

ZLVR

4. Jahrgang

Zeitschrift für Landesverfassungsrecht
und Landesverwaltungsrecht

Die allgemeine Zeitschrift für das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht aller sechzehn deutschen Länder

Nr. 1 / 2019

Herausgegeben von Hannes Berger und Lukas C. Gundling

ISSN (Online) 2511-3666

Inhalt dieses Heftes

Die gescheiterten Kreisgebietsreformen

Plogmann

Seite 1

Die moderne Staatsrechtswissenschaft ist jung

Gundling

Seite 15

Redaktionsteil

Seite 21

Rechtsprechung

Seite 26

1/2019

Die gescheiterten Kreisgebietsreformen in Thüringen und Brandenburg (2014–2017) Eine Ursachenanalyse.

von Daniel Plogmann, Berlin*

In der ersten Ausgabe der ZLVR (1/2016) hatte der Autor bereits eine umfangreiche Abhandlung zu den Kreisgebietsreformen in den neuen Ländern vorgelegt. Nach dem vorerst endgültigen Scheitern der damals noch ausstehenden Reformen in Brandenburg und Thüringen widmet sich der Autor etwa drei Jahre nach seiner ersten Analyse einer Analyse des Scheiterns der angestrebten Reformen. Aufgrund der nicht nur zeitlichen Parallelität des Scheiterns liegt eine vergleichende Analyse nahe.

I. Einleitung

Fast beiläufig, vor dem Besuch einer Möbelfabrik verkündete der Ministerpräsident Brandenburgs, Dietmar Woidke, am 1. November 2017 in wenigen Worten den Abbruch des Gesetzgebungsverfahrens zur Kreisgebietsreform in seinem Land.¹ Nur wenige Wochen später nahm auch die Thüringer Landesregierung Abstand von ihren Planungen zur gesetzlichen Neugliederung der Kreisebene.² Das fast zeitgleiche Aus der Kreisgebietsreformen in Brandenburg und Thüringen bildet den Endpunkt einer Entwicklung, an deren Anfang im Jahr 2014 beide Landesregierungen die Umstrukturierung der kommunalen Ebene zum zentralen politischen Projekt der Legislaturperiode erhoben und in deren Verlauf sich die Gebietsreform zunehmend als das konfliktreichste landespolitische Thema der letzten Jahre erwies.

* Daniel Plogmann ist bei der Berliner Senatsverwaltung für Inneres und Sport angestellt.

¹ Metzner/Van Bebber: Die größte Niederlage des Dietmar Woidke, Beitrag vom 01.11.2017 auf tagesspiegel.de (<https://www.tagesspiegel.de/politik/kreisgebietsreform-in-brandenburg-die-groesste-niederlage-des-dietmar-woidke/20529284.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

² Beschluss des Koalitionsausschuss von DIE LINKE, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 30.11.2017: „Thüringen modern und zukunfts-fest gestalten“ (<https://www.mdr.de/thueringen/wahlen-politik/gebietsreform/beschluss-koalitionsausschuss-100-downloadFile.pdf> zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

Verbunden mit dem Ende stellt sich die Frage nach den Ursachen für das Scheitern der Reformanstrengungen. Dabei gilt es zu eruieren, ob das gleichzeitige Aus der Kreisgebietsreformen in Thüringen und Brandenburg auf jeweilige Fehler der Landesregierungen im politischen Management des Reformprozesses zurückzuführen sind, oder ob sich die Bedingungen, unter denen Gebietsstrukturereformen bisher durchgeführt wurden, so verändert haben, dass Kreisgebietsreformen nach erprobtem Muster in der Zukunft zwangsläufig scheitern müssen.

Als Analyseraster zur Identifizierung der Ursachen für das Scheitern der Reformbemühungen bietet sich eine chronologische Betrachtung der Reformprozesse in beiden Ländern an, strukturiert durch die Drei-Stufen-Theorie der Rechtsprechung³, nach der sich der Reformprozess in Reformbeschluss, Reformkonzept und Reformimplementierung gliedert. Der Fokus wird auf der Ursachenanalyse liegen, sodass verfassungsrechtliche Vorgaben, die durch die ständige Rechtsprechung konkretisiert wurden, nur untergeordnet Berücksichtigung finden werden.⁴

II. Erste Stufe: Reformbeschluss

Auf der ersten Stufe befasst sich der Gesetzgeber mit dem grundsätzlichen Entschluss einer Umgestaltung der kommunalen Ebene. Dazu muss einerseits auf Basis von validen Fakten begründet werden, warum sich die derzeitige Verfasstheit der Kreisebene oder ein prognostizierter Zustand so problematisch darstellt, dass die Veränderung der existierenden Kreisverwaltungsstrukturen notwendig ist (Reformbegründung). Andererseits muss der Gesetzgeber darlegen, welche Ziele er mit der Reorganisation der Kreisstrukturen verfolgt (Zieldefinition).⁵

Die Notwendigkeit von Kreisgebietsreformen war in der nunmehr fast 30 Jahre andauernden Verwaltungsentwicklung der neuen Länder aus Sicht der politisch Ver-

³ VerfG MV, Urteil v. 26.07.2007, DVBl. 2007, S. 1102 (S. 1106f.).

⁴ Vgl. für die unterschiedlichen Vorgaben siehe Plogmann, ZLVR 1/2016, S. 23ff.

⁵ ThürVerfGH, NVwZ-RR 1997, S. 639 (S. 641ff.); SächsVerfGH, Urteil v. 26.06.2009, 79-II-08, S. 38; VerfG MV, Urteil v. 18.09.2011, 21/10, S. 42; Bickenbach, LKV 2017, S. 493 (S. 494).

antwortlichen bereits mehrfach gegeben. So kam es bereits kurz nach der Wiedervereinigung, Anfang der 90er Jahre, in allen ostdeutschen Ländern zu entsprechenden Reformen. Auf diese Gründungsphase folgte seit dem neuen Jahrtausend eine zweite Welle von Kreisgebietsreformen. In dieser Konsolidierungsphase haben bisher Mecklenburg-Vorpommern (2011),⁶ Sachsen (2008)⁷ und Sachsen-Anhalt (2007)⁸ Neugliederungen ihrer Kreisebenen vorgenommen. Ebenso gab es in Thüringen und Brandenburg bereits seit Anfang der 2000er Jahre Bemühungen zur Reform der Kreisebene. So vereinbarte in Brandenburg eine Koalition aus SPD und CDU bereits 2004 eine Gebietsreform, die allerdings 2008 aufgrund vorrangiger Projekte verschoben wurde.⁹ In der darauffolgenden Legislaturperiode verständigte sich eine Regierungskoalition aus SPD und Die.Linke auf die wissenschaftliche Vorbereitung einer Gebiets- und Funktionalreform durch die Einsetzung einer Enquete-Kommission.¹⁰

Auch Thüringen erlebte in der Konsolidierungsphase intensive politische Debatten über die Frage der Durchführung einer Kreisgebietsreform. Gelangte die Enquete-Kommission „Zukunftsfähige Verwaltungs-, Gemeindegebiets- und Kreisgebietsstrukturen in Thüringen“ in ihrem Abschlussbericht 2009 noch zu der Auffassung, dass eine Kreisgebietsreform nicht notwendig sei,¹¹ beschloss eine neue Regierungskoalition aus CDU und SPD nach der Landtagswahl im selben Jahr einen Prüfungsauftrag für eine Gebiets- und Funktionalreform. Der Prüfungsbericht führte jedoch zu intensivem Beratungsbedarf im Kabinett, sodass die Landesregierung letztlich von der Durchführung einer Kreisgebietsreform absah.¹² Eine neue Dynamik erreichten die Planungen zur Reform

der Kreisebene in Thüringen und Brandenburg erst durch die Landtagswahlen 2014, die in Brandenburg das Regierungsbündnis aus SPD und Linken bestätigten und in Thüringen zur Ablösung der bisherigen Koalition durch ein rot-rot-grünes Bündnis führten. Die jeweiligen Partner verständigten sich in den Koalitionsverträgen auf eine Neugliederung der Kreisebene. Thüringen plante dies im Rahmen einer umfassenden kommunalen Gebiets- und Funktionalreform umzusetzen.¹³

Bereits dieser kurze historische Abriss verdeutlicht die besondere Verbindung zwischen Brandenburg und Thüringen bei dieser Thematik. Im Gegensatz zu den anderen ostdeutschen Ländern konnten sich beide Länder lange nicht zu einer Reform durchringen und entschieden sich im Jahr 2014 doch zeitgleich dafür. Dies legte den Grundstein für eine parallele Entwicklung zwischen beiden Ländern, die in dem zeitgleichen Scheitern der Reformanstrengungen ihren vorläufigen Abschluss fand.

1. Reformbegründung

In ihrer Reformbegründung hob die Landesregierung Brandenburg auf den Umstand ab, dass die Verwaltungsstrukturen in ihrer derzeitigen Form, angesichts des demografischen Wandels, seiner finanziellen Auswirkungen und den sich wandelnden Erwartungen von Bürgern und Wirtschaft an eine leistungsfähige Verwaltung keinen Bestand haben könnten und entsprechend umstrukturiert werden müssten.¹⁴ Eine vergleichbare Prognose fand sich in der Reformbegründung der Thüringer Landesregierung.¹⁵ Beide Länder schlossen sich damit der Argumentation von Sachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern an, die die Notwendigkeit einer Reform der kommunalen Gebietsstrukturen

⁶ Tessmann, in: Junkernheinrich/Lorig, Kommunalreformen in Deutschland, Baden-Baden 2013, S. 201 (S. 215ff.).

⁷ Jesse/Schubert/Thieme, Politik in Sachsen, Wiesbaden 2013, S. 196.

⁸ Ermrich/Theel, Der Landkreis 2006, S. 461 (S. 461ff.).

⁹ Sandern: Schönbohn: Kreisgebietsreform wird verschoben, Beitrag vom 16.09.2008 auf MOZ.de (<http://www.moz.de/artikel-ansicht/dg/0/1/28080/>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

¹⁰ BB-LT-Drs. 5/2952-B v. 15.03.2011, S.1 ff.

¹¹ TH-LT-Drs. 4/5172 v. 04.05.2009, S.1 ff.

¹² Autor unbekannt: Trotz Gutachten keine Gebietsreform in Thüringen, Beitrag vom 01.02.2013 auf thüringer-allgemeine.de (<http://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/trotz-Gutachten-keine-gebietsreform-fuer-thueringen-1777539950>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

¹³ Koalitionsvertrag zwischen Die Linke, SPD, Bündnis/90-Die Grünen: „Thüringen gemeinsam voranbringen – demokratisch, sozial, ökologisch“ vom 4.12.2014, S. 74ff. (https://www.die-linke-thueringen.de/fileadmin/LV_Thueringen/dokumente/r2g-koalitionsvertrag-final.pdf, zuletzt abgerufen am 27.12.2018); Koalitionsvertrag zwischen SPD und Die Linke Brandenburg: sicher, selbstbewusst und solidarisch: Brandenburgs Aufbruch vollenden. vom 10.10.2014, S. 26f. (<https://www.brandenburg.de/media/lbm1.a.4868.de/20141010-Koalitionsvertrag.pdf> zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

¹⁴ BB-LT-Drs. 6/4528-B v. 13.07.2016, S. 1f.

¹⁵ TH-LT-Drs. 6/316 v. 27.02.2015, S. 1.

hauptsächlich aus den zukünftigen demografischen Verwerfungen herleiteten. Die jeweiligen Verfassungsgerichte sahen etwaige Reformbegründungen zudem im Einklang mit den Landesverfassungen.¹⁶

2. Zieldefinition

Sowohl Thüringen als auch Brandenburg legten den Fokus auf die Sicherung der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung als primäres Ziel der Kreisgebietsreform. Gleichzeitig sollte mit der Reform die kommunale Selbstverwaltung im Sinne einer demokratischen Partizipation der Bürger gestärkt werden.¹⁷ Im Ergebnis hatten die beiden Länder damit ihren jeweiligen Reformbemühungen vergleichbare Ziele vorangestellt, die sich zudem nicht von den Zieldefinitionen anderer Kreisgebietsreformen unterschieden.¹⁸

III. Zweite Stufe: Reformkonzept

Nachdem sich der Gesetzgeber zur Umstrukturierung der Kreisebene entschlossen hat, ist er verpflichtet ein Reformkonzept (Leitbild) zu entwickeln. Das Leitbild legt dabei die zukünftige Struktur der Selbstverwaltungskörperschaften fest und dirigiert somit die Umgestaltung im Einzelfall.¹⁹

Dabei lässt sich aus den bisherigen Reformprozessen eine verallgemeinerbare Logik der Gebietsreformen ableiten. Im Hintergrund steht dabei die Annahme, dass die Leistungsfähigkeit der Verwaltung abhängig ist von der Quantität der erbrachten öffentlichen Dienstleistungen für die Bürger. Eine Verwaltung mit gegebenem Ressourcenbestand ist demnach umso leistungsfähiger, je mehr Fallzahlen bearbeitet werden.²⁰

¹⁶ MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, S.60; SN-LT-Drs. 4/8811-Begründung v. 30.05.2007, S. 17ff.; *Ministerium des Innern des Landes Sachsen-Anhalt*, Leitbild zur Gemeindegebietsreform in Sachsen-Anhalt 2007, S. 56ff.; VerfG MV, Urteil v. 18.08.2011, 21/10, S. 36.

¹⁷ BB-LT-Drs. 6/4528-B v. 13.07.2016, S.1; TH-LT-Drs. 6/1561 v. 29.12.2015, S. 48.

¹⁸ MV-LT-Drs. 5/1409 v. 09.04.2008, S.4; ST-LT-Drs. 4/2182-Begründung v. 18.05.2005, S. 15; SN-LT-Drs. 4/8811-Begründung v. 30.05.2007, S. 59ff.

¹⁹ Lück, LKV 2017, S. 403 (S. 404).

²⁰ MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, S.80ff.; BB-LT-Drs. 5/8000 v. 25.10.2013, S. 97f.

Den bisherigen Reformbestrebungen in den ostdeutschen Ländern liegt dabei implizit die Annahme zugrunde, dass eine solche Auslastung der bestehenden Verwaltungsstrukturen nicht gegeben ist. So halten die Kreisverwaltungen Verwaltungsressourcen (u.a. qualifiziertes Personal) zur Erbringung spezifischer Dienstleistungen vor, können diese aber aufgrund geringer Fallzahlen nicht auslasten. Durch eine Vergrößerung der zu bearbeitenden Fallzahlen infolge von Kreiszusammenlegungen und der Fusion von Kreisverwaltungen, sollen Synergieeffekte geschaffen werden, die die Verwaltungsressourcen besser auslasten. Überschüssige Ressourcen, wie z.B. Personal, kann in der Folge abgebaut werden. Mit dieser Argumentation wird der volkswirtschaftliche Gedanke der „Economy of Scale“ auf den verwaltungsökonomischen Kontext übertragen.²¹

Die Aufgabe des Leitbildes liegt entsprechend dieser Logik darin, ein Konzept zu entwickeln, welches nach der Umsetzung zu Kreisen mit einer höheren Einwohnerzahl führt. Zwangslogisch lässt sich die Einwohnerzahl nur durch die Vergrößerung der Kreisfläche erhöhen. Der Gesetzgeber kann dabei die Einwohnerzahl und damit die Kreisfläche aber nicht beliebig ausweiten. Neben der Institutsgarantie der Kreisebene, die die Abschaffung der Kreisebene verhindert, ist der Gesetzgeber gezwungen eine Abwägungsentscheidung zu treffen, bei der verschiedene Gemeinwohlüter in einen Ausgleich gebracht werden müssen.

Auf der einen Seite ist dies die Leistungsfähigkeit der Verwaltung, die sich gemäß den dargestellten Thesen bei steigender Einwohnerzahl erhöht. Auf der anderen Seite die kommunale Selbstverwaltung, verstanden als demokratische Partizipation in den Organen der kommunalen Gebietskörperschaften, die sich besser realisiert, je kleiner die Flächenausdehnung des Kreises ist. Für beide strukturellen Parameter, Einwohnerzahl und Kreisfläche, muss der Gesetzgeber Vorgaben in Bezug auf einen zukünftigen Zeitpunkt (Prognosejahr) ermitteln, die beiden Gemeinwohlüter gerecht werden. Die jeweilige Abwägung ist dabei immer auf den Einzelfall

²¹ MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, S. 79.

bezogen, konkret-generelle Vorgaben können daher nicht gemacht werden.²²

1. Vorgaben des Leitbilds

In Brandenburg sah das Leitbild, bezogen auf das Jahr 2030, Kreisstrukturen mit mehr als 175.000 Einwohnern (Ausnahme bis 150.000 Einwohnern) vor, die auf einer Kreisfläche von maximal 5.000km² leben. Kreisfreie Städte sollten ebenfalls, bezogen auf das Jahr 2030, eine Einwohnerzahl von 150.000 Einwohnern aufweisen.²³ Die Landesregierung in Thüringen hingegen knüpfte ihre Vorgaben zur Umgestaltung der Kreisebene an das Prognosejahr 2035. Zu diesem Zeitpunkt sollten mindestens 130.000 und höchstens 250.000 Einwohner auf einer Kreisfläche von maximal 3.000km² leben. In Bezug auf die Kreisfreien Städte wurde von einer leistungsfähigen Verwaltung bei nicht weniger als 100.000 Einwohnern im Jahr 2035 ausgegangen.²⁴

Legt man die dargestellte Logik der bisherigen Gebietsreformen einem Vergleich der Leitbilder zugrunde, so ist zunächst anzunehmen, dass Brandenburg leistungsfähigere Kreise schaffen würde als Thüringen. So werden zukünftig deutlich mehr Einwohner und damit Fallzahlen in flächenmäßig größeren Kreisen oder kreisfreien Städten in Brandenburg leben als in Thüringen. Ein Vergleich der Leitbildvorgaben zwischen Thüringen und Brandenburg muss allerdings die unterschiedliche geografische Verfasstheit und die zu erwartende demografische Ent-

wicklung der beiden Länder berücksichtigen. So ist Brandenburg flächenmäßig deutlich größer als Thüringen und durch die enge geografische Verbindung zum prosperierenden Berlin ist eine deutlich bessere demografische Entwicklung zu erwarten. Auch setzt ein Vergleich Kenntnisse über die aktuelle personelle wie ressourcenmäßige Ausstattung der bestehenden Kreisverwaltungen voraus. Erst auf dieser Grundlage und in Kenntnis der Pläne zur Neustrukturierung der fusionierten Kreisverwaltungen lässt sich ermitteln, ob und in welchem Maß die Fallzahlen tatsächlich durch die Zusammenlegung der Kreise gesteigert werden und diese damit leistungsfähiger sind. Eine Relativierung ergibt sich zudem durch die unterschiedlichen Prognosejahre. Thüringen orientiert seine Vorgaben am Jahr 2035, Brandenburg hingegen operiert mit dem Prognosejahr 2030. Das Thüringer Leitbild orientiert sich in seinen Vorgaben damit schon an deutlich schlechteren demografischen Zahlen als Brandenburg.

Folgende Tabelle²⁵ dient der Einordnung der Reformbemühungen von Thüringen und Brandenburg in den Kontext der bereits umgesetzten Kreisgebietsreformen in den anderen neuen Ländern. Ein aussagekräftiger Vergleich ist aber aufgrund der unterschiedlichen Prognosejahre und vor dem Hintergrund des demografischen Wandels nicht möglich.

Land	Reformjahr	Prognosejahr	Einwohnerzahl	Fläche
Sachsen-Anhalt	2007	2015	150000-300000	max. 2.500km ²
Sachsen	2008	2020	200000	max. 3.000km ²
Mecklenburg-Vorpommern	2011	2020	175000	max. 4.000km ²
Brandenburg		2030	175000	max. 5.000km ²
Thüringen		2035	130000-250000	max. 3.000km ²

²² VerfG ST, Urteil v. 09.03.2007, 7/06, Rn.59f.; VerfG MV, Urteil v. 18.09.2011, 21/10, S. 40.; Meyer, LKV 2005, S. 233 (S. 233).

²³ BB-LT-Drs. 6/4528-B v. 13.07.2016, S. 6.

²⁴ TH-LT-Drs. 6/1561 v. 29.12.2015, S. 63f.

²⁵ BB-LT-Drs. 6/4528-B v. 13.07.2016, S. 6; TH-LT-Drs. 6/1561 v. 29.12.2015, S. 63f.; MV-LT-Drs. 5/1409 v. 09.04.2008, S. 7; ST-LT-Drs. 4/2182 v. 18.05.2005, S. 16; SN-LT-Drs. 4/8811-Begründung v. 30.05.2007, S. 60f.

2. Verfahren zur Erstellung des Leitbilds

In Bezug auf das Verfahren der Leitbilderstellung ist hervorzuheben, dass sich beide Landesregierungen darum bemühten, die Bevölkerung einzubinden. So wurden in beiden Ländern im Rahmen von Diskussionsforen Partizipations- und Einflussmöglichkeiten auf die Leitbilderstellung geschaffen.

Die Thüringer Landesregierung hielt dazu insgesamt fünf große Leitbildkonferenzen in allen Landesteilen ab. Auf diesen konnte sich die Bevölkerung mit ihren Vorschlägen oder kritischen Einwänden einbringen.²⁶ Auch in Brandenburg wurden umfassende Partizipationsmöglichkeiten geschaffen. In einer ersten Stufe wurden unter Federführung des Innenministeriums in allen Landkreisen und kreisfreien Städten öffentliche Leitbildkonferenzen durchgeführt. Zum Abschluss erörterten die Beteiligten verschiedene Aspekte der Reform auf einem Kongress.²⁷ Dieser wurde von Mitgliedern der Landesregierung und wissenschaftlichen Sachverständigen umfassend ausgewertet. Auf einer zweiten Stufe folgten im Februar bis April 2016 fünf Regionalkonferenzen. Zum Abschluss der Bürgerbeteiligung war ein zweiter Reformkongress geplant, der aber ohne nähere Begründung nicht mehr durchgeführt wurde.²⁸

IV. Dritte Stufe: Reformimplementierung

Die Konzeptionsphase und damit die zweite Stufe des Reformprozesses endet mit der Verabschiedung des Leitbilds durch den Landtag. Die Abgeordneten in Bran-

²⁶ Autor unbekannt: Gebietsreform ist Stresstest für Rot-Rot-Grün, Beitrag vom 28.11.2015 auf tlz.de (<https://www.tlz.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Gebietsreform-ist-Stresstest-fuer-Rot-Rot-Gruen-1934089392>, zuletzt abgerufen am 04.02.2017).

²⁷ *Ministerium des Innern und für Kommunales Brandenburg*, Ablaufplan - Reformkongress zur Verwaltungsstrukturreform 2019 in Brandenburg vom 17.12.2015 (https://mik.brandenburg.de/media_fast/4055/Ablaufplan.16225339.pdf zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

²⁸ *Büro des Oberbürgermeisters Frankfurt (Oder)*: Leitbild für die Verwaltungsreform 2019 – Anhörung im Landtag am 02.06.2016, vom 31.05.2016, (https://www.frankfurt-oder.de/media/custom/2616_3418_1.PDF?1465218403 zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

denburg votieren am 13. Juli 2016 mehrheitlich für die Annahme des Leitbildes.²⁹ In Thüringen erfolgt dies bereits am 22. Dezember 2015.³⁰

Daran schließt sich die dritte Stufe an, in deren Mittelpunkt die praktische Implementierung des erarbeiteten Leitbildes steht. Dazu entwickelt der Gesetzgeber ein Modell für den Neuzuschnitt der Kreisebene entsprechend der Leitbildvorgaben über Einwohnerzahl und Fläche und verschafft diesem Konzept durch ein Gesetzgebungsverfahren rechtliche Verbindlichkeit.³¹

Bedingt durch die von der Rechtsprechung entwickelte Drei-Stufen-Theorie, verlaufen die Reformanstrengungen in Brandenburg und Thüringen bis zu diesem Zeitpunkt nach erprobtem Muster ab. Eine Vergleichbarkeit der Reformbegründungen, Zieldefinitionen und Leitbilder zwischen beiden Ländern ergibt sich daraus zwangsläufig.

Dennoch gelang es beiden Landesregierungen nicht, ihre Konzepte für eine leistungsfähigere Kreisstruktur praktisch umzusetzen. Beide Regierungen stellten die begonnenen Gesetzgebungsverfahren zur Neugliederung der Kreisebene gegen Ende 2017 ein, ohne dass es zu einer finalen parlamentarischen Abstimmung gekommen war.

1. Missmanagement in der politischen Steuerung der Reform

Im Rahmen der Ursachenforschung für das Scheitern der Gebietsreformen lassen sich zunächst mehrere Fehler im politischen Management der Reform durch die Landesregierungen feststellen, die in Thüringen und Brandenburg in vergleichbarer Weise auftreten.

a. Orientierungslosigkeit

Wie bereits dargestellt, geht es in der dritten Stufe im Kern darum, den strukturellen Parametern des Leitbilds

²⁹ BB-LT-Drs. 6/4621 v. 12.07.2016.

³⁰ TH-LT-Drs. 6/1561 v. 29.12.2015.

³¹ VerfG ST, Urteil v. 21.04.2009, 12/08, Rn. 21.; *Lück*, LKV 2017, S. 403 (S. 404).

praktische Relevanz zu verleihen. Dies erfolgt in der Regel durch die Zusammenlegung verschiedener Kreise zu größeren Verwaltungseinheiten und eher selten durch das Zerschneiden bestehender Kreise und deren Neugruppierung.³²

Die Thüringer Landesregierung veröffentlichte im Oktober 2016 ihre Pläne aus den bestehenden 17 Kreisen acht Großkreise zu bilden. Die bisherigen kreisfreien Städte Eisenach, Gera, Suhl und Weimar sollten eingekreist werden, sodass nach Reformabschluss nur noch Erfurt und Jena kreisfrei bleiben würden.³³ In Brandenburg sollten die bestehenden 14 Kreise auf neun Kreise reduziert werden. Gerade in der ländlichen Peripherie war geplant mehrere Kreise unter Einkreisung der kreisfreien Städte Brandenburg an der Havel, Cottbus und Frankfurt (Oder) zu Großkreisen zusammenzuschließen. Potsdam sollte als einzige Stadt kreisfrei bleiben.³⁴

Sowohl in Brandenburg als auch in Thüringen riefen die Planungen scharfe Ablehnung von verschiedenen Seiten hervor, sodass beide Regierungen sich zu Änderungen gezwungen sahen. Das Innenministerium von Thüringen legte im April 2017 einen ersten Gesetzentwurf zur Kreisneugliederung vor, der im Gegensatz zu den Planungen aus dem Oktober 2016 auf eine Einkreisung von Gera und Weimar verzichtete. Zudem veränderte sich die Zuordnung der Landkreise zu den geplanten acht Großkreisen.³⁵ Dieser Schritt führte jedoch nicht zu einem Ende der Diskussionen um die zukünftige Kreisstruktur. Auf die anhaltende Kritik reagierte die Thürin-

ger Landesregierung im November 2017 mit einer erneuten Revision der bisherigen Vorschläge und stellte nunmehr fünf Varianten für den Neugliederung der 17 Kreise zur Diskussion.³⁶ Brandenburg legte im Sommer 2017 ebenfalls einen überarbeiteten Referentenentwurf vor, der eine zukünftige Kreisebene mit elf statt der bisher angestrebten neun Großkreise vorsah.³⁷ Durch das Aus der Reformen wurden diese Planungsstände Makulatur.

Im Rahmen der Ursachenforschung ergibt sich zunächst allein aus dem Umstand, dass die Planungen mehrfach modifiziert wurden, noch keine hinreichende Erklärung für das Aus der Reform. Eine gewisse Flexibilität ist zudem durchaus zu begrüßen. Dies ermöglicht ein Zugehen auf die Kritiker und einen Kompromiss zum Vorteil aller. Vielmehr ist das von den Landesregierungen gewählte Vorgehen bei der Neujustierung der Reform kritisch zu beurteilen. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die inkonsistente Anwendung der eigenen Leitbildvorgaben durch die Landesregierungen. Ein Beispiel bietet dazu der Status der kreisfreien Stadt Weimar. Gemäß der im Leitbild gemachten Vorgaben, sollte der Status der Kreisfreiheit nur Städten zugesprochen werden, die im Jahr 2035 über 100.000 Einwohner aufweisen. Weimar mit seinen derzeit fast 65.000 Einwohnern sollte daher im Rahmen der Kreisgebietsreform konsequenterweise eingekreist werden. Nach massiven Protesten der Stadt Weimar, die in einer Verfassungsklage gegen die Reformpläne gipfelten, änderte die Landesregierung ihren Kreiszuschnitt, sodass Weimar weiterhin kreisfrei bleiben konnte.³⁸ Eine entsprechende Anpassung der Vorgaben im Leitbild fand nicht statt.

³² MV-LT-Drs. 5/2683 v. 08.07.2009, S. 88f.; SN-LT-Drs. 4/881-Begründung v. 30.05.2007, S. 77.

³³ Autor unbekannt: Gebietsreform "Acht plus zwei": Thüringen wird neu aufgeteilt, Beitrag vom 11.10.2016 auf mdr.de (<https://www.mdr.de/thueringen/gebietsreform-kreisgrenzen-thueringen-100.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

³⁴ Autor unbekannt: Gebietsreform - So sollen die neuen Landkreise in Brandenburg heißen, Beitrag vom 01.12.2016 auf berliner-zeitung.de (<https://www.berliner-zeitung.de/berlin/brandenburg/gebietsreform-so-sollen-die-neuen-landkreise-in-brandenburg-heissen-25201728>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

³⁵ Autor unbekannt: Gebietsreform in Thüringen: Diese Kreise und Kreisstädte sind geplant, Beitrag vom 19.04.2017 auf thüringer-allgemeine.de (<https://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Gebietsreform-in-Thueringen-Diese-Kreise-und-Kreisstaedte-sind-geplant-524120085>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

³⁶ Autor unbekannt: Das Ende der rot-rot-grünen Gebietsreform - Eine Chronologie des Scheiterns, Beitrag vom 02.12.2017 auf thüringer-allgemeine.de (<https://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Das-Ende-der-rot-rot-gruenen-Gebietsreform-Eine-Chronologie-des-Scheiterns-730240882>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

³⁷ Fröhlich/ Metzner: Gesetzentwurf für die Kreisreform verabschiedet, Beitrag vom 13.06.2017 auf tagesspiegel.de (<https://www.tagesspiegel.de/berlin/gebietsreform-in-brandenburg-gesetzentwurf-fuer-die-kreisreform-verabschiedet/19924636.html> zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

³⁸ Autor unbekannt: Gera und Weimar sollen kreisfrei bleiben, Beitrag vom 19.04.2017 auf mdr.de (<https://www.mdr.de/thueringen/wahlen->

Entwickelt der Gesetzgeber aber im Rahmen der Gebietsreform zunächst ein Konzept für die Neugliederung, berücksichtigt aber im späteren Verlauf nicht mehr die eigenen Vorgaben, dann stellt dies die Sinnhaftigkeit der Konzeptionsphase und damit den gesamten Reformprozess in Frage. In Bezug auf eine gerichtliche Überprüfung des Reformgesetzes stellt sich zudem die Frage, ob das Leitbild eine gewisse Selbstbindung des Gesetzgebers darstellt und Einzelfallentscheidungen, die dem Leitbild nicht entsprechen, als willkürlich angesehen werden müssen. In der Konsequenz führte ein solches Verhalten zu Forderungen anderer Kreise, die bei der Neugliederung nun ebenfalls auf Ausnahmen von den Leitbildvorgaben drängten.³⁹

Auch ist die Art und Weise zu kritisieren, wie die Landesregierungen die mehrfachen Änderungen an dem Kreismodell entwickelten und gegenüber der Öffentlichkeit kommunizierten. Die Landesregierungen gingen zunächst viel zu spät auf die Kritiker ein, mit der Folge, dass die Kritik immer weiter answoll und die Regierung praktisch zu einer Reaktion gezwungen war. Dann verstolperten die Landesregierungen die Neukonzeption, da es ihnen nicht gelang, ein Verfahren zu implementieren, mit dem die Änderungen in einem transparenten Prozess begründet werden konnten. Vielmehr wurden die Änderungen von der Ministerialverwaltung ausgearbeitet und von der Landesregierung beschlossen, ohne dass der Prozess nachvollziehbar der Öffentlichkeit dargelegt wurde oder diese eingebunden war. In Thüringen wurde dieses problematische Vorgehen erfahrbar: Zweimal veränderte der Gesetzgeber seine Planungen, mit dem Ergebnis, dass am Ende keine klare Entscheidung für einen Neuzuschnitt der Kreisebene gefällt wurde, sondern fünf unterschiedliche Varianten vorlagen, verbunden mit der Ungewissheit darüber, wie es zu einer finalen Entscheidung kommen sollte.

politik/gebietsreform/thueringen-gebietsreform-landesregierung-kreiszuschnitt-100.html, zuletzt aufgerufen am 27.12.2018).

³⁹ Autor unbekannt: Großkreis Südwestthüringen wieder im Rennen, Beitrag vom 19.05.2017 auf mdr.de (<https://www.mdr.de/thueringen/sued-thueringen/grosskreis-suedthueringen-gebietsreform-100.html>, zuletzt abgerufen am 06.01.2019).

Es wird deutlich, dass die Landesregierungen das Heft des Handelns nicht mehr in der Hand hatten, sondern von der Kritik getrieben wurden und durch ihr Handeln in einer politischen Sackgasse landeten. Ohne Berücksichtigung vorheriger Entscheidungen und damit orientierungslos stolperten die Regierungen beider Länder durch den Prozess. Es gelang beiden Landesregierungen nicht mehr Entscheidungen zu treffen, die auf einen erfolgreichen Abschluss der Reform abzielten. In einer solchen Gemengelage erklärt sich das Scheitern der Reform in Thüringen und Brandenburg als Konsequenz des eigenen Handelns der Landesregierungen.

b. Fehlende politische Mehrheiten

Eine Analyse der Ursachen für das Ende der Reformbemühungen in Brandenburg und Thüringen muss gleichsam auch die politischen Rahmenbedingungen berücksichtigen, unter denen sich die Reform vollzog, denn diese bildeten faktische Restriktionen für das Handeln der Landesregierungen. Am deutlichsten wird dies in der Notwendigkeit einer parlamentarischen Mehrheit, auf die die Landesregierungen bei der endgültigen Abstimmung ihrer Pläne im Landtag angewiesen sind. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die Regierungskonstellationen in beiden Ländern nur über knappe Mehrheiten verfügten. In Brandenburg regierte das SPD-Linke-Bündnis mit einer Mehrheit von sechs Stimmen. In Thüringen hielt das Dreierbündnis aus Die Linke, SPD und Bündnis-90/Die Grünen sogar nur eine Ein-Stimmen-Mehrheit.⁴⁰ Die Landesregierungen waren damit auf die Zustimmung (fast) aller Abgeordneten der Koalition angewiesen, um das Reformgesetz erfolgreich vom Parlament verabschieden zu lassen.

Allerdings gab es sowohl in Brandenburg als auch in Thüringen vor dem plötzlichen Aus des Reformprozesses deutliche Anzeichen dafür, dass beide Regierungen keine parlamentarische Mehrheit für ihre Reformabsichten besaßen. Aus parteipolitischer Perspektive lässt sich dies beispielhaft bei der SPD nachweisen. Die SPD-

⁴⁰ Steffen: Ramelows Mehrheit schmilzt auf eine Stimme, Beitrag vom 26.04.2017 auf zeit.de (<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-04/thueringen-landtag-bodo-ramelow-spd-cdu>, zuletzt abgerufen am 06.01.2019).

Landesverbände in Brandenburg und Thüringen setzten sich über Jahre als treibende Kraft für eine Gebietsreform ein.⁴¹ Im Rahmen des Reformprozesses stellte die Partei in beiden Ländern den Innenminister und übernahm somit die Federführung bei der Reformumsetzung.⁴² In Brandenburg unterstützte zudem der SPD-Ministerpräsident Wodike persönlich die Reform. Im Laufe des Reformprozesses entwickelte sich aber in beiden Landesverbänden eine politische Dynamik, an deren Ende die überwiegende Mehrheit der Parteimitglieder die Reform ablehnte.

Ausgangspunkt dieser Entwicklung war die Kommunalenebene, auf der sich Parteimitglieder mit Kommunalmandaten schon in der Konzeptionsphase ablehnend gegenüber der Reform äußerten.⁴³ In Brandenburg kritisierten die SPD-Landräte und Alt-Ministerpräsident Stolpe die Reformpläne der eigenen Landesregierung.⁴⁴ In Thüringen eskalierte der innerparteiliche Streit derart, dass der SPD-Oberbürgermeister der Stadt Weimar gegen das Reformvorhaben des eigenen SPD-Innenministers vor dem Verfassungsgerichtshof klagte.⁴⁵

Die Kritik aus der Partei erreichte in der Folge zunehmend die Abgeordneten in den Landtagsfraktionen, die sich immer deutlicher gegen das Reformprojekt stellten. Im Rahmen einer Probeabstimmung in der brandenburgischen SPD-Landtagsfraktion erreichte der Gesetzesentwurf zur Kreisgebietsreform keine Mehrheit, sodass Ministerpräsident Woidke mit Rücktritt drohte.⁴⁶ In Thüringen versuchte die Landesregierung, in Reaktion auf die anhaltende Kritik aus den eigenen Reihen, mit der Entlassung des SPD-Innenministers einen Neustart der Reform zu initiieren.⁴⁷ Um Handlungsfähigkeit zurückzugewinnen, wurde zudem ein zusätzlicher Staatssekretärsposten im Innenministerium geschaffen, der mit der Umsetzung der Gebietsreform beauftragt wurde. Die Besetzung des Staatssekretärspostens entwickelte sich dabei zu einer politischen Posse, in deren Verlauf ein Landtagsabgeordneter der SPD, der den Reformplänen kritisch gegenüberstand, auf den Posten berufen wurde.⁴⁸ Auch bei anderen Regierungsparteien

⁴¹ *SPD Thüringen*, Thüringen. Besser bleiben. Regierungsprogramm 2014–2019, 2014, S. 37; *SPD Brandenburg*, Regierungsprogramm 2014–2019. Unser Brandenburg-Plan, 2014, S. 30.

⁴² Innenministerkonferenz – Mitglieder
<https://www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/mitglieder/imk-mitglieder-node.html> (zuletzt abgerufen 06.01.2019).

⁴³ Autor unbekannt: Rot-rotes Bündnis gegen Gebietsreform, Beitrag vom 04.08.2017 auf mdr.de
(<https://www.mdr.de/thueringen/gebietsreform-spd-landraete-gruene-100.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018); Autor unbekannt: Heimrich: Koalition platzen lassen und "Wahnsinn" beenden, Beitrag vom 29.04.2017 auf mdr.de

(<https://www.mdr.de/thueringen/thueringen-gebietsreform-heimrich-koalition-100.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018); Autor unbekannt: Kampf für die Gebietsreform spaltet die SPD, Beitrag vom 11.07.2017 auf thüringer-allgemeine.de
(<https://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Kampf-fuer-die-Gebietsreform-spaltet-die-SPD-558118241>, zuletzt abgerufen am 04.01.2019).

⁴⁴ Autor unbekannt: Cottbuser SPD will Kreisreform aussetzen, Beitrag vom 07.09.2017 auf rbb24.de (https://www.lr-online.de/lausitz/cottbus/cottbuser-spd-will-kreisreform-aussetzen_aid-4839582, zuletzt abgerufen 27.12.2018); Autor unbekannt: Stolpe befeuert Debatte um Kreisgebietsreform, Beitrag vom 25.10.2017 (https://www.focus.de/regional/potsdam/regierung-stolpe-befeuert-debatte-um-kreisgebietsreform_id_7765439.html, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

⁴⁵ Autor unbekannt: Sömmerda reicht Klage, Weimar Verfassungsbeschwerde ein, Beitrag vom 10.11.2016 auf mdr.de
(https://www.mdr.de/thueringen/wahlen-politik/gebietsreform/gebietsreform-klage-verfassungsbeschwerde-weimar-soemmerda-100_zc-7e126a79_zs-fe2a9449.html, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

[weimar-soemmerda-100_zc-7e126a79_zs-fe2a9449.html](https://www.mdr.de/thueringen/wahlen-politik/gebietsreform/gebietsreform-klage-verfassungsbeschwerde-weimar-soemmerda-100_zc-7e126a79_zs-fe2a9449.html), zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

⁴⁶ *Rehlinger/Haring*: Kreisgebietsreform Brandenburg - "Die Regierung ist zum Erfolg verdammt", Beitrag vom 13.10.2017 auf rrb24.de (<https://www.rbb24.de/politik/kreisreform-brandenburg/beitraege/woidke-ruecktrittsdrohung-kreisgebietsreform-brandenburg-hintergrund-len.html>, zuletzt abgerufen 27.12.2018).

⁴⁷ Autor unbekannt: Thüringens Innenminister Poppenhäger tritt zurück, Beitrag vom 30.08.2017 auf faz.de
(<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/thueringerinnenminister-holger-poppenhaeger-tritt-zurueck-15175061.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

⁴⁸ Autor unbekannt: SPD-Landrat Zanker soll Gebietsreform managen, Beitrag vom 18.08.2017 auf mdr.de
(<https://www.mdr.de/thueringen/gebietsreform-staatssekretar-landrat-zanker-spd-100.html> zuletzt abgerufen am 27.12.2018); Autor unbekannt: Irritationen um neuen Staatssekretär Weiter Zank um Zanker, Beitrag vom 18.08.2017 auf mdr.de
(<https://www.mdr.de/thueringen/zank-um-zanker-siegesmund-100.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018); Autor unbekannt: Zanker verzichtet auf Amt des Staatssekretärs, Beitrag vom 21.08.2017 auf mdr.de
(<https://www.mdr.de/thueringen/gebietsreform-harald-zanker-spd-100.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018); Autor unbekannt: Uwe Höhn wird neuer Staatssekretär für die Gebietsreform, Beitrag vom 01.09.2017 auf thüringer-allgemeine.de (<https://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Uwe-Hoehn-wird-neuer-Staatssekretar-fuer-die-Gebietsreform-1135084033>, zuletzt abgerufen am 18.01.2019).

in den Regierungsbündnissen wuchs die Ablehnung zunehmend.⁴⁹

Da es letztlich weder in Thüringen noch in Brandenburg zu der entscheidenden parlamentarischen Abstimmung über die Gebietsreform kam, lässt sich nicht überprüfen, ob die Reformgesetze die notwendige Mehrheit erreicht hätten. Allerdings intendieren die dargelegten Entwicklungen, dass in beiden Ländern eine Mehrheit der Abgeordneten in dieser Schicksalsfrage nicht der Regierung gefolgt wären. Es muss den Landesregierungen damit bewusst gewesen sein, dass ihre Reformbestrebungen am Ende wohl scheitern würde. Ein vorzeitiges Aus der Reformanstrengungen ersparte den Landesregierungen damit den parlamentarischen Vertrauensentzug in aller Öffentlichkeit. Ursache für das Scheitern der Gebietsreform ist damit auch das Unvermögen der Landesregierungen die Regierungsparteien die eigenen Parteimitglieder und Mandatsträger zu überzeugen.

c. Zeitdruck

Das Scheitern der Reformen in Brandenburg und Thüringen lässt sich zudem auf das schlechte Zeitmanagement des eng terminierten Reformprozesses zurückführen. Bereits zu Beginn standen die Kreisgebietsreformen unter dem Vorbehalt die Umgestaltung innerhalb einer Legislaturperiode abzuschließen. Andernfalls hätte nach einem Regierungswechsel infolge der nächsten Landtagswahl die Gefahr einer Rücknahme der Reform bestanden. Daraus ergab sich zwangsläufig ein straffer Zeitplan für die Umsetzung des Reformprozesses.

Zeitlich intensive Teilschritte in der frühen Phase waren dabei insbesondere die Durchführung der Bürgerbeteiligung, als auch die ministerielle Ausarbeitung und regierungsinterne Abstimmung des Leitbildes.⁵⁰ Weiterhin

⁴⁹Pressemitteilung von Bündnis-90/Die Grünen Thüringen vom 19.04.2017 (<https://www.gruene-thl.de/landesentwicklung/vorstellung-der-kreise-durch-den-innenminister>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018); Autor unbekannt: Grüne sprechen Klartext zur Gebietsreform und kritisieren Innenministerium, Beitrag vom 26.11.2016 auf [thueringen24.de](https://www.thueringen24.de) (<https://www.thueringen24.de/thueringen/article208799457/Gruene-sprechen-Klartext-zur-Gebietsreform-und-kritisieren-Innenministerium.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

⁵⁰ Autor unbekannt: Thüringer Gebietsreform Innenminister Poppenhäger plant zügige Umsetzung, Beitrag vom 08.07.2015 auf

nahm die Korrektur der Kreiszuschnitte viel unvorhergesehene Zeit in Anspruch.

Der so entstandene Zeitdruck wurde im weiteren Verlauf des Reformprozesses immer sichtbarer, so brachte die brandenburgische Landesregierung den 500-seitigen Gesetzesentwurf zur Kreisneugliederung im Juni 2017 in den Landtag ein.⁵¹ Um noch vor Ende der Legislaturperiode in Kraft zu treten, hätte der Landtag das Gesetz spätestens im Dezember 2017 beschließen müssen.⁵² In nur fünf Monaten ein Gesetz solcher Tragweite zu verabschieden, hätte einen enormen Kraftakt des Landtages notwendig gemacht. Die Kritik an dem zeitlich gedrängten Verfahren brach sich schließlich im Oktober 2017 im Innenausschuss bei einer Anhörung von Kommunalvertretern Bahn, die über 16 Stunden dauerte.⁵³ Ministerpräsident Woidke kündigte in Reaktion auf die Anhörung an, die Reformbestrebungen zu beenden.⁵⁴

In Thüringen führte der Zeitdruck sogar zu einem Verfahrensfehler, der zur konkreten Ursache für das Ende der Kreisgebietsreform wurde. Auslöser war die Absicht der Landesregierung die Vorgaben des Leitbildes nicht nur vom Landtag verabschieden zu lassen, sondern auch gesetzlich zu verankern. Dazu sollte die Kommunalordnung durch das sogenannte Vorschaltgesetz entsprechend geändert werden. Das Gesetzgebungsverfahren vollzog sich dabei zeitlich stark gedrängt. So brachte die Landesregierung den Gesetzentwurf am 13. April 2016 in

mdr.de (<https://www.mdr.de/thueringen/wahlen-politik/gebietsreform/poppenhaeger106.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018)

⁵¹ BB-LT-Drs. 6/6776 v. 14.06.2017.

⁵² Fröhlich/Metzner: Gesetzentwurf für die Kreisreform verabschiedet, Beitrag vom 13.06.2017 auf [tagesspiegel.de](https://www.tagesspiegel.de) (<https://www.tagesspiegel.de/berlin/gebietsreform-in-brandenburg-gesetzentwurf-fuer-die-kreisreform-verabschiedet/19924636.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

⁵³ Metzner, Vernichtende Urteile bei der Marathon-Anhörung, Beitrag vom 23.10.2017 auf [tagesspiegel.de](https://www.tagesspiegel.de) (<https://www.tagesspiegel.de/berlin/umstrittene-kreisreform-vernichtende-urteile-bei-der-marathon-anhoerung/20493122.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

⁵⁴ Metzner/Van Bebber: Die größte Niederlage des Dietmar Woidke, Beitrag vom 01. November 2017 auf [tagesspiegel.de](https://www.tagesspiegel.de) (<https://www.tagesspiegel.de/politik/kreisgebietsreform-in-brandenburg-die-groesste-niederlage-des-dietmar-woidke/20529284.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

den Thüringer Landtag ein,⁵⁵ der es wiederum am 23. Juni 2016 verabschiedete.⁵⁶

Nach Klagen gegen das Vorschaltgesetz u.a. durch die oppositionelle CDU-Landtagsfraktion erklärte der Thüringer Verfassungsgerichtshof das Vorschaltgesetz im Sommer 2017 für nicht verfassungsgemäß.⁵⁷ Der Verfassungsgerichtshof begründete dies mit Verfahrensfehlern im Gesetzgebungsprozess, da dem federführenden Ausschuss bestimmte Unterlagen einer Anhörung von Kommunalvertretern nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt wurden.⁵⁸ Die Landesregierung verzichtete letztlich im November 2017 auf die Weiterführung der Reform und begründete dies mit der nicht mehr vorhandenen Realisierbarkeit der Reform innerhalb der Legislaturperiode.⁵⁹

2. Veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen

a. Die öffentliche Kritik an der Reform

Zurückblickend wird deutlich, dass der Abbruch des Reformprozesses auf politische Managementfehler zurückzuführen ist, welche von den Landesregierungen in Brandenburg und Thüringen in vergleichbarer Weise zu verantworten sind. Gleichzeitig ist allerdings zu hinterfragen, ob allein das Unvermögen zur politischen Steuerung des Prozesses durch die Landesregierungen für das Scheitern ursächlich ist. Es gilt in einem zweiten Schritt zu analysieren, unter welchen äußeren Einflüssen und Beschränkungen sich das Handeln der Landesregierun-

⁵⁵ TH-LT-Drs. 6/2000 v. 13.04.2016.

⁵⁶ Autor unbekannt: Hitzige Debatten im Landtag: Vorschaltgesetz zur Gebietsreform, Beitrag vom 24.06.2016 (<https://www.tlz.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Hitzige-Debatten-im-Landtag-Vorschaltgesetz-zur-Gebietsreform-2066668488>, zuletzt aufgerufen am 27.12.2018).

⁵⁷ ThürVerfGH, Urteil v. 09.06.2017, 61/16, S. 2.

⁵⁸ ThürVerfGH, Urteil v. 09.06.2017, 61/16, S. 29ff.; Lück, LKV 2017, S. 403 (S. 405).

⁵⁹ Autor unbekannt: Nach Urteil: Koalition gerät bei der Kreisreform unter Zeitdruck, Beitrag vom 10.06.2017 auf thueringer-allgemeine.de (<https://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Nach-Urteil-Koalition-geraet-bei-der-Kreisreform-unter-Zeitdruck-758224247>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018); Beschluss des Koalitionsausschuss von DIE LINKE, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 30.11.2017: „Thüringen modern und zukunftsfit gestalten“ (<https://www.mdr.de/thueringen/wahlen-politik/gebietsreform/beschluss-koalitionsausschuss-100-downloadFile.pdf>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

gen vollzog. Dabei ist zu klären, ob sich die Bedingungen, unter denen Gebietsreformen bisher durchgeführt wurden, so verändert haben, dass Reformen nach erprobtem Muster zwangsläufig scheitern müssen.

Ein entscheidender Faktor, welchen es zu berücksichtigen gilt, ist die Ablehnung der Reform durch die Bevölkerung. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass bisher alle Gebietsreformen in Deutschland Kritik ausgesetzt waren. Diese kam hauptsächlich aus drei Richtungen: von der politischen Opposition, den Kommunalvertretern und aus der Bevölkerung. Schlussendlich war aber kein Protest bisher erfolgreich.⁶⁰

Wie dargestellt, stießen auch in Thüringen und Brandenburg die Planungen zur Kreisgebietsreform auf starke Kritik der Opposition in den Landtagen. Ebenso bemängelten die Kommunalvertreter über Parteigrenzen hinweg das Vorgehen der Landesregierungen bei dieser Thematik. Gegenüber den bisherigen Reformen in den neuen Ländern ist allerdings die Massivität der Reformablehnung durch die Bevölkerung hervorzuheben. Dies wurde bereits in der Konzeptionsphase deutlich, als sich eine Vielzahl von Bürgern auf den Regionalkonferenzen, die in beiden Ländern durchgeführt wurden, mit kritischen Stellungnahmen Gehör verschafften.⁶¹ Im Laufe des Reformprozesses organisierten sich in beiden Ländern Vereinigungen, die mit direktdemokratischen Mitteln versuchten die Gebietsreformen zu stoppen. Diese Vereinigungen erhielten großen Zuspruch aus der Bevölkerung.

In Brandenburg sammelte der Zusammenschluss „Kreisreform stoppen“ bereits in kurzer Zeit rund 129.000 Unterschriften und erreichte somit das notwendige Quorum von 20.000 Unterschriften für die Einleitung einer Volksinitiative. Auf der nächsten Stufe, dem Volksbegehren, wäre die Zustimmung von 80.000 Bürgern notwendig gewesen. Infolge des Abbruchs der Reform endete auch die bereits angelaufene Sammlung von

⁶⁰ Holtmann, ThürVBl 4/2017, S. 77 (S. 77).

⁶¹ Vgl. Autor unbekannt: Regionalkonferenz in Gera – Kritik an geplanter Gebietsreform, Beitrag vom 27.10.2015 auf mdr.de (https://www.mdr.de/thueringen/wahlen-politik/gebietsreform/gebietsreform176_zc-7e126a79_zs-fe2a9449.html, zuletzt abgerufen am 06.01.2019).

Unterschriften für das Volksbegehren. Allerdings legten die vorliegenden Unterschriften eine breite Unterstützung auch zum Volksbegehren nahe. Auf der dritten Stufe wäre dann der Volksentscheid organisiert worden.⁶²

In Thüringen initiierte der Verein „Selbstverwaltung für Thüringen“ ein Volksbegehren gegen das Vorschaltgesetz. In einem ersten Schritt mussten dazu mindestens 5.000 Unterstützerunterschriften amtlich bestätigt werden. Zum Fristende reichte der Verein 40.000 Unterschriften ein. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben konnten damit erfüllt werden.⁶³ In der Folge klagte die rot-rot-grüne Landesregierung gegen das Volksbegehren. Die Landesregierung begründete dies mit dem aus ihrer Sicht rechtswidrigen Eingriff in die Haushaltshoheit des Landestages, welche mit dem Vorschaltgesetz ausgeübt wurde. Die Landesregierung zog die Klage allerdings später zurück.⁶⁴ Nachdem die Verfassungsrichter das Vorschaltgesetz wegen eines Formfehlers für verfassungswidrig erklärt hatten, verlor das Volksbegehren seine Grundlage. Nach Aussagen des Vereins hatte man zu diesem Zeitpunkt bereits über 140.000 Unterschriften von Unterstützern gesammelt.⁶⁵ Zusammenfassend zeigen diese Entwicklungen aus Brandenburg und Thüringen, wie massiv der Unmut in der Bevölkerung über die Reformpläne der Landesregierungen war.

Regierungen orientieren sich in ihrem Handeln an der öffentlichen Meinung. Dies lässt den Schluss zu, dass die

⁶² Metzner: Jetzt geht es um 80 000 Unterschriften, Beitrag vom 29.08.2017 auf tagesspiegel.de (<https://www.tagesspiegel.de/berlin/gebietsreform-in-brandenburg-jetzt-geht-es-um-80-000-unterschriften/20255912.html>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

⁶³ Autor unbekannt: Das entleerte Volksbegehren gegen die Gebietsreform und eine Klage der Landesregierung, Beitrag vom 13.06.2017 auf thüringer-allgemeine.de (<https://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Das-entleerte-Volksbegehren-gegen-die-Gebietsreform-und-eine-Klage-der-Landesreg-876324758>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

⁶⁴ Autor unbekannt: Land zieht Klage gegen Volksbegehren zurück, Beitrag vom 14.06.2017 auf mdr.de (<https://www.mdr.de/thueringen/gebietsreform-klage-volksbegehren-102.html> zuletzt abgerufen 27.12.2018).

⁶⁵ Autor unbekannt: Gebietsreform: 140.000 Thüringer unterschreiben Bürgeraufruf, Beitrag vom 06.07.2017 auf otz.de (<https://www.otz.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Gebietsreform-140-000-Thueringer-unterschreiben-Buergeraufruf-1738405229>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

benannten Managementfehler die Reaktion der Landesregierung auf die anhaltende massive Ablehnung der Reform durch die Bevölkerung darstellen. Ohne den öffentlichen Protest an den konkreten Entwürfen zum Kreisneuzuschnitt hätten sich die Landesregierungen nicht zur Überarbeitung ihrer Pläne gezwungen gesehen. Der dadurch entstandene Zeitdruck wäre nicht eingetreten, wodurch im weiteren Verlauf auch die praktische Umsetzung der Reform nicht unmöglich geworden wäre. Weiterhin ist die zunehmende Kritik innerhalb der Regierungsparteien auch als Reaktion auf den Widerstand der Wählerschaft gegen die Reform zu interpretieren. Deutlich wird damit, dass die massive Kritik vonseiten der Bevölkerung enormen Einfluss auf das Handeln der Landesregierung und damit auch auf deren Fehler im politischen Management der Reform hatte.

Es stellt sich damit die Frage nach den Gründen für den massiven Widerstand in der Bevölkerung gegen die Reform. Zwei Aspekte sollen bei der Auseinandersetzung mit dieser Frage im Mittelpunkt stehen. Einerseits die zunehmende Skepsis gegenüber Kreisgebietsreformen als Maßnahme zur Implementierung einer bürgerfreundlicheren, effizienteren sowie kostengünstigeren Verwaltung. Andererseits der wachsende Argwohn in der Bevölkerung gegenüber den politisch Handelnden im Zeitalter der Globalisierung und in Gegenreaktion darauf der Rückzug in die private, heimatliche Lebensumwelt.

b. Leistungsfähigkeit größerer Kreisstrukturen

Hinter dem Konzept der Kreisgebietsreform steht wie dargestellt der volkswirtschaftliche Gedanke der „Economy of Scale“. Demnach sind Verwaltungen in Kreisen mit hoher Einwohnerzahl leistungsfähiger, da sie Verwaltungsressourcen effektiver und effizienter auslasten als Kreise mit niedriger Einwohnerzahl. Allerdings fehlen für solche Annahmen bisher empirische Belege. In deutschen Ländern, die bereits Kreisgebietsreformen durchgeführt haben, wurden diese später nicht anhand entsprechender Kriterien evaluiert. Dieser Umstand diskreditierte die Argumentation über die Notwendigkeit von Gebietsreformen zunehmend.⁶⁶

⁶⁶ Hirte/Kerst, LKV 2017, S. 97 (S. 100).

Besondere Beachtung vonseiten der Reformkritiker erhielt dabei eine Studie des Ökonomen Felix Rösel, die sich mit der Frage befasst, ob durch Kreisgebietsreformen leistungsfähigere Verwaltungsstrukturen geschaffen werden.⁶⁷ Um die Leistungsfähigkeit von Kreisstrukturen zu ermitteln, betrachtet Rösel als entscheidendes Kriterium deren Ausgaben. Der aufgezeigten Logik folgend, müssten demnach größere Kreisverwaltungen nach Kreisgebietsreformen signifikante Ausgabeneinsparungen aufweisen.

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die sächsische Kreisgebietsreform im Jahr 2008. Zur Beantwortung der Forschungsfrage vergleicht Rösel die Ausgaben der reformierten Kreisstrukturen im Jahr 2015 mit den Ausgaben der Kreisstrukturen vor der Reform, die auf Basis eines statistischen Modells bis ins Jahr 2015 fortgeschrieben wurden.⁶⁸ In der Auswertung seiner statistischen Berechnungen kommt Rösel dabei zu dem Schluss, dass sich fünf Jahre nach Reformabschluss die Pro-Kopf-Ausgaben zwischen den größeren Kreisen und dem synthetischen Kreismodell nicht signifikant unterscheiden. Gerade die Erwartung von Einsparungen durch Synergieeffekte im Bereich der Allgemeinen Verwaltung hätte sich demnach nicht realisiert.⁶⁹

Die fehlenden Einspareffekte durch Kreisgebietsreformen begründet Rösel mit der Ausgabenstruktur der Kreise. Demnach würde ein großer Teil der Ausgaben, wie beispielsweise Transferleistungen, nicht durch die verwaltungsmäßige Verfasstheit der Landkreise beeinflusst. Letztlich würden die Landkreise nur 17% ihrer Ausgaben für veränderbare Posten wie Personal und Verwaltungsleistungen aufwenden. Allerdings bietet das Personal nach Ansicht des Ökonomen nur geringes Ein-

sparpotenzial, da dies größtenteils an die Erfüllung von übertragenen Aufgaben gebunden ist.⁷⁰

Eine tiefergehende Auseinandersetzung mit der Studie kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Dennoch soll kritisch angemerkt werden, dass Rösel seine Auswertung nur auf einen sehr kurzen Zeitraum nach der Reform bezieht. Gebietsreformen haben allerdings das Ziel langfristig Strukturen zu verändern, um die Verwaltung für die nächsten Jahrzehnte leistungsfähiger zu gestalten. So hat die sächsische Landesregierung 2008 die Vorgaben des Leitbildes auch auf das Prognosejahr 2020 bezogen.

Mit seiner Studie betrachtet Rösel somit allenfalls die mittelfristigen Auswirkungen der Gebietsreform. Die langfristigen Auswirkungen können von ihm noch gar nicht prognostiziert werden, da die starken demografischen Verwerfungen, die den Hauptgrund für die Reformanstrengungen bilden, in ihren Auswirkungen noch nicht erfasst werden können. Ebenso ist zu hinterfragen, ob die alleinige Fokussierung auf die finanziellen Einsparungen als entscheidendes Kriterium für die Leistungsfähigkeit der neuen Verwaltungsstrukturen aussagekräftig ist.⁷¹ Allerdings ist der grundsätzlichen Aussage der Studie zuzustimmen. Nur die Zusammenlegung von Kreisen wird die Leistungsfähigkeit der Verwaltung nicht erhöhen.

Um die Synergieeffekte durch die Zusammenlegung zu nutzen, müssen Aufgabendopplungen konsequent abgebaut werden. Es gilt, die Aufgabenerfüllung durch einen geeigneten personellen Unterbau und eine intelligente Verwaltungspraxis sicherzustellen. Damit leistungsfähige Verwaltungsstrukturen implementiert werden, muss der Zusammenlegung von Kreisverwaltungen ein Personalabbau folgen, der durch eine Funktionalreform flankiert wird. Gerade diesen zweiten Schritt haben bisher alle ostdeutschen Länder, die Gebietsreformen durchgeführt haben, nicht in ausreichendem Maße unternommen.

⁶⁷ Autor unbekannt: Studie sieht Kreisgebietsreformen in Nachbarländern kritisch, Beitrag vom 25.07.2018 auf morgenpost.de (<https://www.morgenpost.de/berlin/article214929169/Studie-sieht-Kreisgebietsreformen-in-Nachbarlaendern-kritisch.html>), zuletzt abgerufen am 27.12.2018).

⁶⁸ Rösel, Gibt es Einspareffekte durch Kreisgebietsreformen – Evidenz aus Ostdeutschland, in: ifo Schnelldienst 22/2016, S. 27 (S. 28f.).

⁶⁹ Rösel, Gibt es Einspareffekte durch Kreisgebietsreformen, S. 27 (S. 29f.).

⁷⁰ Rösel, Gibt es Einspareffekte durch Kreisgebietsreformen, S. 27 (S. 29ff.).

⁷¹ Vgl. Holtmann, ThürVBl, 4/2017, S. 77 (S. 77).

c. Gesellschaftliche Ablehnung der Reform

Die Gründe für die Ablehnung der Reformbestrebungen liegen aber auch tiefer als nur in der Kritik an der Reform als solcher. Vielmehr müssen für die Ursachenanalyse verschiedene gesellschaftliche Entwicklungen der letzten Jahre betrachtet werden, die über den engen Kontext der Landespolitik hinausreichen.

Eine entsprechende soziologische Ergründung kann an dieser Stelle nur sehr knapp erfolgen und wird sich auf zwei gesellschaftliche Veränderungen fokussieren. Auf der einen Seite ist dabei das zunehmende Misstrauen von Teilen der Bevölkerung gegenüber der Politik im Allgemeinen und insbesondere gegenüber den Regierenden zu sehen. Diese Haltung findet ihren Ausdruck vermehrt in der gänzlichen Ablehnung staatlich-politischen Handelns. Gerade in den ostdeutschen Ländern zeigt sich dies in zum Teil aggressiven Protesten sowie einem veränderten Wahlverhalten.

Auf der anderen Seite reagieren Teile der Bevölkerung auf die Unsicherheit einer sich immer dynamischer wandelnden digital-globalen Welt mit dem Rückzug in die vertraute private Lebenswelt. Die eigene Gemeinde und der eigene Kreis werden damit zu Ankerpunkten der heimatlichen Umwelt und zu tragenden Stützen der eigenen Identität.⁷² In einem Klima, in dem politische Entscheidungen sowie staatliches Handeln stark an Legitimität einbüßen und unter dem politischen Schlagwort der „Heimat“ der Rückzug in örtlichen Strukturen propagiert wird, ist es nur konsequent, dass Kreisgebietsreformen, die einen grundlegenden staatlichen Eingriff in die Kommunalebene darstellen, auf starke Ablehnung in der Bevölkerung stoßen und entsprechend bekämpft werden.

⁷² Kords, Der langsame Tod einer schlechten Idee, Beitrag vom 9.11.2018 auf zeit.de, (<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-11/kreisgebietsreform-brandenburg-ostdeutschland-abwanderung-d17/seite-2>, zuletzt abgerufen am 27.12.2018); Holtmann, ThürVBl, 4/2017, S. 77 (S. 77).

d. Mögliche Auswege

Zum Abschluss der Ausführungen stellt sich die Frage, wie die Landesregierungen die Kritik der Bevölkerung in ihren Planungen antizipieren können. Die Rechtsprechung des Thüringer Verfassungsgerichtshofs zum Vorschaltgesetz lässt sich dabei als einen möglichen Ansatz interpretieren. Aus einem Hilfsgutachten, das seinen Fokus auf die materielle Prüfung des bisherigen Verfahrens legt, lassen sich Kriterien entnehmen, die trotz einem Neuzuschnitt der Kreisebene die heimatliche Identität des engeren Umfelds bewahren sollen. So sind aus Sicht der Verfassungsrichter bei einem Neuzuschnitt der Kreisebene, neben der Einwohnerzahl, auch weitere Kriterien in der Abwägung zu berücksichtigen.⁷³

Das Gericht hält dazu fest, dass „Gebietskörperschaften nicht allein in quantifizierender Betrachtungsweise wegen des Unterschreitens einer bestimmten Einwohnergrenze und ohne Berücksichtigung von regionalen oder örtlichen Besonderheiten aufgelöst werden“ sollen.⁷⁴ Unter denen in die Abwägung einzubeziehenden Aspekten „verdienen ferner geschichtliche Zusammenhänge, wirtschaftliche Verflechtungen sowie sozio-kulturelle Gesichtspunkte aufgrund landsmannschaftlicher oder religiöser Bindungen Berücksichtigung durch den Gesetzgeber“.⁷⁵ „Unveränderliche geographische und topographische Bedingungen (wie etwa die Siedlungsstruktur, die isolierte Lage einer Kommune und die Entfernungen zu anderen Orten) spielen bei der Bestimmung des Gemeinwohls daher eine maßgebliche Rolle.“⁷⁶ Reale Bedeutung in der Umsetzung der Reformen in Thüringen und Brandenburg erlangten diese Kriterien allerdings nicht mehr.

V. Schlussbetrachtung

In der rückblickenden Analyse der Kreisgebietsreformen in Thüringen und Brandenburg sind zwei Phasen zu unterscheiden.

⁷³ ThürVerfGH, Urteil v. 09.06.2017, 61/16, S. 54ff.

⁷⁴ ThürVerfGH, Urteil v. 09.06.2017, 61/16, S. 56.

⁷⁵ ThürVerfGH, Urteil v. 09.06.2017, 61/16, S. 55.

⁷⁶ ThürVerfGH, Urteil v. 09.06.2017, 61/16, S. 56.

In der ersten Phase, die von der Entscheidung für die Reform über die Planungs- und Konzeptionsphase bis zur Verabschiedung des Leitbildes durch die Landtage reicht, verläuft der Prozess in beiden Ländern nach erprobtem Muster ab. Gerade die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die von der Rechtsprechung in der Drei-Stufen-Theorie zentriert wurden, führen zu einer Vergleichbarkeit der Reformprozesse in den ostdeutschen Ländern.

Die zweite Phase hingegen ist durch Entwicklungen bestimmt, die letztlich zum Abbruch der Gesetzgebungsverfahren und damit zum Scheitern der Reformpläne führten. In der Analyse lassen sich dahingehend zwei Ursachen unterscheiden, die in Brandenburg und Thüringen vergleichbar auftreten.

Auf der einen Seite das Missmanagement der Reform durch die Landesregierung, in deren Verlauf die eigenen

Grundsätze und Vorgaben zur Neugliederung aufgegeben wurden, die Reform orientierungs- und führungslos zunehmend unter Zeitdruck geriet und am Ende wahrscheinlich ohne Mehrheit im Landtag gewesen wäre. Auf der anderen Seite ist das Scheitern aber auch zwangsläufige Konsequenz einer veränderten gesellschaftlichen Haltung, die die Reform als politischen Angriff in die genuin eigene Lebensumwelt ablehnt und aktiv bekämpft. In beiden Ländern ist damit der eingeschlagene Weg einer gesetzlichen Neugliederung der Kreisebene gescheitert. Die der Reformbestrebung zugrundeliegende Feststellung von (zukünftig) dysfunktionalen Kreisverwaltungen ist aber weiterhin aktuell. Es bleibt damit vorrangige Aufgabe der Landesregierungen einen anderen Reformweg einzuschlagen, der unter den veränderten Bedingungen und neu entstandenen Restriktionen auch zukünftig eine leistungsfähige und bürgerfreundliche Kreisverwaltung sichert.

Die moderne Staatsrechtswissenschaft ist jung – eine kurze Einführung in die ersten Jahre.

von Lukas C. Gundling, Erfurt*

Für die frühe Entwicklung des modernen Staatsrechts war auch das Nebeneinander der Länder förderlich. Der Beitrag wirft einen kurzen Blick in die Geschichte unserer Wissenschaft – eine nicht nur im Studium unterschätzte Erkenntnisquelle der Rechtswissenschaft. Über den aktuellen Stand der Wissenschaft hinaus, den Weg der Entstehung zu kennen und verstanden zu haben, ermöglicht es erst das Recht und die Wissenschaft vom Recht weiterzuentwickeln. Die Einführung wird kurz die ersten Jahre der Entwicklung im 19. Jahrhundert – zur Zeit des Konstitutionalismus – nachzeichnen.

I. Einleitung

Die moderne deutsche Staatsrechtswissenschaft ist im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten noch immer recht jung.¹ Der Ausgangspunkt dafür ist der Konstitutionalismus in Deutschland.² So formulierte *Hermann Rehm* bereits 1896 in seiner Geschichte der Staatsrechtswissenschaft: „Nicht das Aufkommen der historischen Rechtsschule ist der erste Grund der Entstehung der wahren Rechtswissenschaft des allgemeinen Staatsrechts, sondern die Einführung geschriebenen Verfassungsrechts.“³

* *Lukas C. Gundling* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte der Universität Erfurt.

¹ Geht man von der Dreisäulengliederung der Rechtswissenschaft aus, so ist die des Öffentlichen Rechts/Staatsrechts die jüngste (z.B. *Matthias Jestaedt*: Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie? In: Funke/Lüdemann (Hrsg.): Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – zur Einführung, 2009, S. 41).

² *Andreas Funke*: Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.): Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – zur Einführung, 2009, S. 2 bietet verschiedene Punkte als mögliche Ausgangspunkte an, darunter auch dieser, und entscheidet schließlich für die Gegenwart.

³ *Hermann Rehm*, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, 1896, S. 260. Er bemerkt dort am Ende seines Werkes zur Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, dass erst der Konstitutionalismus der Staatsrechtswissenschaft den sicheren Boden gegeben habe.

Aber welchen Grund sollten Studierende der Rechtswissenschaft und die Verfassungsrechtswissenschaft überhaupt haben, einen Blick zurückzuwerfen? Weshalb ist die Befassung mit dem Vergangenen notwendig?

Der Rechtshistoriker *Michael Stolleis* erklärt im Vorwort seines kurzen Bändchens zur Geschichte des Öffentlichen Rechts von 2014 treffend: „Um künftige Entwicklungen zu verstehen und zu gestalten, muss man verstehen, welche Geschichte hinter der Gegenwart liegt.“⁴ Daraus sind zwei Schlüsse zu ziehen:

1. Eine solche Befassung trägt zum tieferen Verständnis einer Rechtsmaterie bei. Sie verleiht dem Staatsrechtswissenschaftler eine höhere Trittsicherheit im schwierigen Terrain des Staatsrechts.
2. Es ist notwendig die vorangegangene Entwicklung, die Geschichte zu kennen, gerade auch dann, wenn man bestrebt ist, eine Weiterentwicklung des Rechts und der Rechtswissenschaft zu bewirken. Der Blick zurück steigert dabei das Reflexionsniveau des Juristen.⁵

II. Die Emanzipation am Wendepunkt 1848/1849

Der Konstitutionalismus bezeichnet eine Epoche, die sich hauptsächlich über das 19. Jahrhundert erstreckt.⁶ Sie kann als postnapoleonisch⁷ bezeichnet werden und fin-

⁴ *Michael Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte 16. – 21. Jahrhundert, 2014, S. 8. Dieses Bändchen sei jedem Studienanfänger im Öffentlichen recht dringend empfohlen.

⁵ *Christoph Möllers*, Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.): Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 141f. erkennt mit der Befassung des Vergangenen Lerngewinne, jedoch weist er auch darauf hin, dass solche Rückgriffe auf die Vergangenheit auch immer Rückgriffe auf Ungesichertes seien. Bestätigung des Innovationpotential der Auseinandersetzung auch bei *Steffen Augsberg*, Die aktuelle Methodendiskussion: eine wissenschaftliche Renaissance?, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.): Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – zur Einführung 2009, S. 146. Ähnlich auch bei *Christian Bickenbach*, JuS 2005, S. 588.

⁶ Ein kurzer Überblick über den Konstitutionalismus findet sich z.B. bei *Daniel Bock*, JA 2005, 363ff.

⁷ Es gab bereits in den napoleonisch geprägten Staaten erste Verfassungen (bspw. Westfalen 1807, Berg 1810), die *Bock*, JA 2005, 364 als ersten Ansatz des Konstitutionalismus ohne Bedeutung bezeichnet. Es ist deshalb die Einschätzung von *Ernst Rudolf Huber*: Deutsche Verfassungsgeschichte. Seit 1789. Band I Reform und Restauration 1789 bis 1830, 1990 [1960], S. 88 zu teilen, der diese Zeit als Schein-Konstitutionalismus bezeichnet.

det ihr Ende spätestens mit dem Ende der Monarchie im Deutschen Reich 1918.⁸

Der Frühkonstitutionalismus am Beginn dieser Epoche kann ab 1814 verortet werden.⁹ In dieser Zeit entstanden unter dem Druck der liberalen Kräfte und der napoleonischen territorialer Veränderungen¹⁰ eine Vielzahl von Verfassungen in den deutschen Ländern, vor allem zunächst in Süddeutschland (Baden und Bayern 1818; Württemberg 1819; Hessen 1820).¹¹

Eine zweite Welle an Verfassungen wurde nach der französischen Julirevolution 1830 und dem erneuten Erstarren der revolutionären Kräfte auf den Weg gebracht, vor allem jetzt auch in Nord- und Mitteldeutschland (z.B. Königreich Sachsen 1831; Braunschweig 1832; Hannover 1833).¹² Diese Veränderung in der Landschaft der Rechtsquellen und ihrer Verwirklichung¹³ erwirkte eine zunehmende wissenschaftliche Befassung mit dem Staatsrecht. Es folgte auf die Entwicklungen eine entsprechende literarische Auseinandersetzung mit den neuen Rechtsverhältnissen, ebenso wie die neuen Ver-

⁸ Werner Heun, *Der Staat* 2006, 365; Bock, JA 2005, 364f. Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, 1993, S. 12 bemerkt, dass bereits zuvor durch neue Ansätze eine Perforation der Epoche erreicht wurde. 1918 kann der Beginn der ersten demokratischen Verfassungswelle ausgemacht werden (Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*, 1992, S. 187).

⁹ Bock, JA 2005, 364. Fritz Hartung, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, 1969, S. 197 verortet diese Strömung erst ab 1815, nennt allerdings bereits die nassauischen Verfassungsbestrebungen von 1814. Auch Heun, *Der Staat* 2006, 365 sieht den Beginn mit Pauly um 1815.

¹⁰ Baden, Württemberg und Bayern hatten durch die territoriale Neuordnung unter Napoleon deutlich an Staatsgebiet gewonnen (z.B. Elisabeth Fehrenbach, *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815–1871*, Enzyklopädie Deutscher Geschichte Band 22, S. 2f.; Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte* 1990 [1960], S. 315).

¹¹ Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2008, Rn. 461.

¹² Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2008, Rn. 481. Die sich nach der ersten Welle bis zur zweiten erstreckende Zwischenzeit beschreibt Hartung, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 1969, S. 207 als äußerlich ruhig, aber innerlich brodelnd.

¹³ Wer über Verfassungsfragen zu entscheiden hatte, unterschied sich stark zwischen den Staaten. Mal kam die Entscheidung dem Landesherrn zu, in manchen war bereits der Weg vor ein Gericht möglich. 1834 kam es zu der Einführung des jedoch nur fakultativen Bundesschiedsgerichtes, das in Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen vermittelte (Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 1990 [1960], S. 622ff.).

hältnisse in der Lehre an den deutschen Universitäten aufgegriffen wurde. Dabei wirkte auch das Nebeneinander verschiedener Qualitäten die konstitutionellen Zustände zusätzlich anregend auf die Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft damit.¹⁴ Die damals entstehenden Landesverfassungen können entsprechend als Motor der Entwicklung des modernen Staatsrechts bezeichnet werden. Es genügte gerade nicht die Befassung mit einem uniformen Modell, sondern die Länder verfügten über verschiedene Ausgestaltungen.

Bereits in dieser Frühzeit des modernen Staats- und Verfassungsrechts entwickelte sich in eine Trennung von Verwaltungs- und Verfassungsrecht heraus.¹⁵ Wegweisend¹⁶ war zunächst das von Robert von Mohl¹⁷ 1829 herausgebrachte „Staatsrecht des Königreichs Württemberg“. Ernst von Moy¹⁹ trennte dann 1840 in seinem vierbändigen „Staatsrecht des Königreichs Bayern“ strikt in Verfassungsrecht (I. Teil) und Verwaltungsrecht (II. Teil).²⁰

¹⁴ Siehe zu den Verfassungsbewegungen auch in den Einzelstaaten im 19. Jahrhundert z.B. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. II, 1992, S. 187ff.

¹⁵ Diese ebenfalls von Gerber erkannte Trennung entwickelte sich schließlich Ende des 19., Anfang des 20. Jahrhunderts heraus (Wolfgang Pöggeler, *Einführung*, in Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Nachdruck der 3. Auflage 1998, S. 17).

¹⁶ Als „bahnbrechend“ und „beherrschend“ z.B. bei Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. II, 1992, S. 193f.

¹⁷ ROBERT (VON) MOHL (1799–1875) war bei der Veröffentlichung gerade dreißigjährig und seit zwei Jahren ordentlicher Professor an der Universität Tübingen, an der er neben der Universität Heidelberg (ab 1817) sein Studium in der Zeit des süddeutschen Frühkonstitutionalismus absolviert hatte (Promotion 1821). Später überwarf er sich mit Württemberg und ging nach Baden (Erich Angermann, Mohl, Robert von, in: *Neue Deutsche Biographie*, Band 17, 1994, S. 692ff.).

¹⁸ Robert Mohl, *Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 1829, S. III f. stellt darin fest, dass der Zustand des öffentlichen Rechtes sich geändert habe. Er sieht nun durch die neue Verfassung die Möglichkeit die Staatseinrichtungen Württembergs rechtswissenschaftlich zu ordnen und zu beschreiben.

¹⁹ KRAFT KARL ERNST FREIHERR VON MOY DE SONS (1799–1867) erhielt ebenfalls wie Mohl in der Zeit des süddeutschen Frühkonstitutionalismus seine wissenschaftliche Sozialisation. Er studierte an den bayrischen Universitäten in Landshut, Würzburg und Erlangen. An letzterer wurde er 1827 promoviert. Die Habilitation erfolgte ebenfalls 1827 in an der Universität München. Er war seit 1832 ordentlicher Professor, sollte sich später mit Bayern überwerfen und nach Wien gehen, wo er als konservativer Wissenschaftler wirkte (Nikolaus Grass, *Moy de Sons, Ernst Freiherr von*, in: *Neue Deutsche Biographie*, Band 18, 1997, S. 237f.).

²⁰ Wie Mohl (s.o.) erkennt auch Ernst von Moy, *Das Staatsrecht des Königreichs Bayern* 1840, S. III f. die Veränderung des öffentlichen

Es war indes weiter eine Zeit des unsicheren Fortgangs. Wie die Gesellschaft war auch die Rechtswissenschaft in Bewegung: neue politische Zustände schafften zugleich auch neue rechtliche. Nach den Märzrevolutionen 1848 wurde die Nationalversammlung vorbereitet und schließlich gewählt.

Es bedurfte jedoch etwa ein Jahr Zeit, bis am 28. März 1849 der Präsident der Nationalversammlung eine Verfassung für das Deutsche Reich ausfertigte und verkündete. Das konnte allerdings nicht ihre Durchsetzung bewirken – im Gegenteil. Die Königreiche bestritten in der Folge weiter das Alleinentscheidungsrecht der Nationalversammlung und am Ende lehnte der preußische König die ihm zugedachte Kaiserkrone ab – die Frankfurter Reichsverfassung (die sogenannte Paulskirchenverfassung) verpuffte zunächst quasi.²¹ Das 19. Jahrhundert war eine Zeit des Mäanderns zwischen revolutionären und restaurativen Entwicklungen, letztlich eine von Unsicherheiten geprägte Zeit, die zudem durch die industrielle und infrastrukturelle Entwicklung verschärft wurde.

In dieser Zeit der Revolution und der Nationalversammlung kulminierte die Zeit der „politischen Professoren“, die gerade auch aus dem Bereich des öffentlichen Rechts stammten.²² Es war eine Phase des öffentlichen Rechts, zu der *Richard Thoma* 1930 bemerkt, dass sie durch Dilettantismus, tagespolitische und oberflächliche Zweckmäßigkeitserwägungen geprägt gewesen sei.²³ Und diese politischen Professoren, die in den Parlamenten und in der Nationalversammlung²⁴ engagiert argumentierten, waren mit dem Scheitern der Revolution auf sich selbst zurückgeworfen. Auch sie waren wie die Verfassungsbemühungen in gewisser Weise gescheitert. Es

Rechts in seiner Zeit und macht daher auf die Dringlichkeit seines Lehrbuches aufmerksam, dass er anhand der Dokumente der Verfassungserstellung erstellen konnte.

²¹ *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte. Seit 1789. Band II Kampf um Einheit und Freiheit 1830 bis 1850, 1988, S. 587ff., 604ff., 842ff.

²² *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. II, 1992, S. 266ff.

²³ *Richard Thoma*, Gegenstand. – Methode. – Literatur. In: Anschutz/Thoma (Hrsg.): Handbuch des deutschen Staatsrechts (HdStR), 1930, S. 4.

²⁴ Mag dies auch den fälschlichen Eindruck eines Professorenparlamentes (*Jörg-Detlef Kühne*, NJW 1998, 1515) verursacht haben.

kann daher das Jahr 1848 als Wendepunkt in der deutschen Staatsrechtslehre bezeichnet werden.²⁵

Als Reaktion darauf wurde im Anschluss im Bereich der Rechtswissenschaft die Epoche der Wissenschaftlichkeit proklamiert, die Rückbesinnung der Rechtswissenschaft auf sich selbst als Wissenschaft – und dies sowohl und vor allem zunächst im Privat- und erst darauf folgend im Bereich des öffentlichen Rechts.²⁶ Diese Rückbesinnung auf die Wissenschaftlichkeit mag auch bedingen, dass die Staatsrechtswissenschaft des Spätkonstitutionalismus nicht als praxisnahe Wissenschaft bezeichnet werden kann.²⁷

III. Findung einer eigenen Methode

Für die Entwicklung der neuen Wissenschaft war das Finden einer eigenen, neuen Methode zentral. Ausgangspunkt der modernen Methodenentwicklung ist mithin insbesondere der Spätkonstitutionalismus²⁸. *Wal-*

²⁵ Schön stellt dies bereits *Johannes Emil Kuntze*, Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand und Zielpunkt derselben, 1856, insb. S. 4ff. heraus. Siehe auch *Wilhelm Bleek*, Die Politik-Professoren in der Paulskirche, in: Kocka/Puhle/Tenfelde (Hrsg.): Von der Arbeiterbewegung zum modernen Sozialstaat. FS Gerhard A. Ritter, 1994, S. 276ff.

²⁶ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. II, 1992, S. 276f.

²⁷ *Manfred Friedrich*, AöR 111 (1986), 201.

²⁸ Eine klare Einhegung des Begriffs des Spätkonstitutionalismus scheint nicht vorzuliegen. Populärer wurde der Begriff erst nach der Veröffentlichung der Habilitationsschrift *Walter Paulys* zum Methodenwandel im Spätkonstitutionalismus (*Pauly*, Spätkonstitutionalismus, 1993). Für die Zeit ab den 1870er-Jahren verwendet den Begriff z.B. *Jens Kersten*, Der Staat, 2001, 221f., für die Zeit nach der gescheiterten Revolution von 1848 in der Habilitationsschrift von *Bernd Grzeszick*, Rechte und Ansprüche: eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002, S. 22 oder in der Habilitationsschrift von *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003, 24f. *Henning Riekhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 46 macht in seiner Dissertation im Spätkonstitutionalismus die Dominanz der Rechtstaatlichkeit aus. Zuvor konnte bis dato keine weitere Verwendung in einschlägigen Texten ausgemacht werden, lediglich in der Verwendung „spätkonstitutionelle Staatstheorie“ bei *Ulrich Scheuner*, Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neuern Staatslehre, in: ders.: Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften 1978 [1962], S. 49, auf den für den Begriff auch *Pauly*, Spätkonstitutionalismus, 1993, S. 10 lediglich verweist. Es ist *Pauly* zuzusprechen, dass er den Spätkonstitutionalismus als Begriff in die einschlägige Literatur eingeführt hat. *Friedrich*, AöR 111 (1986), 218 sprach beispielsweise von „spätmonarchisch“. Man mag seinen Beginn für die Rechtswissenschaft auf 1848/1849 mit dem Scheitern der Frankfurter

ter Pauly nennt den Spätkonstitutionalismus auch die „Epoche der deutschen Staatsrechtswissenschaft“. Er macht den Anbruch dieser Epoche an dem Auftreten der Privatrechtswissenschaftler *Carl Friedrich von Gerber*²⁹ und *Paul Laband*³⁰ in der Staatsrechtswissenschaft fest, die als erste das moderne privatrechtliche Methodenkonzept³¹ und -bewusstsein in die Staatsrechtswissenschaft importierten.³² *Philipp Zorn* setzt neben Gerber zusätzlich den Staats- und Kirchenrechtler *Otto Mejer*³³. Eine herausgehobene Stellung nimmt jedoch auch bei ihm Gerber ein.³⁴

Verfassung festlegen und damit *Kuntze*, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, 1856, S. 5 folgen, der danach einen Wendepunkt in der Rechtswissenschaft ausmacht.

²⁹ CARL FRIEDRICH VON GERBER (1823–1891), lehrte ab 1847 in Erlangen, ab 1851 in Tübingen, dann ab 1862 kurz in Jena sowie schließlich ab 1863 in Leipzig. Er war später sächsischer Kultusminister sowie Ministerpräsident. Gerber beschäftigte sich neben Privatrecht auch mit Staats- und Staatskirchenrecht (Biographie siehe z.B. *Heinrich Maack*, Gerber, Carl von, in: *Neue Deutsche Biographie*, Band 6/1964, S. 251ff.).

³⁰ PAUL LABAND (1838–1918), lehrte ab 1864 zunächst in Königsberg und anschließend ab 1872 Straßburg, war Staatsrat und Abgeordneter im Elsass. Er kam von der Rechtsgeschichte und dem Handelsrecht zur Staatsrechtswissenschaft. (Biographie siehe z.B. *Manfred Friedrich*, Laband, Paul, in: *Neue Deutsche Biographie*, Band 13, 1982, S. 362f.).

³¹ Stolleis verortet die Entwicklung bei *Georg Friedrich Puchta* und der nachfolgenden Generation. Gerber selbst war auch ein Schüler Puchtas (*Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. II, 1992, S. 330f.).

³² *Pauly*, *Spätkonstitutionalismus*, 1993, S. 10f. Diese Pionierrolle spricht ihnen *Böckenförde* 1991, S. 19 ebenso zu. Auch *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. II, 1992, S. 331ff, 341ff. spricht ihnen in der Entwicklung der juristischen Methode in der Reichstaatslehre zu, ebenso *Friedrich*, *AÖR* 111 (1986), 198. Den Übergang von einem Privatrechtswissenschaftler zu einem Staatsrechtswissenschaftler kann man bei Gerber an seiner publizistischen Tätigkeit, z.B. in der mit Ihering herausgegebenen Zeitschrift, erkennen. In dieser versiegten seine Beiträge 1862 (siehe *Ernst Landsberg*, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (Begr. v. Roderich von Stinzing), Abteilung 3, Halbband 2: 19. Jahrhundert bis etwa 1870, 2. Auflage, 1978 [1910], S. 804).

³³ OTTO MEJER (1818–1893) konzentrierte sich auf die wissenschaftliche Tätigkeit (er lehrte in Königsberg, Greifswald, Rostock und bis zur Emeritierung in Göttingen), war hauptsächlich im Kirchenrecht lehrend und publizistisch tätig, am Ende jedoch auch an der Spitze der hannoverschen Landeskirche (Biographie siehe z.B. *Manfred Friedrich*, Mejer, Otto, in: *Neue Deutsche Biographie*, Band 16, 1990, S. 737).

³⁴ *Zorn* 1907, S. 52ff. Als den Dritten im Bunde benennt *Zorn* 1907, S. 56f. auch noch *Rudolf von Gneist* (1816–1895), der Savigny-Schüler (siehe zu ihm z.B. *Erich Angermann*, *Gneist, Rudolf von*, in: *Neue Deutsche Biographie*, Band 6, 1964, S. 487ff.), dessen Verdienst er in seinen Schriften zur (kommunalen) Selbstverwaltung ausmacht, er lässt Gneist allerdings hinter Mejer und Gerber zurückstehen (*Philipp Zorn*, *JÖR* 1 (1907), S. 52).

War zuvor die Zeit 1848/1849 als Wendepunkt für die Wissenschaft von Öffentlichem Recht festgestellt worden, hin zu einer Zeit der Wissenschaftlichkeit, so stellt das Jahr 1852 speziell für die Emanzipation der modernen Staatsrechtswissenschaft einen weiteren Wendepunkt dar. In diesem Jahr veröffentlichte Gerber die Schrift „Ueber öffentliche Rechte“. In diesem Werk ist der Beginn der Genese der Gerberschen Methode, des Methodenwandels, von der staatswissenschaftlichen hin zur juristischen Methode zu erkennen.³⁵ Allerdings ist für diese Erkenntnis keine besondere intellektuelle Leistung notwendig. Gerber stieß seine Leser regelrecht darauf. So erklärte er „Da es dem Plane dieser Arbeit durchaus fremd ist, auf die rein politischen Seiten unseres modernen Staatslebens einzugehen, und lediglich die juristischen Seiten, die freilich nicht ganz ohne politisches Interesse sind, erwogen werden sollten [...]“.³⁶ Geht man mit *Ernst Landsberg*, so ist die Epoche erst mit der Herausgabe des Systems des Staatsrechts 1865 eröffnet, in jedem Fall ist jedoch der Beginn eben auf den Anfang der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu datieren.³⁷

Deutlicher werden die Emanzipationsbemühungen³⁸, die sich auch gegen einen Dilettantismus innerhalb der Rechtswissenschaft wandte,³⁹ dann in einem späteren Werk. In seinen Grundzügen des deutschen Staatsrechts, in der dritten Beilage⁴⁰ dazu, grenzt Gerber 1880 das Staatsrecht gegenüber der Philosophie ab: „[...] wogegen das Staatsrecht durch die stete Kritik des Stoffes nach dem Maassstabe seines systematischen Prinzips von allen nichtjuristischen bloss der ethischen und politischen Betrachtung angehörenden Stoffen gereinigt wird.“⁴¹ Gerber ist mit *Rudolf von Jhering*⁴² einer der

³⁵ *Pauly*, *Spätkonstitutionalismus*, 1993, S. 11, *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. II, 1992, S. 334.

³⁶ *Carl Friedrich von Gerber*, *Ueber öffentliche Rechte*, 1852, S. 106f.

³⁷ *Landsberg*, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abt. 2. Halbbd., 1978 [1910], S. 831.

³⁸ Ähnliche Bemühungen hat er grundsätzlich bereits in einer 1851 veröffentlichten Rede öffentlich gefordert (*Carl Friedrich von Gerber*, *Zur Charakteristik der Deutschen Rechtswissenschaft. Eine akademische Rede*, 1851, S. 24).

³⁹ Dazu z.B. *Pöggeler*, *Einführung*, 1998, S. 9.

⁴⁰ *Pauly*, *Spätkonstitutionalismus*, 1993, S. 13 bezeichnet es als Schlussstein der Gerberschen Methodenentwicklung.

⁴¹ *Carl Friedrich von Gerber*, *Grundzüge des Deutschen Staatsrechts*, 1880, S. 237.

führenden Vertreter der von der Historische Rechtsschule zu trennenden „produktiven Rechtswissenschaft“ und „konstruktiven Rechtswissenschaft“.⁴³ Es geht ihnen darum die Juristen zum Verständnis und zur Anwendung des positiven Rechts zu erziehen. Und die Bemühungen waren nicht unerheblich von Erfolg gekrönt.⁴⁴

Michael Stolleis vermutet, dass es sich hierbei um eine Tendenz der Zeit handelte, in der sich Gerber durch „seine energische und autoritäre Sprache“ exponierte und daher die beherrschende Stellung einnahm.⁴⁵ So war eben einer der Mitstreiter im staatsrechtlichen Bereich, der von Zorn genannte Mejer, der an den Beginn seiner Arbeit „Einleitung in das deutsche Staatsrecht“ von 1861 mit Gerber übereinstimmende Begriffsbestimmungen zu Staat, Staatsgewalt etc. setzte.⁴⁶

Selbstverständlich setzte sich ein neues Methodenbewusstsein nicht ad hoc durch. Zu der Einordnung Gebers in der Wendezeit ist der Einordnung *Wolfgang Pöggeler* zu folgen, der feststellt, dass „dessen Buch noch vor der Schwelle zur staatsrechtlichen Moderne steht, sie me-

thodisch aber schon überschritten hat.“⁴⁷ Nicht ohne Grund macht Zorn in Gerber das Fundament, den Vater, der modernen Staatsrechtsliteratur aus.⁴⁸ Inhaltlich ist das Buch Gerbers zur Staatsrechtswissenschaft noch in der Tradition der Historischen Schule gestaltet, was neben der Einbettung der Staatsgewalt in Sittlichkeit und Gemeinwohl, gegen die Einordnung Gerbers als Vater des Positivismus spricht.⁴⁹

Die Weiterentwicklung zu einer gesetzpositivistischen Methode vollzog dann sein „Testamentsvollstrecker“, wie ihn *Ernst Landsberg* nannte⁵⁰ – *Paul Laband*.⁵¹ Auch wenn es markante Diskontinuitäten in der staatsrechtlichen Methode zwischen Laband und Gerber gibt, war diese Nachfolge und Wahrnehmung als Schule durch die beiden Rechtswissenschaftler angelegt. Im Briefkontakt mit Gerber ließ Laband immer wieder diese Idee anklingen eine gemeinsame Schule – die „Gerber-Laband-Schule“ zu etablieren. Labands Werk – das erste Standardwerk zum Staatsrecht des Deutschen Reiches⁵² – stieß in der Folgezeit auf positive Resonanz ebenso wie auf harsche Kritik. Mitunter trotz der harschen Kritik wurde Laband von einigen Kritikern als Meister verehrt.⁵³

Als einer der prominentesten Kritiken und zugleich als eine sehr umfangreiche,⁵⁴ ist die Laband-Kritik von *Otto von Gierke*⁵⁵ einzuordnen, die er 1883 in Schmollers Jahrbuch publizierte.⁵⁶ Aber auch im von *Gerhard Anschütz* und *Richard Thoma* herausgegebenen „Handbuch

⁴² Es sei an dieser Stelle erwähnt, dass sich Jhering (1818–1892) später inhaltlich mit Gerber überwarf und sich von der konstruktiven Rechtswissenschaft abwandte (dazu und kurze biographische Skizze, z.B. bei *Alexander Hollerbach*, Ihering, Rudolf von, in: Neue Deutsche Biographie, Band 10, 1974, S. 123f.).

⁴³ *Walter Wilhelm*, Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, 1958, S. 89f. Auch *Landsberg* 1978 [1910], Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 2. Halbbd., S. 778 weist Jhering und Gerber eine führende Rolle zu, allerdings bleibt das Verdienst von Jhering auf das Privatrecht beschränkt und ist nur in seiner befruchtenden Wirkung auf Geber relevant. Bei der wissenschaftlicher Ausgangspunkt ist nach *Landsberg* 1978 [1910], Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 2. Halbbd., S. 790 ihr Lehrer Georg Puchta (1798–1846) der sich bereits mit der Theorie des Rechts auseinandersetzte (kurze Biographie bei *Peter Landau*, Puchta, Georg, in: Neue Deutsche Biographie, Band 20, 2001, S. 757ff.).

⁴⁴ *Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 2. Halbbd., 1978 [1910], S. 782, 784.

⁴⁵ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. II, 1992, S. 333. Eine autoritäre jedoch nicht stilistisch schöne Sprache (siehe *Pöggeler*, Einführung, 1998, S. 20). Auch *Pauly*, Spätkonstitutionalismus, 1993, S. 13 weist darauf hin, dass Gerbers Methode erst in der Parallelität der Entwicklung mit anderen Autoren in der Form zustande kam.

⁴⁶ *Zorn*, JöR 1 (1907), S. 55f. Zorn bemängelt, dass Mejer in der zweiten Auflage einzelne Begriffe nicht mehr in dieser Klarheit wie in der ersten Ausgabe führte.

⁴⁷ *Pöggeler*, Einführung, 1998, S. 23 (Hervorhebung im Original).

⁴⁸ *Zorn*, JöR 1 (1907), S. 52f.

⁴⁹ *Pöggeler*, Einführung, 1998, S. 22f.

⁵⁰ *Landsberg* 1978 [1910], Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 2. Halbbd., S. 833; wiederholt von *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. II, 1992, S. 341.

⁵¹ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. II, 1992, 343f.

⁵² *Friedrich*, AöR 111 (1986), 199.

⁵³ *Pauly*, Spätkonstitutionalismus, 1993, S. 205ff. Siehe auch *Friedrich*, AöR 111 (1986), 198ff.

⁵⁴ *Friedrich*, AöR 111 (1986), 201.

⁵⁵ OTTO (VON) GIERKE (1841–1921), war ein von Jhering beeinflusster Privatrechtler und Rechtshistoriker und ein national-liberaler preußischer Monarchist, der sich stark rechtspolitisch engagierte. Er war Professor in Breslau, Heidelberg und Berlin (siehe zu ihm *Karl Siegfried Bader*, Gierke, Otto von, in: Neue Deutsche Biographie, Band 6, 1964, S. 374ff.).

⁵⁶ *Otto Gierke*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch, N. F. Bd. VII, 1883, S. 1097–1195.

des deutschen Staatsrechts“ findet die Methode Labands durch Thoma sehr deutliche Kritik.⁵⁷

Wird Gerber als Vater des modernen öffentlichen respektive Staatsrechts⁵⁸ bezeichnet, so wurde Laband das Prädikat „Pionier des öffentlichen Rechts“ zuteil.⁵⁹ Zorn formulierte 1907 im ersten, von Laband mitbegründeten,⁶⁰ Jahrbuch des öffentlichen Rechts sehr pathetisch: „So darf man Laband in vollster Objektivität als den Meister des deutschen Staatsrechtes nicht nur, sondern als den Begründer dieser juristischen Disziplin preisen. [...] Alle nachfolgende Arbeit des deutschen Staatsrechts steht auf Labands Schultern.“⁶¹

Ein Wesen dieser Disziplin ist, dass von diesem Zeitpunkt,⁶² bis heute anhaltend eine Methodendiskussion,⁶³ teilweise ausgewachsen zum Methodenstreit, geführt wird. Vorerst kulminierte dieser auf den Staatsrechtslehrertagen in der Weimarer Republik.⁶⁴ Trotzdem muss man sich bis heute dieser Differenzen innerhalb der Staatsrechtslehre bewusst sein, möchte man sich im Öffentlichen Recht zurechtfinden.

IV. Schlussbemerkungen

Wie diese kurze Einführung zeigt, ist unsere moderne Staatsrechtlehre immer noch ein junger Wissenschaftszweig. Er entstand in einer politisch wie sozial von Unsicherheit geprägten Zeit. In dieser Zeit wurde deutlich, dass es ein Methodenbewusstsein braucht, um das

Staatsrecht wissenschaftlich aufzuarbeiten und zu entwickeln, aber schließlich das Recht auch effektiv zur Anwendung zu bringen.

Eine breite Befassung mit der Thematik durch die Rechtswissenschaft, die frühe Entwicklung des modernen Staatsrechts wurde dadurch begünstigt, dass etwa zur gleichen Zeit in vielen deutschen Ländern Verfassungen entstanden und mit einer neuen Form von geschriebenem Recht umgegangen werden musste.

Die Vielfältigkeit der deutschen Rechtsordnung, die wir auch heute durch den deutschen Föderalismus vorfinden, kann ganz entsprechend als Gewinn und förderlich für eine innovative und starke Wissenschaft des Öffentlichen Rechts anerkannt werden. Gegenteiligen Bestrebungen ist daher unbedingt eine Absage zu erteilen.

⁵⁷ Thoma, HdStR 1930, S. 4ff.

⁵⁸ So auch nochmal bei Friedrich, AöR 111 (1986), 198, der ihn als Vater der Reichstaatsrechtswissenschaft bezeichnete.

⁵⁹ Wilhelm Raimund Breyer, NJW 1988, 2227f., jedoch selbst verständlich auch andere Attribute, wie z.B. „Führer und Meister“ (Friedrich, AöR 111 (1986), S. 216).

⁶⁰ Das Jahrbuch gab er zusammen mit Jellinek und Piloty heraus. Daneben gehört Laband zu den Gründern und Herausgebern der Traditionsreichen Fachzeitschrift „Archiv des öffentlichen Rechts“ (Beyer, NJW 1988, 2227).

⁶¹ Zorn, JöR 1 (1907), S. 65. Auch Friedrich, AöR 111 (1986), 198 verweist auf seinen „exzeptionellen Wissenschaftserfolg“.

⁶² Siehe zum Beginn im Kaiserreich Stefan Korioth, Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich, AöR 117 (1992), 212ff.

⁶³ Bspw. Winfried Hassemer, ZRP 2007, 213ff. oder Bernd Rüthers, ZRP 2008, 48ff.

⁶⁴ Manfred Friedrich, Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre, AöR 102 (1977), 161ff.

Die Gleichberechtigung und die Staatsrechtslehre – ein Kommentar.

Reaktion auf Eindrücke einer Tagung.

von Lukas C. Gundling, Erfurt*

Die Gleichberechtigung der Geschlechter ist ein Verfassungsauftrag unseres Grundgesetzes. Die deutsche Staatsrechtslehre befasst sich genuin mit dem deutschen Verfassungsrecht, also eben mit diesem Grundgesetz. Es liegt nahe, dass ihr die Geltungskraft der Verfassung, der bewusste Umgang mit der Verfassung ein Anliegen ist. Dennoch verwundert die nicht konforme, konservative Haltung eines prominenten Teils dieser Gruppe.

Der Beitrag ist anlässlich einer Tagung im Herbst 2018 entstanden, beruht indes auf Erfahrungen unterschiedlicher Kontexte. Er ruft zu mehr Umsicht auf und mahnt die Verwirklichung eines Verfassungsauftrages an.

Kompetenz als Selektionsmerkmal?

Es war im Herbst des vergangenen Jahres, dass ich die letztlich anlassgebende Tagung in Berlin besucht habe. Es war eine Tagung, an der insbesondere höhere Bundesbeamte sowie deutsche Staatsrechtslehrer teilnahmen.¹ Und die männliche Sprachform ist für die beiden genannten Gruppen bei dieser Erzählung weitgehend treffend; Frauen waren in sehr deutlicher, ja augenfälliger Unterzahl und soweit es ersichtlich war (ohne es wirklich zu wissen) erschöpfte sich die Geschlechtervielfalt insgesamt in der – nicht mehr rechtlich zwingenden²

* Lukas C. Gundling berichtet als ordentliches Mitglied der Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht und Herausgeber der Zeitschrift, stellt allerdings im Beitrag seine Meinung dar, die nicht notwendig mit der Meinung der Erfurter Gesellschaft übereinstimmt.

¹ Es war eine ministeriumsnahe, wissenschaftliche Tagung. Um die fachlich gute Tagung nicht durch diese Gedanken zu brandmarken, wird ihre konkrete Nennung unterlassen. Es geht nicht um die Blamage einer bestimmten Tagung oder den Angriff auf bestimmte Kollegen, sondern vielmehr um allgemein auf einen Umstand (respektive Missstand) hinzuweisen.

² Durch BVerfGE 147, 1 erklärte das BVerfG am 10. Oktober 2017: „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) schützt die geschlechtliche Identität. Es schützt auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen.“ (1. Ls.). Der Zwang sich zu den Geschlechtern „männlich“ und „weiblich“ zuzuordnen zu müssen, ist verfassungswidrig (3. Ls.). Damit fand die

– Dichotomie der klassisch anerkannten Geschlechter. Das ist für sich noch nicht bedenklich, denn bei einer Fachtagung soll die *fachliche Expertise* im Vordergrund stehen und dies ohne Berücksichtigung des Geschlechts oder anderer sachfremder Erwägungen. Die Besten eines Fachbereichs, die Experten für einen bestimmten Gegenstand, sollen sich im Rahmen solcher Tagungen austauschen.

Doch trotzdem war die männliche Dominanz im Rahmen der Veranstaltung deutlich spürbar; sie prägte den Charakter der Veranstaltung.

Unter den Referent_innen der Zweitagesagung waren nur zwei Frauen, die außerdem auch noch das gleiche Panel bespielten sowie eine Gesprächskreisteilnehmerin aus dem Ausland, die für meine Ausführungen (aufgrund ihrer exklusiven Stellung in der Gemeinschaft der deutschen Staatsrechtslehrer_innen) mehr oder weniger zu vernachlässigen ist.³

Diese personelle Besetzung der Tagung mag sich noch über den Behelf des fachlichen Zuschnitts und der Qualifikation der Menschen begründen lassen – möglicherweise sind die Experten dieses speziellen Fachbereichs ganz überwiegend männlich. Was mich zu diesem Beitrag bewegte, war indes die Interaktion der Menschen, die vor Ort waren und die Inhalte ihrer Gespräche; Erfahrungen anderer Tagungen lassen naheliegen, dass es sich bei diesem Beobachteten nicht um eine bloße Ausnahme handelte.

Zwischen Verfassungsauftrag und Realität

Kehren wir zurück zur in Rede stehenden Tagung: Zum einen war nun bei dieser Tagung spannend, und das legt dann doch auch eine gewisse Asymmetrie in der Besetzung der Panels nahe, dass die zwei referierenden Frauen ihre exklusive Stellung ebenfalls als solche wahrnah-

Geschlechterpluralität auch verfassungsrechtliche Anerkennung. Die Entscheidung trug einer (gesellschaftlichen) Realität Rechnung.

³ Hierbei von einem „Quotenpanel“ zu sprechen, wird den Referentinnen und ihrer Expertise nicht gerecht, ebenso wie Formulierung wie „Quotenfrau“ o.ä. häufig als die Leistungen dieser Frauen herabwürdigend zu qualifizieren sind.

men und – augenscheinlich als Demonstration ihrer Existenz – immer wieder namentlich auf weitere Kolleginnen und deren Erkenntnisse verwiesen. Das offenbarte uns: zu einem solchen Verhalten bestand und besteht offensichtlich auch in diesen Tagen noch immer eine gewisse Notwendigkeit. Es ist evident, dass die Referentinnen der Auffassung waren, auch andere Kolleginnen wären für die Tagung gewinnbringend gewesen und man müsse das den Kollegen vor Augen führen.

Zum anderen wurden zwar auf dem Podium das 100jährige Jubiläum des Frauenwahlrechts⁴ und die grundgesetzlich geforderte, wenn auch mit etwas Verzögerung⁵ auf den Weg gebracht Gleichberechtigung der Geschlechter noch als Errungenschaft unserer Verfassungsordnung bezeichnet. Verwundert nahm ich dann aber zur Kenntnis, dass Bestrebungen der institutionellen oder sprachlichen Gleichberechtigung in Gesprächen in den Pausen als *linke Spinnereien* abgetan wurden, als *überflüssige Beschäftigung* der und Arbeitsbeschaffung für die Selbstverwaltungsorgane (zum Beispiel der Hochschulen) oder eben als *bloße Schikane*.

Solche Aussagen zeugen zumindest von einer Diskrepanz zwischen den Reden und der Einstellung und müssen zugleich Empörung erregen, denn genau in diesem Mo-

ment hat die Unterepräsentation der Frauen⁶ doch wieder in den Fokus zu rücken. Hier wird ein expliziter Verfassungsauftrag von Repräsentanten des Staates – seien es Professoren oder Spitzenbeamte⁷ – zumindest verkannt.

Verstehen Sie mich nicht falsch. Ich habe bereits Kommissionen zur Besetzung von Stellen im wissenschaftlichen wie auch im nichtwissenschaftlichen Bereich erlebt, in denen die Frage des Geschlechts über die Frage der Kompetenz gehoben wurde. Das kann nicht Ziel von Emanzipationsbemühungen sein; im Gegenteil, so etwas unterminiert gar solche Bemühungen und befördert die Argumentation derer, die noch immer gegen die Gleichberechtigung arbeiten oder diese zumindest nicht befördern wollen.⁸ Zu berücksichtigen sind Sachargumente, das Geschlecht darf bei der Besetzung von Ämtern und Stellen per se überhaupt kein entscheidender Faktor sein.⁹

Strukturelles Defizit?

Trotzdem müssen wir uns weiter die Frage stellen, warum wir auch in der Rechtswissenschaft einen hohen Frauenanteil bei den Student_innen haben, aber nur etwa jede neunte, zehnte Rechtsprofessur mit einer Frau besetzt ist.¹⁰ Frauen sind also noch immer Unterrepräsentiert.¹¹ Der Anteil der Männer in der Rechtswissenschaft steigt mit den weiteren Karrierestufen nach

⁴ Es wurde für Deutschland mit Verordnung über die Wahlen zur verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung (Reichswahlgesetz) vom 30. November 1918 erstmals normiert (RGBl. (1918), Nr. 156).

⁵ Die Gleichberechtigung war bereits in Art. 3 Abs. 2 GG grundgelegt (Von 24. Mai 1949 bis 15. November 1994 hieß es: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“). Durch Art. 117 Abs. 1 GG war für eine Anpassung der Rechtslage eine Übergangsfrist bis zum 31. März 1953 eingeräumt. Lange konnte man jedoch keine ernsthaften Bestrebungen zur Umsetzung erkennen. Die Frist verstrich und es lag noch kein Entwurf zur Umsetzung dem Bundestag vor. Ende 1953 reichte die FDP einen Gesetzentwurf ein (BT-Drs. 2/112), im Januar 1954 folgten SPD (BT-Drs. 2/178) und die Regierung (BT-Drs. 2/224). Jetzt erst wurde die Ausschussarbeit im Bundestag aufgenommen und erst am 3. Mai 1957 wurde das Gesetz im Bundestag verabschiedet (Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957, BGBl. I (1957), S. 609ff.). Dies war lediglich der Beginn der – notwendigen (vgl. auch bspw. BT-Drs. 12/6000, S. 49 ff.) – Gesetzgebung die auf eine Gleichbehandlung der Geschlechter zielte, man denke beispielsweise an weitere Normen wie das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz von 2006 (BGBl. I (2006), S. 1897ff.). Siehe zur Wirkrichtung auch zur Gleichberechtigung von Mann und Frau BT-Drs. 16/1780, S. 20ff.

⁶ Inwieweit andere Geschlechter zu fördern sind, sei dahingestellt, ggf. ergibt sich dafür in kommender Zeit ebenso eine Notwendigkeit.

⁷ Hier sind m.E. zunächst speziell die männlichen Vertreter in die Verantwortung zu nehmen, jedoch dürfen die Vertreter_innen anderer Geschlechter nicht im bloßen Anklagen genügen.

⁸ *Ute Sacksofsky/Berit Völzmann*: Der Besten ein Lehrstuhl: Frauenförderprogramme an deutschen Universitäten, *WissR* 51 (2018), 45ff. stellen diverse bestehende Frauenförderprogramme vor, die einerseits zu begrüßen sind, die andererseits mitunter Fehlanreize setzen können.

⁹ Dazu zählt auch, dass mögliche Schwangerschaften in einer gleichberechtigten Welt kein Entscheidungskriterium sein dürfen.

¹⁰ *Markus Sehl*: Frauenkarrieren in der Rechtswissenschaft. Dein Geschlecht zählt, *Legal Tribune Online (LTO)* vom 7. August 2014 (<https://www.lto.de/recht/job-karriere/j/frauen-karriere-jura-professorin-uni/>; zuletzt abgerufen am 4. Januar 2019).

¹¹ So auch der Befund bei *Sacksofsky/Völzmann* *WissR* 51 (2018), 45.

den Staatsexamina oder vergleichbaren Abschlüssen.¹² Es gibt diverse Erklärungsansätze für diese Tendenz und dennoch dürfen wir nicht müde werden zu fragen: Gibt es in der deutschen Rechtswissenschaft allgemein (aber vielleicht auch im Staatsrecht insbesondere) *Männer bevorzugende, strukturelle Defizite*?¹³

Sprache schafft Realität

Ebenso zeichnet die Frage der Sprache ein ambivalentes Bild. Ich verstehe die Einwände zur geschlechtsneutralen Sprache sehr gut, die durch Germanist_innen und andere Sprachfreund_innen vorgebracht werden. Überdies wird diese polarisierende Debatte von beiden Seiten bisweilen sehr emotional und wenig konstruktiv geführt. Andererseits erscheint mir zugleich auch das Argument, dass Sprache Realität schafft sehr einleuchtend. Die Allgemeinheit der maskulinen Form hat zwar Tradition, und auf diese „jahrhundertelange Tradition“¹⁴ wird dann auch gerne in Diskussionen verwiesen, zugleich formt sie manifeste Bilder: Wir stellen uns unter dem „Feuerwehrmann“, dem „Anwalt“ oder dem „Bäcker“ eben Männer vor, dagegen unter einer „Putz-“ und „Pflegekraft“ (häufig zumindest im Volksmund auch noch „Putzfrau“ oder „(Kranken-)Schwester“ genannt), oder unter „Haushaltshilfe“, „Bedienung“ usw. Frauen. Wir haben dabei nicht selten klare Rollenbilder vor Augen.¹⁵ Rollenbilder und Sprache stehen ganz offensichtlich in einem engen Verhältnis.

Auch das in entsprechenden Diskussionen ins Felde geführte Argument, dass man eine geschlechterneutrale

¹² Siehe zur Vielfalt in der deutschen Juristenausbildung *Konrad Buchbinder*: Über die Vielfalt der juristischen Ausbildung, ZLVR 2017, 97–101.

¹³ Jüngst ist dazu eine Auseinandersetzung erschienen, siehe *Ulrike Schultz, Anja Böning, Ilka Peppmeier, Silke Schröder*: De jure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft. Geschlecht und Wissenschaftskarriere im Recht, Baden-Baden 2018.

¹⁴ Man fühlt sich mitunter an ein trotziges, konservatives und wenig offenes „Das haben wir immer schon so gemacht!“ erinnert.

¹⁵ Die Verbindung von Sprache und Berufsbild, wird einem regelmäßig beim Einkaufen augenfällig und hier in umgekehrter Weise, z.B., wenn am Automat für Zigaretten neben dem gelben Lämpchen der Hinweis steht „Bitte Kassiererin fragen“ oder „Freigabe durch Kassiererin“ – und das noch 2019. Schöne Beispiel für gesellschaftliche Rollenbilder sind nicht selten Kinderbücher, doch auch in diesem Feld bewegt sich etwas.

Sprache nicht fließend sprechen könne, verfängt nicht. Das Sprechen des Unterstrichs, des Sternchens oder der wie auch immer gestalteten neutralen Sprache, beispielsweise als kurze, gerade so wahrnehmbare Pause ist lediglich eine Frage des Willens des Sprechers sowie der persönlichen wie gesellschaftlichen Übung.

Als sprachliche Normalität kann indes erst dann etwas wahrgenommen werden, wenn es Menschen im Alltag in einer gewissen Regelmäßigkeit in ihre Sprache einfließen lassen. Eine Normalität schafft man dabei nicht ad hoc. *Normalität braucht eine beständige und umfassende Praxis*. Dazu braucht es mitunter die Kraft und Ausdauer sich gegen Widerstände durchzusetzen.¹⁶ Sprache ist einem ständigen Wandel unterworfen. Würden wir heute unsere Landsleute hören, die vor circa 100 Jahren lebten, so wäre deren Sprache für uns ebenso ungewohnt, obwohl auch sie Hochdeutsch sprechen. Entsprechend ist der Verweis auf Sprachkonventionen nicht zulässig, sondern es sind diese vielmehr zu hinterfragen.

Erfurter Gesellschaft kein leuchtendes Vorbild

Es ist nicht so, dass wir als Erfurter Gesellschaft und als ZLVR als leuchtendes Vorbild der Staatsrechtswissenschaft vorausgehen – wir können nicht vom hohen Ross herab urteilen. Dazu sind wir einerseits zu unbedeutend und andererseits sind wir doch zu sehr durch Sozialisation und Gewohnheit geleitet. Wir publizieren unsere Artikel in der Regel nicht geschlechterneutral, indes treten wir auch nicht mit dieser wunderbar vehementen Ablehnung gegenüber der geschlechterneutralen Sprache auf; möchte ein_e Autor_in eine solche Schreibweise für seinen Beitrag anwenden, werden wir dieses Anliegen nicht versagen.

Und wir haben schon einen ersten dahingehenden Versuch gewagt: Der erste Band unserer neubegründeten Schriftenreihe verwendet eine weitgehend geschlech-

¹⁶ Siehe dazu bspw. *Ulrich Exner*, „Nicht zu sehr von der Alltagssprache der Menschen entfernen“, welt.de v. 27. Januar 2019 (<https://www.welt.de/politik/article187755028/Gender-Verwaltung-in-Hannover-kommuniziert-geschlechtergerecht.html>; zuletzt abgerufen am 27. Januar 2019).

terneutrale Sprache.¹⁷ Außerdem gestalten Mitglieder unserer Gesellschaft regelmäßig ihre Veranstaltungsprogramme in dieser.

Ferner würde auch die Einführung einer verpflichtenden Quote im Bereich der wissenschaftlichen Publikationen o.ä. für unsere kleine Zeitschrift gar das Aus bedeuten. Unsere Autor_innenschaft ist überwiegend männlich und damit vielleicht auch – wenngleich nur ein winziger – Spiegel der Personalsituation in der Staatsrechtslehre, respektive im Öffentlichen Recht.

Gleichberechtigung bleibt eine Aufgabe

Werfen wir einen Blick auf Institutionen des Staates, die durch Jurist_innen besetzt sind, wie beispielsweise das Bundesverfassungsgericht, dann können wir dort erkennen, dass zumindest rein zahlenmäßig hier bereits ein anderes Klima herrscht.¹⁸ Ob dies eine positive Ausstrahlungswirkung entfaltet, bleibt abzuwarten. Ein anderes Bild ergibt sich allerdings beim Blick auf die Exekutive, in die Ministerien des Bundes¹⁹ und teilweise auch der Länder und selbst unsere Legislative²⁰ hat hier noch deutlich aufzuholen – all diese sind noch immer sehr männlich besetzt. Derzeit (Anfang 2019) kommen allerdings positive Zeichen aus den Kommunen, so wenden

¹⁷ Lukas C. Gundling: Die Neutralitätspflicht an Hochschulen und der Protest gegen extreme Parteien, 2017.

¹⁸ Sieben der 16 Verfassungsrichter_innen sind derzeit Frauen (Quote ca. 44%; zur Besetzung siehe https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/richter_node.html; zuletzt abgerufen am 4. Januar 2019). Hier würde allerdings, aufgrund der geringmächtigen Grundgesamtheit, bereits eine weitere Frau eine Quote von 50% bewirken.

¹⁹ In der Leitungsebene der Bundesministerien stehen 172 Männer 57 Frauen gegenüber (Quote ca. 33 %; <https://faktenfinder.tagesschau.de/inland/frauen-ministerien-101.html>; zuletzt abgerufen am 4. Januar 2019).

²⁰ Im deutschen Bundestag stehen 490 Männern 219 Frauen gegenüber (Quote ca. 31%; siehe dazu https://www.bundestag.de/abgeordnete/biografien/mdb_zahlen_19/frauen_maenner/529508; zuletzt abgerufen am 4. Januar 2019). Die Quote lag zwar die letzten vier Legislaturen über diesem Wert, doch erreichte sie 2013 ihre Spitze mit ebenfalls nur 36,5% (siehe dazu Michael F. Feldkamp: Deutscher Bundestag 1994 bis 2014: Parlaments- und Wahlstatistik für die 13. bis 18. Wahlperiode, ZParl 2014, 6.).

sich auch Großstädte der gendergerechten Sprache zu und halten dabei erheblicher Kritik stand.²¹

Und trotz positiver Entwicklungen: Wir dürfen das Streben nach Gleichberechtigung nicht als linkes Gerede, als Spinnerei oder Schikane abtun. Die anlassgebende Tagung war eine männliche Veranstaltung, nicht nur gemessen an den Referent_innen und Teilnehmer_innen, sondern auch an den mit diesen einhergehenden Verhaltensweisen. Das drängt meines Erachtens die teilnehmenden Frauen in eine Rolle einer Ausnahme oder einer Besonderheit; sie wirken mithin eben nicht wie gleichwertige Mitglieder der Staatsrechtlergemeinschaft und ihr Geschlecht wird im Verhältnis zu ihrer fachlichen Qualifikation überbetont.

Das Ziel? Die Verwirklichung der Verfassung!

Lassen Sie mich abschließend herausheben: Es ist gerade nicht Ziel dieses Beitrags Quoten oder ähnlichen Maßnahmen das Wort zu reden, sondern vielmehr dazu aufzurufen umsichtiger zu sein. Die Gleichberechtigung der Geschlechter in Abhängigkeit von Befähigung ist keine Spinnerei oder unzumutbare Belastung, sondern wird explizit durch unsere Verfassung gefordert. So heißt es in Art. 3 Abs. 2 GG: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“ Und seit dem 15. November 1994 formuliert unser Grundgesetz in einem zweiten Satz eine konkrete Forderung: „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile

²¹ So bspw. Hannover (*Exner*, „Nicht zu sehr von der Alltagssprache der Menschen entfernen“, *welt.de* v. 27. Januar 2019 (URL s.o.)) und Augsburg (*cwu/dpa*: Auch Augsburg will auf geschlechtergerechte Sprache achten, Beitrag v. 24. Januar 2019 auf *welt.de* (<https://www.welt.de/politik/deutschland/article187640714/Gender-n-Augsburg-will-auf-geschlechtergerechte-Sprache-achten.html>; zuletzt abgerufen am 27. Januar 2019)). Bestrebungen in dieser Richtung sind auch in München und Nürnberg zu beobachten, Beitrag auf *infranken.de* v. 24. Januar 2019 (dazu *dpa*: <https://www.infranken.de/ueberregional/bayern/gendergerechte-sprache-haelt-einzug-in-bayerns-stadtverwaltungs-art179,4008937>; <https://www.infranken.de/ueberregional/bayern/gendergerechte-sprache-haelt-einzug-in-bayerns-stadtverwaltungs-art179,4008937>; abgerufen am 27. Januar 2019).

hin.“²² Mithin ist es daher an uns, dieser nicht noch Steine in den Weg zu legen, es nicht als nervige Nebensächlichkeit, die uns von der fachlichen Arbeit abhält, sondern es ist als vornehme Verwirklichung unserer gemeinsamen Verfassung aufzufassen.

Gleichberechtigung heißt dabei nicht nur eine Ungleichbehandlung durch das Recht zu beseitigen, sondern auch strukturelle Defizite, Nachteile aufzudecken – warum sind andere Geschlechter in gewissen Bereichen weiter unterrepräsentiert?

Wo kann der Staat diese Defizite ausmerzen? Und dabei sind alle Teile des Staates in der Pflicht, nicht nur die Legislative, sondern beispielsweise die Gruppen, die an dieser Tagung teilnahmen, also auch Ministerialbeamt_innen und Professor_innen.

Das Geschlecht sollte für die wissenschaftliche Arbeit ebenso wie die Vergabe sämtlicher Stellen, insbesondere auch bei der Besetzung unserer Verfassungsorgane, bedeutungslos sein. Jeder Mensch sollte entsprechend seiner Fähigkeiten eine Aufgabe in der Gesellschaft übernehmen können.

²² Der Zusatz wurde auf Empfehlung der Gemeinsamen Verfassungskommission (siehe BT.-Drs. 12/6000, S. 49 ff.) mit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 in das Grundgesetz aufgenommen (BGBl. I (1994), S. 3146).

Rechtsprechung

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen Beschluss vom 15. Januar 2019 – 6 A 179/17

Zum Begründungserfordernis bei der Bewertung von Laufbahnprüfungen / Prüfungsrecht / Überdenkungsverfahren

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin war Studierende an der Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung NRW - im Folgenden (FHöV NRW) - im Studiengang "Polizeivollzugsdienst" des Einstellungsjahrgangs 2013. Am 2. März 2015 schrieb sie die Wiederholungsklausur in dem Modul 1.1 (Delinquenz im öffentlichen Raum und sozialen Nahraum). Die Klausuraufgabe beinhaltete einen strafrechtlichen sowie einen eingriffsrechtlichen Teil, wobei nach der angegebenen Gewichtung der Aufgabe zum Strafrecht ein Anteil von 40 v.H. und derjenigen zum Eingriffsrecht ein Anteil von 60 v.H. an der Gesamtklausur zukam. Der eingriffsrechtliche Teil der Klausur der Klägerin wurde von PD P. als Erst- und von KOR U. als Zweitprüfer, der strafrechtliche Teil von Herrn Q. als Erstprüfer und Frau I. als Zweitprüferin bewertet. Für die Leistung der Klägerin vergaben die Prüfer im eingriffsrechtlichen Teil 26 Punkte und im strafrechtlichen Teil 20 Punkte. Die Wiederholungsklausur wurde insgesamt mit "nicht ausreichend" (5,0) bewertet. Durch Bescheid vom 1. April 2015 teilte die FHöV NRW der Klägerin das endgültige Nichtbestehen der Bachelorprüfung mit.

Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin am 8. April 2015 Widerspruch ein. Mit Schreiben vom 26. Mai 2015 trug sie zu dessen Begründung unter anderem vor, die Klausurbewertung sei nicht plausibel, weil weder aus den Randanmerkungen noch aus den Korrekturanmerkungen der Prüfer hervorgehe, wie diese zu den vergebenen Punktzahlen gekommen seien. Es dränge sich der Eindruck auf, dass ihre - der Klägerin - Leistungen nicht vollständig zur Kenntnis genommen worden seien. In

Ermangelung weiterer Randbemerkungen sei es auch nicht möglich, die Bewertung des eingriffsrechtlichen Teils näher zu überprüfen. Abgesehen davon hätten im Fach Eingriffsrecht bei der Dozentin Prof. Dr. L. Mängel in der Lehre vorgelegen, was ihr - der Klägerin - nicht zum Nachteil gereichen dürfe, zumal insoweit die Bedingungen für die Studierenden ungleich gewesen seien.

Aufgrund des Widerspruchs forderte die FHöV NRW sowohl die Prüfer als auch Prof. Dr. L. zu Stellungnahmen auf. PD P. nahm unter dem 6. Juni 2015, Herr Q. mit E-Mail vom 28. August 2015 und Frau I. mit E-Mail vom 15. September 2015 Stellung; sie blieben jeweils bei ihrer Bewertung. Eine Stellungnahme von KOR U. befindet sich nicht bei den Verwaltungsvorgängen. Prof. Dr. L. wies die ihr gegenüber erhobenen Vorwürfe zurück.

Die FHöV NRW wies den Widerspruch durch Bescheid vom 2. November 2015 zurück. Zur Begründung führte sie aus, für die Bewertung sei es nicht ausschlaggebend gewesen, ob die jeweils vergebene Punktzahl nachvollziehbar sei, da die Prüfungsleistung in Gänze eine Vielzahl von Fehlern aufweise, die eine bessere als die getroffene Bewertung nicht zulasse. Zudem ergebe sich die Bewertung der Prüfungsleistung aus den inhaltlichen Anmerkungen der Korrektoren sowohl in den Randbemerkungen als auch auf dem Deckblatt. Der Erstkorrektor zum strafrechtlichen Teil habe in seiner Stellungnahme darauf hingewiesen, dass seine Anmerkung zum schlechten Zeitmanagement nicht in die Bewertung eingeflossen sei, aber der Grund dafür sei, dass die Klägerin zu wenig zum strafrechtlichen Teil geschrieben und insbesondere die Ausführungen zu § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB und zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht im geforderten Gutachtenstil erbracht habe. Die Randbemerkungen zum eingriffsrechtlichen Teil legten nachvollziehbar dar, an welcher Stelle es zu Defiziten gekommen sei. Der von der Klägerin dargelegte Eindruck, dass Teile ihrer Klausur nicht korrigiert worden seien, treffe für den Beginn der Lösung insofern zu, als eine nicht vertretbare Maßnahme geprüft worden sei, die nicht zu berücksichtigen gewesen sei. Der Einwand der fehlenden Vermittlung von Lehrinhalten im Grundstudium greife nicht durch.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Senat entscheidet nach Anhörung der Beteiligten über die Berufung der Klägerin durch Beschluss nach § 130a VwGO, weil er sie einstimmig für begründet und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht für erforderlich hält.

Die Berufung der Klägerin hat Erfolg. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist nur noch der Antrag, das beklagte Land zu verpflichten, unter Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide die Wiederholungsklausur der Klägerin im Modul HS 1.1. (Delinquenz im öffentlichen Raum und sozialen Nahraum) vom 2. März 2015 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bewerten. Das Verwaltungsgericht hat die Klage insoweit zu Unrecht abgewiesen. Die Klägerin hat einen Anspruch darauf, dass ihre Prüfungsleistung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu bewertet wird, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO.

Die gerichtliche Überprüfung der Bewertung schriftlicher Leistungen in berufsbezogenen Prüfungen ist eingeschränkt. Derartige Leistungsbewertungen obliegen ausschließlich den dafür bestimmten Prüfern, die diese Aufgabe eigenständig und unabhängig wahrzunehmen haben. Nur die Prüfer, nicht die Prüfungsbehörden üben den prüfungsrechtlichen Bewertungsspielraum aus. Die Prüfertätigkeit lässt sich aufgrund ihrer Komplexität weitgehend nicht durch allgemeingültige Regeln erfassen. Vielmehr nimmt der jeweilige Prüfer die Bewertung anhand von Maßstäben vor, die er in Bezug auf die konkrete Prüfungsaufgabe autonom erstellt. Sie beruhen auf einem Bezugssystem, das vor allem durch seine persönlichen Erfahrungen, Einschätzungen und Vorstellungen gebildet wird. Diese Maßstäbe muss der Prüfer aus Gründen der Chancengleichheit auf die Bewertung aller Bearbeitungen derselben Prüfungsaufgabe anwenden. Auf ihrer Grundlage trifft er eine Vielzahl fachlicher und prüfungsspezifischer Wertungen; diese Wertungen setzt er nach der Bedeutung, die er ihnen aufgabenbezogen beimisst, in ein Verhältnis zueinander. Aufgrund der Gewichtung der einzelnen Vorzüge und Nachteile der Prüfungsleistung und deren Vergleich mit anderen Bearbeitungen vergibt der Prüfer die Note, d.h. er ordnet die

Prüfungsleistung in eine normativ vorgegebene Notenskala ein. Die Eigenart dieses Bewertungsvorgangs und die dabei zu beachtenden Anforderungen des Gebots der Chancengleichheit machen es notwendig, den Prüfern einen Bewertungsspielraum zuzuerkennen, dessen Wahrnehmung nur einer zurückgenommenen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegt. Der Bewertungsspielraum erstreckt sich jedoch nicht auf fachliche Wertungen des Prüfers, d.h. auf dessen Entscheidungen über die fachliche Richtigkeit konkreter Ausführungen des Prüfungsteilnehmers. Hierbei handelt es sich um Stellungnahmen zu Fachfragen, die einer fachwissenschaftlichen Erörterung zugänglich sind. Deren Bewertung hängt davon ab, ob die vom Prüfungsteilnehmer vertretene Auffassung nach dem Stand der Fachwissenschaft vertretbar ist. Die Verwaltungsgerichte haben nachzuprüfen, ob der Prüfer diesen Maßstab beachtet, d.h. eine fachlich richtige oder doch vertretbare Bemerkung nicht als falsch bewertet hat. Ein derartiger genereller Maßstab fehlt jedoch bei den Wertungen, die sich damit befassen, wie der Prüfungsteilnehmer die Anforderungen der konkreten Prüfungsaufgabe bewältigt hat. Sie beruhen auf dem autonomen Bezugssystem des jeweiligen Prüfers. Solche prüfungsspezifischen Wertungen sind die Bestimmung des Schwierigkeitsgrades der Aufgabe sowie die Bewertung der Überzeugungskraft der Argumente, des Aufbaus der Darstellung und der Folgerichtigkeit des Begründungsgangs. Prüfungsspezifisch sind auch die Gewichtungen der einzelnen fachlichen und prüfungsspezifischen Wertungen, d.h. die Bestimmung ihrer Bedeutung für die Notenvergabe. Hierfür muss sich der Prüfer darüber klar werden, welche durchschnittlichen Anforderungen er an eine Prüfungsleistung stellt. In Bezug auf prüfungsspezifische Wertungen sind die Verwaltungsgerichte darauf beschränkt nachzuprüfen, ob der Prüfer die Prüfungsleistung vollständig und richtig zur Kenntnis genommen hat, sachwidrige Erwägungen in die Bewertung hat einfließen lassen, seine autonomen Bewertungsmaßstäbe einheitlich angewandt und allgemeingültige Bewertungsgrundsätze beachtet hat. Schließlich müssen die prüfungsspezifischen Wertungen und Gewichtungen nachvollziehbar sein; sie dürfen insbesondere keine inhaltlichen Wider-

sprüche enthalten (BVerwG, Beschluss vom 5. März 2018 - 6 B 71.17 - u.a., NJW 2018, 2142 = juris Rn. 8 ff).

1. Ein zu einem Anspruch auf Neubewertung führende Bewertungsfehler ergibt sich danach nicht aus dem Vorbringen der Klägerin, der Erstprüfer des eingriffsrechtlichen Teils der Klausur, PD P., habe ihr und ihrer Schwester gegenüber erklärt, "dass noch (gemeint wohl: mehr) Punkte hätten vergeben können oder müssen". Die Behauptung, der Prüfer habe gesagt, es hätten mehr Punkte vergeben werden *müssen*, ist bereits nicht glaubhaft. Sie ist im Zulassungsverfahren erstmals aufgestellt worden, ohne dass sie aber in irgendeiner Weise erläutert worden wäre. Mit der Berufungsbegründung ist sie nicht mehr aufgegriffen worden. Es kann angesichts dessen nicht davon ausgegangen werden, dass die Aussage überhaupt gefallen ist.

Soweit die Klägerin mit dem Antrag auf Zulassung der Berufung - entgegen der Darstellung des Prüfers - die Behauptung aufrechterhalten hat, dieser habe erklärt, dass mehr Punkte hätten vergeben *können*, stellt dies weder eine Zusicherung dar noch ergibt sich daraus eine Befangenheit des Prüfers. Insoweit kann auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts verwiesen werden. Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt aus einer solchen Bemerkung - sollte sie tatsächlich gefallen sein - auch nicht zwingend, dass die vorgenommene Bewertung unrichtig oder nicht ordnungsgemäß wäre. Der prüfungsrechtliche Bewertungsspielraum bringt es mit sich, dass es bei einer Prüfungsleistung eine allein "richtige" Bewertung nicht gibt, sondern bei Anlegung eines milderer Maßstabs in aller Regel eine günstigere Punktevergabe möglich ist.

Vgl. näher etwa BVerwG, Beschluss vom 5. März 2018 - 6 B 71.17 -, a.a.O. Rn. 8 ff.

2. a) Allerdings beanstandet die Klägerin zu Recht die Bewertung des Prüfungsteils "Eingriffsrecht". Sowohl die Erst- als auch die Zweitbewertung verfehlen die insoweit zu stellenden Anforderungen an die Begründung der Bewertung von schriftlichen Prüfungsleistungen. Der

Senat hat hierzu bereits im Zulassungsbeschluss ausgeführt:

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gilt insoweit Folgendes: Der Prüfer hat bei schriftlichen Prüfungsarbeiten die tragenden Erwägungen darzulegen, die zur Bewertung der Prüfungsleistung geführt haben. Die Begründung muss so beschaffen sein, dass der Prüfling die die Bewertung tragenden Gründe der Prüfer in den Grundzügen nachvollziehen kann, d.h. die Kriterien erfährt, die für die Benotung maßgeblich waren, und verstehen kann, wie die Anwendung dieser Kriterien in wesentlichen Punkten zu dem Bewertungsergebnis geführt hat. Es muss zwar nicht in allen Einzelheiten, aber doch in den für das Ergebnis ausschlaggebenden Punkten erkennbar sein, welchen Sachverhalt sowie welche allgemeinen und besonderen Bewertungsmaßstäbe der Prüfer zugrunde gelegt hat und auf welcher wissenschaftlich-fachlichen Annahme des Prüfers die Benotung beruht. Dies schließt nicht aus, dass die Begründung nur kurz ausfällt, vorausgesetzt, die vorstehend dargestellten Kriterien für ein mögliches Nachvollziehen der grundlegenden Gedankengänge der Prüfer sind erfüllt.

Die Begründung muss zudem ihrer Zweckbestimmung gerecht werden, dem Prüfling die effektive Wahrnehmung des zum Schutz seiner Grundrechte durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutzes zu ermöglichen. Die Begründung muss daher so beschaffen sein, dass das Recht des Prüflings, im Rahmen eines verwaltungsinternen Überdenkensverfahrens Einwände gegen die Bewertung wirksam vorzubringen, ebenso gewährleistet ist wie sein Recht auf wirksame gerichtliche Kontrolle des Prüfungsverfahrens. Im Verwaltungsstreitverfahren muss die Einhaltung des Bewertungsspielraums überprüft werden können, der dem Prüfer im Bereich der prüfungsspezifischen Wertungen verbleibt; dies kann regelmäßig nur anhand der Begründung der Prüfungsbewertung festgestellt werden. Da das verwaltungsinterne Überdenkensverfahren anders als das Verwaltungsstreitverfahren - gerade auch zum Ausgleich der dort insoweit bestehenden Kontrollbeschränkungen - auch den Bereich der prüfungsspezifischen Wertungen

einschließt, dürfen auch diese - wenn sie auch an Grenzen der Objektivierbarkeit stoßen - von der Begründung der Prüfungsbewertung nicht gänzlich ausgespart werden. Überdies ist mit der Begründungspflicht auch eine Garantie- und Klarstellungsfunktion für den Prüfer verbunden, dessen Selbstkontrolle sie in besonderem Maße fördert; dies ist bei Bestimmung von Inhalt und Umfang der gebotenen Begründung im Einzelfall gleichfalls zu berücksichtigen.

Zum Ganzen BVerwG, Beschluss vom 8. März 2012 - 6 B 36.11 -, NJW 2012, 2054 = juris Rn. 8 f. m. w. N., sowie Urteil vom 9. Dezember 1992 - 6 C 3.92 -, BVerwGE 91, 262 = juris Rn. 24 ff., insb. 27 ff.

Diesen Maßgaben, die insbesondere bei der Bewertung als nicht ausreichend Bedeutung erlangen, wird die Bewertung des Prüfungsteils "Eingriffsrecht" nicht gerecht. Diese ermöglicht es weder dem Prüfling noch dem Gericht, die sie tragenden Gründe in den Grundzügen nachzuvollziehen und zu verstehen, wie die Anwendung dieser Kriterien in wesentlichen Punkten zu dem Bewertungsergebnis geführt hat.

Dies gilt zunächst für die Erstbewertung. Der Prüfungsteil "Eingriffsrecht" umfasst etwas über 28 der insgesamt 38 Seiten der Prüfungsarbeit. Für ihn hat der Erstprüfer PD P. 26 von insgesamt 60 möglichen Punkten vergeben. Er hat dabei davon abgesehen, diese präzise gefasste Bewertung in einem eigenständigen ausformulierten und die Leistung zusammenfassend würdigenden Votum zu begründen; vielmehr hat er sich hierfür ausschließlich auf Randbemerkungen beschränkt. Es handelt sich dabei um eine eingehende Anmerkung in mehreren Sätzen auf Seite 1 der Klausur und darüber hinaus um insgesamt 16 stichwortartige Bemerkungen, im Einzelnen: "Freiheit der Person + RTS" [?], "?" (Seite 2); "§ 163b I StPO" (Seite 13); "Gutachten", "§ 58 II PolG?" (Seite 19); "Frucht!" [?], "Festhalten/ Transport?", "FuV/ Ermessen/ ÜV?", "Freiheit" (Seite 20); "Gutachten?" (Seite 24); "Feststellung von Tatsachen!" (Seite 26); "A", "Begründung unzureichend!", "?" (Seite 28); "Gutachten?" (Seite 29). Hieraus ergibt sich zugleich, dass nicht weniger als 20 von 29 Seiten der Bearbeitung ohne jede

Prüferbemerkung geblieben sind. Dies betrifft nicht lediglich die auf die Aufgabe 1 entfallenden Darlegungen, bei denen die Klägerin nach Ansicht des Prüfers bereits einen verfehlten Ansatz gewählt hat, sondern auch fünf der rund neun Seiten, die auf Aufgabe 2 entfallen und die - jedenfalls ist das der Begründung nicht zu entnehmen - nicht an einem derartigen Mangel leiden.

Diese wenigen Bemerkungen ermöglichen es auch dann nicht, die Bewertung auch nur in ihren Grundzügen nachvollziehen, wenn - was gleichfalls fraglich ist - zugrunde gelegt wird, dass sie trotz ihres Stichwortcharakters aus sich heraus verständlich sind. Denn der überwiegende Teil der Bearbeitung bleibt gänzlich ohne bewertende Anmerkung, und die vorhandenen Randbemerkungen sind mit Ausnahme der ersten äußerst knapp gehalten. Der Erstprüfer hat auch das Überdenkensverfahren nicht zu der - sich aufdrängenden - Möglichkeit genutzt, seine reduzierten Bemerkungen zu erläutern und anzureichern. Er hat es in seiner Stellungnahme vom 6. Juni 2015 auf den Widerspruch der Klägerin vielmehr dabei bewenden lassen, sich auf den (unzutreffenden) Standpunkt zu stellen, seine Randbemerkungen seien "auch wegen der Strukturbezogenheit völlig ausreichend, um Defizite zu erkennen und Punkt-/Prozentverluste nachvollziehen zu können", und die Richtigkeit seiner Randbemerkungen zu bestätigen. Damit hat er den Begründungsmangel vertieft, statt ihn zu beheben. Die einzige - ansatzweise - inhaltliche Anreicherung seiner Bewertung liegt in dem Hinweis auf die "Strukturbezogenheit". Der Bedeutungsgehalt dieses Hinweises erschließt sich indessen nicht. Unklar ist sowohl, welche Struktur, auf die die Randbemerkungen bezogen sein sollen, gemeint ist, als auch, auf welche Bemerkungen das zutreffen soll. Der überwiegende Teil der Randbemerkungen - so etwa "Freiheit der Person", "§ 163b I StPO", § 58 II PolG?" - bezieht sich, soweit nachvollziehbar, lediglich auf Mängel in den konkret kommentierten Ausführungen der Klägerin und offenbart damit aus sich heraus keine strukturellen Defizite der Bearbeitung.

Die Zweitkorrektur ist, da sich der Zweitprüfer (nach Angabe des beklagten Landes KOR U.) darauf be-

schränkt hat, sich der Erstkorrektur "vollumfänglich" anzuschließen, aus den gleichen Gründen unzureichend wie die Erstkorrektur. Grundsätzlich ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn sich der Zweitprüfer der Beurteilung der Prüfungsleistung durch einen anderen Prüfer mit einer kurzen Bemerkung anschließt; einer weiteren, umfangreichen Erläuterung der Gründe der gleichen Bewertung "mit anderen Worten" bedarf es dann nicht. Dies gilt aber nicht, wenn - wie hier - bereits die Bewertung des Erstprüfers den Anforderungen nicht genügt. Es ist zudem nicht einmal erkennbar, dass der Zweitprüfer seine Bewertung überhaupt überdacht hat; eine entsprechende Stellungnahme findet sich im Verwaltungsvorgang nicht. Hierin liegt ein zusätzlicher, mit dem Antrag auf Zulassung der Berufung allerdings nicht gerügter Mangel des Prüfungsverfahrens.

Der weiteren, der Zulassungsbegründung (noch) zu entnehmenden Beanstandung, ein erheblicher Teil der Klausur sei gar nicht berücksichtigt worden, muss angesichts dessen nicht nachgegangen werden. Angemerkt sei allerdings, dass es zwar grundsätzlich innerhalb des Bewertungsspielraums des Prüfers liegt, wie Folgefehler bewertet werden. Es ist indessen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass der Prüfer seine Bewertung nicht schon dann abbrechen darf, wenn die Bearbeitung nach einer - seiner Meinung nach - falschen Weichenstellung in eine nicht vorgesehene Richtung verläuft. In solchen Fällen wird sich regelmäßig die Frage stellen, ob die weiteren Ausführungen des Prüflings zumindest folgerichtig sind oder sonst Anhalt dafür geben, dass gewisse Kenntnisse im geprüften Sachgebiet vorhanden sind (BVerwG, Beschluss vom 8. August 1994 - 6 B 87.93 -, NVwZ-RR 1995, 146 = juris Rn. 9; Niehues/Fischer/Jeremies, a. a. O. (gemeint: 6. Auflage 2014), Rn. 531, m. w. N.).

Namentlich bei Ausführungen zu einem verfehlten Ansatz, die wie hier einen erheblichen Teil der Gesamtleistung erfassen, liegt es nahe, dass diese Darlegungen zumindest darauf untersucht werden, ob ihnen ungeachtet des verfehlten Ansatzes noch Brauchbares zu entnehmen ist.

Folge des festzustellenden Fehlers ist die Aufhebung der Prüfungsentscheidung und die Verpflichtung zur Neubewertung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts. Ein Verfahrensfehler führt dann zur Aufhebung der Prüfungsentscheidung, wenn er wesentlich und sein Einfluss auf das Prüfungsergebnis nicht ausgeschlossen ist. Ist die Bewertung einer Aufsichtsarbeit wegen der fehlenden Begründung fehlerhaft, so ist regelmäßig davon auszugehen, dass sich dieser Mangel auch auf die Gesamtbewertung auswirkt.

BVerwG, Urteil vom 9. Dezember 1992 - 6 C 3.92 -, a. a. O. Rn. 33.

Abweichendes ist hier nicht anzunehmen. Der Mangel ist auch im gerichtlichen Verfahren nicht behoben worden."

An diesen Feststellungen, denen das beklagte Land im Berufungsverfahren auch nichts entgegengesetzt hat, ist festzuhalten. Soweit die Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit der Berufungsbegründung ein zusammenfassendes Votum als Begründung des eingriffsrechtlichen Teils der Klausur wörtlich wiedergegeben haben, haben sie mit Schriftsatz vom 9. Januar 2019 klargestellt, es handele sich um ein Fehlzitat; zitiert worden sei versehentlich die Begründung der ersten Klausur der Klägerin, nicht der streitgegenständlichen Wiederholungsklausur. Es ist daher weiterhin zugrunde zu legen, dass sich die Begründung der Bewertung des eingriffsrechtlichen Teils der Klausur in den oben wiedergegebenen unzureichenden Randbemerkungen erschöpft.

b) Die Begründung der Bewertung des strafrechtlichen Teils der Klausur hält hingegen der Rechtskontrolle Stand. Der Erstkorrektor hat hier mit der zusammenfassenden Begründung, die er auf dem Deckblatt für die Prüfungsarbeit niedergelegt hat, in Zusammenschau mit seinen vergleichsweise zahlreichen und teils in vollständigen Sätzen gehaltenen Randbemerkungen hinlänglich die Erwägungen verdeutlicht, die für seine Bewertung des strafrechtlichen Teils maßgeblich waren. Den Hinweis auf das schlechte Zeitmanagement hat er in seiner Stellungnahme per E-Mail vom 28. August 2015 dahin

erläutert, das Zeitmanagement an sich führe nicht zu Punktabzügen, sei aber der Grund dafür, dass die Klägerin zu wenig zum strafrechtlichen Teil der Klausur geschrieben und insbesondere die Ausführungen zu § 113 Abs. 2 Nr. 1 und zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht im geforderten Gutachtenstil ausformuliert habe. So verstanden als unzureichende Befassung mit den genannten Klausurproblemen unterliegt das Monitum keinen Rechtsbedenken. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass die Zweitprüferin sich der Erstkorrektur lediglich angeschlossen hat (Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Auflage 2018, Rn. 711 m. w. N.).

3. Die von der Klägerin geltend gemachten Ausbildungsmängel sind von vornherein ungeeignet, einen Anspruch auf Neubewertung einer Prüfungsleistung zu begründen.

Thüringer Oberverwaltungsgericht Beschluss vom 4. September 2018 – 3 EO 520/18

Gewerbeuntersagung / vorläufiger Rechtsschutz

Aus dem Sachverhalt:

Die Antragstellerin wendet sich im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die sofortige Vollziehbarkeit der vom Antragsgegner angeordneten Gewerbeuntersagung; ihr Antrag blieb erstinstanzlich erfolglos.

Die Antragstellerin ist Inhaberin des Restaurants „H_____“ in S_____, dessen Betrieb auf einer 1997 erteilten gaststättenrechtlichen Genehmigung beruht.

Im Zeitraum September 2014 bis Februar 2018 führte der Zweckverband Veterinär- und Lebensmittelüberwachungsamt Jena-Saale-Holzland (im Folgenden: ZVL) 14 Plan-, Nach- und Schwerpunktkontrollen im Betrieb der Antragstellerin durch. Die Kontrollen führten zur Feststellung zum Teil erheblicher Mängel im Bereich der Hygiene, des Umgangs mit Lebensmitteln, der Reinigung sowie der baulichen und technischen Anlagen. Mit Be-

scheid vom 9. Mai 2018, am gleichen Tag abgesandt, untersagte der Antragsgegner der Antragstellerin die selbständige Ausübung des Gewerbes „Schank- und Speisewirtschaft“ sowie die Ausübung aller anderen stehenden Gewerbe, in denen der Umgang mit Lebensmitteln erfolgt, sowie die Tätigkeit als mit der Leitung eines solchen Gewerbebetriebs beauftragte Person in den von der Untersagung erfassten Tätigkeitsbereichen.

Er ordnete die sofortige Vollziehbarkeit an und drohte im Fall der Zuwiderhandlung die Schließung des ausgeübten Gewerbebetriebes durch Anwendung unmittelbaren Zwangs an.

[...]

Die Antragstellerin sei gewerberechtlich unzuverlässig, da sie nach dem Gesamteindruck ihres Verhaltens nicht die Gewähr dafür biete, dass sie ihr Gewerbe künftig ordnungsgemäß ausüben werde. Dies belegten die bei den zahlreichen Kontrollen seit September 2014 festgestellten Lebensmittelhygienemissstände, vor allem verdorbene Speisen, verschmutzte Küchenräume und -geräte.

Dies sei zum Teil mit Strafanzeigen und der Festsetzung von Zwangsgeldern sanktioniert worden. Selbst nach Einleitung des Gewerbeuntersagungsverfahrens im September 2017 seien weitere Mängel festgestellt worden.

Aus den Gründen:

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung hinreichend nach § 80 Abs. 3 VwGO begründet.

Ordnet die Behörde, wie vorliegend geschehen, gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes im öffentlichen Interesse an, so hat sie dies gemäß § 80 Abs. 3 VwGO schriftlich zu begründen. Den insoweit zu stellenden Anforderungen (vgl. hierzu grundlegend Beschluss des Senats vom 4. Dezember 2013 - 3 EO 494/13 - LKV 2014, 91 m.w.N.) wird die hier in Rede stehende Begründung des besonderen Interesses am sofortigen Vollzug des Verwaltungsaktes gerecht. Denn es kommt in ihr - einzelfallbezogen und

nicht nur phrasenhaft - zum Ausdruck, dass der Antragsgegner weitere Gefährdungen der berechtigten Belange der Allgemeinheit durch das Verhalten der Antragstellerin als unzuverlässige Gewerbetreibende verhindern will und eine Verzögerung bis zum rechtskräftigem Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht hingenommen werden kann.

Die Angriffe der Beschwerde hiergegen zielen darauf ab, dass die Begründung zu kurz greife und die Vollziehungsanordnung inhaltlich nicht rechtfertige. Mit diesem Ansatz übersieht die Antragstellerin aber, dass das Gericht nicht die materielle Richtigkeit der Entscheidung der Behörde zu überprüfen hat, sondern im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO vielmehr eine eigene Abwägungsentscheidung zu treffen hat.

Die Fehlerhaftigkeit der vom Verwaltungsgericht getroffenen Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO, nämlich dass das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Gewerbeuntersagung das private Interesse der Antragstellerin, einstweilen hier - von verschont zu bleiben, überwiegt, wird von der Antragstellerin jedoch entgegen den gesetzlichen Anforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO nicht hinreichend dargelegt.

Die Antragstellerin legt insbesondere nicht hinreichend dar, dass die Gewerbeuntersagung anhand der vom Verwaltungsgericht angestellten Erwägungen rechtswidrig sein sollte. Das Verwaltungsgericht hat die rechtliche Feststellung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit der Antragstellerin nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO unter Berücksichtigung der tatsächlichen Feststellungen des angegriffenen Bescheides damit begründet, dass die dauerhaften, sich wiederholenden und erheblichen Mängel beim Betrieb des Restaurants nicht die Gewähr dafür bieten, dass die Antragstellerin als Betriebsleiterin ihr Gewerbe künftig ordnungsgemäß ausüben wird.

Der Antragsgegner hat hierzu im Einzelnen die 14 seit September 2014 durchgeführten Kontrollen aufgeführt und die dabei festgestellten Mängel benannt, wie sie auch in der Behördenakte durch entsprechende Protokollberichte, teilweise ergänzt durch Bilder, belegt

sind. Die Antragstellerin wendet sich dagegen lediglich mit der pauschalen Behauptung, dass sie die Beanstandungen teilweise angegriffen und, soweit die Beanstandungen berechtigt gewesen seien, diese zeitnah abgestellt habe.

Im Übrigen seien einige Beanstandungen so unklar, unvollständig und nicht zuzuordnen gewesen, dass sie wegen der fehlenden Bestimmbarkeit nicht sofort haben erledigt werden können. Diese Rügen sind jedoch selbst völlig unbestimmt und werden nicht in Bezug auf bestimmte Kontrolluntersuchungen und deren Ergebnisse erhoben. Es erschließt sich dem Senat nicht, auf welche konkreten Sachverhalte sich die Rügen beziehen. Sie sind daher grundsätzlich nicht geeignet, die Richtigkeit der tatsächlichen Grundlagen zur Gewerbeuntersagung in Frage zu stellen.

Auch der Vorwurf, dass zu keinem Zeitpunkt eine Gefahr für die Verbrauchergesundheit gegeben sei, verkennt, wie vom Antragsgegner zu Recht ausgeführt, dass die Gewerbeuntersagung nicht auf Verstößen beruht, die eine unmittelbare konkrete oder gar eingetretene gesundheitliche Gefährdung von Verbrauchern im Einzelfall voraussetzen.

Die Gewerbeuntersagung fußt vielmehr auf Feststellungen von Missständen wie gravierender Hygienemängel im Allgemeinen, in der Lagerung, Herstellung und Zubereitung von Lebensmitteln auf nicht hygienische Art und Weise, im wiederholten Einsatz von Mitarbeitern ohne Gesundheitsbescheinigung bei der Zubereitung von Lebensmitteln, in der fehlerhaften Kennzeichnung von Zusatzstoffen und Allergenen in der Speisekarte sowie in der immer von neuem erfolgten Irreführung bei der Nennung von Speisenamen.

Diese Mängel belegen Gefährdungen der Lebensmittelsicherheit und des Verbraucherschutzes und damit eine jedenfalls gegebene hinreichende abstrakte Gefährdung von Leib, Leben und Gesundheit Dritter.

Impressum

Herausgeber und Verantwortliche für die Ausgabe:

Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht GbR

**Postfach 80 07 06
99033 Erfurt**

Homepage: zlv.de

Email: redaktion@zlv.de

Verantwortliche Herausgeber: Hannes Berger, Lukas C. Gundling.

Die Zeitschrift erscheint quartalsweise im Selbstverlag und ist im Sinne einer freien Wissenschaft kostenlos und jederzeit online zugänglich.

Eine Printversion der Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht ist gegen Spende bestellbar.

Spende je Einzelheft: 10,--€

Spende je Jahrgang: 38,50€

Bestellungen sind unter www.zlv.de oder postalisch möglich.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck nur mit Erlaubnis der Herausgeber.

Autor_innen senden Manuskripte unter redaktion@zlv.de ein. Manuskripte müssen den Anforderungen der Autorenhinweise entsprechen.