen-Außen-Grenze. Von neuen Grenzproblemen ist die Rede, welche »die Unterschiede zwischen inneren und äußeren Angelegenheiten, internen politischen Problemen und externen Fragen, souveränen Angelegenheiten des Nationalstaates und internationalen Faktoren« in Frage stellen. Sei ein politischer Raum »für die Entwicklung von und das Streben nach effektiver Regierung und Verantwortlichkeit von politischer Macht nicht länger gleichbedeutend mit einem abgegrenzten politischen Territorium«, werde es schwierig, das »eigentliche ›Zuhause‹ von Politik und Demokratie« zu bestimmen (Held 2002: 111 f.). Das wirft neue Fragen nach der Zukunft der Verfassung auf. Früher war das Verfassungsrecht das Innenrecht eines Staates, dem das Völkerrecht als Außenrecht gegenübergestellt wurde. Diese Rechtssphären wurden weitgehend unabhängig voneinander verstanden, waren aber durch die Vorstellung souveräner Staatlichkeit nach innen und außen miteinander verbunden. Ist der Staat nicht mehr alleinige Rechtsquelle auf seinem Territorium und löst sich die mit Souveränität umschriebene Identität von öffentlicher Gewalt und Staatsgewalt auf, dann kann die Staatsverfassung nicht mehr sämtliche Herrschaft erfassen und wandelt sich zu einer Teilverfassung, die durch konstitutionelle Schichten des europäischen Primärrechts ergänzt, aber nicht ersetzt wird (Grimm 2011: 390 ff.). Auch die »Euro-Rettung« macht für das Unionsrecht auf Grenzprobleme aufmerksam: Die klare Grenze zwischen »Innen« (Gesetzgebung) und »Außen« (Vertragsänderung) verwischt.²

2 Vgl. Grimm (2012: 289). Das europäische Sekundärrecht der Euro-Rettung bewegt sich an der Grenze des primärrechtlich zulässigen, doch ist zu bedenken, dass Änderungen des Primärrechts unter dem doppelten Einstimmigkeitsvorbehalt der Zustimmung und Ratifikation aller Mitgliedstaaten stehen (Art. 48 EUV). Ausdruck der Schwierigkeiten, das im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion detaillierte Primärrecht anzupassen, ist der als völkerrechtlicher Vertrag geschlossene Fiskalvertrag. An die Stelle der vertikalen Steuerung vorrangigen Unionsrechts tritt die horizontale Koordination der Mitgliedstaaten untereinander, was aus der Sicht des Grundgesetzes leichter gerechtfertigt zu werden scheint als die Übertragung weiterer haushaltspolitischer Kompetenzen auf die Union.

Eine dritte Grenzverschiebung betrifft das Wechselspiel von territorialen und funktionalen Grenzen. Die Verknüpfungen der unterschiedlichen Rechtsordnungen, wie sie für die transnationale Konstellation kennzeichnend sind, folgen keiner allein territorialen Logik. Über die alten Differenzen des raumbezogenen Staats- und Völkerrechts, aber auch des explizit einen »Raum« vermessenden Europarechts hat sich eine funktionale Logik der Regulierung und Sicherung unterschiedlicher Sektoren, Interessen, Güter und Werte gelegt. Die Entterritorialisierung des Rechts, wie insgesamt die Infragestellung der engen Verknüpfung von Staat und Recht führen das Öffentliche Recht zum Pluralismus. War Ausdruck des einheitlichen Geltungsanspruchs des Rechts die Rechtshierarchie und die Idee, dass es für einen Rechtskonflikt nur eine einzig richtige Lösung gibt, so erodieren diese Annahmen unter dem (neuen) Rechtspluralismus.³ Normative Ordnungen wurzeln in ihren Geltungsgrundlagen nicht (mehr) ausschließlich in staatlicher Territorialität, sondern in der rechtlichen Praxis transnationaler Akteure, die soziale Felder besetzen und gestalten.⁴ Sie handeln in rechtlichen Räumen, die durch nationales Recht strukturiert werden, in denen aber auch internationale, supranationale und transnationale Mächte rechtliche Ordnungsansprüche zur Geltung bringen. Die »transnationale« Konstellation meint deshalb kein Recht »jenseits« des Staates, sondern eine Zwischenform, in der überkommene Grenzen von nationalem, europäischem und internationalem Recht transzendiert werden.

Die nachfolgenden Ausführungen gehen von der auf den ersten Blick trivial anmutenden These eines Funktionswandels der Verfassung und der Verwaltung in der transnationalen Konstellation aus. Allerdings ist schon die Frage, was eine Verfassung ist und wie sich die Verwaltung verstehen lässt, nicht so klar. Deshalb sollen die Verfassung und die Verwaltung auf der Grundlage des Verhältnisses von Recht und Politik zunächst einmal ohne Attribute des Staatlichen beschrieben werden, bevor auf die Veränderungen in der transnationalen Konstellation, verstanden als das Ineinandergreifen unterschiedlicher Ordnungen, eingegangen wird (C.). Die Rekonstruktion von Verfassung und Verwaltung unter dem Wechselspiel von Recht und Politik verspricht Gewinn, weil es darüber gelingt, Verlustdiag-

3 Näher: Günther (2001); Halberstam (2009: 326); Krisch (2010: 69 ff., 225 ff.) Zu einem »responsiven Rechtspluralismus« in der westlichen Rechtstradition Vellechner (2012c).

4 Zur Erosion der Territorialität Handl/Zekoll/Zumbansen (2012) und zur vergeblichen Suche kultureller Territorialgrenzen für Europa Oeter (2013).