

Archiv des öffentlichen Rechts

In Verbindung mit

Peter Badura · Rüdiger Breuer
Jochen Abr. Frowein · Peter Häberle
Gerhard Robbers

Herausgegeben von

Udo Di Fabio · Martin Eifert
Peter M. Huber

143. Band, Heft 1

März 2018



Mohr Siebeck

Archiv des öffentlichen Rechts

In Verbindung mit

Professor Dr. *Peter Badura*, München; Professor Dr. *Rüdiger Breuer*, Bonn;
Professor Dr. *Jochen Abr. Frowein*, Heidelberg; Professor Dr. *Peter Häberle*,
Bayreuth/St. Gallen; Professor Dr. *Gerhard Robbers*, Trier

Herausgegeben von

Professor Dr. *Udo Di Fabio*, 53113 Bonn, Adenauerallee 24–42
Professor Dr. *Martin Eifert*, 10099 Berlin, Unter den Linden 6
Professor Dr. *Peter M. Huber*, 80539 München, Prof.-Huber-Platz 2

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an einen der Herausgeber erbeten, Besprechungsanfragen, Besprechungsexemplare und geschäftliche Mitteilungen an den Verlag.

Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Publikation in gedruckter und elektronischer Form. Weitere Informationen dazu und zu den beim Autor verbleibenden Rechten finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/aoer.

Ohne Erlaubnis des Verlags ist eine Vervielfältigung oder Verbreitung der ganzen Zeitschrift oder von Teilen daraus in gedruckter oder elektronischer Form nicht gestattet. Bitte wenden Sie sich an rights@mohrsiebeck.com.

Erscheinungsweise: Bandweise, pro Jahr erscheint ein Band zu 4 Hefen mit je etwa 160 bis 170 Seiten.

Online-Volltext: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext enthalten. Der Zugang gilt für einen Standort einer mittelgroßen Institution mit bis zu 40.000 Nutzern (FTE). Als mehrere Standorte gelten Institutionen dann, wenn die Einrichtungen in unterschiedlichen Städten liegen. Multi-Sites und größere Institutionen bitten wir um Einholung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: brixner@mohrsiebeck.com. Um den Online-Zugang für Institutionen/Bibliotheken einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/institutional. Um den Online-Zugang für Privatpersonen einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/personal. Abbestellungen sind nur zum Jahresende für das folgende Jahr möglich. Die Abbestellung muss bis spätestens 30. November erfolgen.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen.

Vertrieb: erfolgt über den Buchhandel.

© 2018 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. – Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz und Druck von Laupp & Göbel in Gomaringen und Bindung von Buchbinderei Nädele in Nehren. Printed in Germany.

ISSN 0003-8911

Archiv des öffentlichen Rechts

143. Band (2018), Heft 1

Inhalt

Abhandlungen

- Prof. Dr. *Thomas Wischmeyer*, Bielefeld
Regulierung intelligenter Systeme 1
- Dr. *Jochen Rauber*, Heidelberg
Zukunftsorientierung und Prozeduralisierung im öffentlichen Recht.
Parallelen in der Entwicklung von innerstaatlicher
und völkerrechtlicher Ordnung 67

Bericht

- Fragmentierungen. Die 77. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen
Staatsrechtslehrer vom 4. bis 6. Oktober 2017 in Saarbrücken
(PD Dr. *Mathias Hong*, Frankfurt a. M.) 122

Literatur

Besprechung

- Volker Neumann: Carl Schmitt als Jurist
(Prof. Dr. *Christoph Gusy*, Bielefeld) 147

Anzeigen

- Josef Christ/Janbernd Oebbecke (Hrsg.): Handbuch
Kommunalabgabenrecht. Steuer – Gebühren – Beiträge
(Prof. Dr. *Lars Hummel*, Hamburg) 159
- Stefan Drackert: Die Risiken der Verarbeitung personenbezogener Daten.
Eine Untersuchung zu den Grundlagen des Datenschutzrechts
(Prof. Dr. *Spiros Simitis*, Frankfurt a. M.) 164
- Ann-Katrin Kaufhold: Systemaufsicht. Anforderungen
an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken
entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht
(Prof. Dr. *Christoph Ohler*, Jena) 167
- Angelika Siehr: Das Recht am öffentlichen Raum. Theorie
des öffentlichen Raumes und die räumliche Dimension von Freiheit
(Prof. Dr. *Thomas Vesting*, Frankfurt a. M.) 171
- Redaktionelle Notiz 174

Angelika Siehr: Das Recht am öffentlichen Raum. Theorie des öffentlichen Raumes und die räumliche Dimension von Freiheit, Jus Publicum, Tübingen 2016, Mohr Siebeck, XXXIV, 770 S., EUR 134,-.

Der Begriff des öffentlichen Raums lässt eine eher metaphorische und eine eher wörtliche Lesart zu: Einmal geht es um den öffentlichen Raum als Leitbild und Kategorie des politisch-sozialen Lebens. Dann stehen die normativen Strukturen der Öffentlichkeit als Bedingung der liberalen Demokratie im Vordergrund, also etwa allgemein die freiheitssichernde Funktion des öffentlichen Raumes oder spezieller die Konstitutionsverfassung des Grundgesetzes und der Zusammenhang zwischen Kommunikationsfreiheiten wie Art. 8 und 5 Grundgesetz, Öffentlichkeit und Demokratie. Man kann den öffentlichen Raum auf der anderen Seite aber auch stärker als raumzeitlich und körperlich verankert verstehen, als sozusagen im natürlich realen Raum existierend. Dann geht es um für Bürger allgemein zugängliche Orte wie Marktplätze, städtische Quartiere, Bahnhofshallen oder den öffentlichen Straßen(verkehrs-)raum. Obwohl es Angelika Siehr primär um den öffentlichen Raum im zuletzt genannten Sinn geht, und insbesondere um den urbanen öffentlichen Raum, werden beide Ebenen richtigerweise nicht strikt voneinander getrennt. Denn wie sollte man beispielsweise etwas über die universitätseigene Bonner Hofgartenwiese als öffentlichen Raum sagen können, ohne seine symbolische (zeichen- und sprachvermittelte) Dimension einzubeziehen, die die Hofgartenwiese erst zu einem Platz mit bestimmten sinnhaften Zuschreibungen und speziellen öffentlichen Funktionen macht. Diese Zusammenhänge und die verschiedenen sozialen, kulturellen und rechtlichen Dimensionen des urbanen öffentlichen Raums zu erfassen ist das Thema der hier anzuzeigenden Habilitationsschrift.

Den Anlass der Studie bilden die aktuellen Wandlungen des städtischen öffentlichen Raums. Kommerzialisierung und Privatisierung durch Shopping-Malls, Urban Entertainment Center, Automobilwelten, semi-privatisierte und semi-öffentliche Verkehrsflächen wie Bahnhöfe, Flughäfen und neuartige Wohnquartiere lauten hier die Stichworte. Diese Entwicklung schlägt sich in einer Veränderung der räumlichen Bedingungen des öffentlichen Raums nieder, insbesondere in einem schleichenden Verlust desjenigen öffentlichen Raums, der sich unmittelbar in staatlichem Eigentum befindet. Das bedeutet, dass die lange Zeit gültige Normalitätsunterstellung öffentlicher Raum = öffentliches Eigentum brüchig geworden ist. Siehr fragt vor diesem Hintergrund (und inspiriert durch Hannah Arendts menschenrechtliche Idee eines „Recht(s), Rechte zu haben“), ob es ein Recht *auf* und *am* öffentlichen Raum gebe. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob es angesichts der durch die Privatisierung des öffentlichen Raums ausgelösten neuartigen Freiheitsgefährdungen, die mehr als faktische Veränderungen von Freiheitsausübung seien, auch einen neuartigen Grundrechtsschutz geben müsse. Diese Frage wird von der Verfasserin sorgsam differenzierend aufbereitet, aber am Ende klar bejaht. Das Recht *am* öffentlichen Raum, auf den Siehr den Schwerpunkt legt, sei als Kombinationsgrundrecht in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 14 GG verankert. Das Recht *auf* den öffentlichen Raum wird demgegenüber als ein in Art. 3 GG verankerter Zugangs- und Teilhabeanspruch fixiert. Bei beiden Rechten geht

es Siehr allerdings nicht – jedenfalls nicht primär – um die Schaffung eines Individualgrundrechts; ein originärer (subjektiv-rechtlicher) Leistungsanspruch auf öffentlichen Raum wird sogar explizit abgelehnt. Vielmehr steht ersichtlich die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte – stehen leistungsrechtliche Gehalte, staatliche Schutzpflichten und eine Gewährleistungsverantwortung des Staates – bei ihrem Versuch im Vordergrund, die Multifunktionalität des öffentlichen Raums zu erhalten.

Die vorliegende Arbeit besteht in doppelter Hinsicht. Einerseits bietet die Schrift sehr grundsätzliche Überlegungen zum öffentlichen Raum als interdisziplinäres Phänomen, aus der die Verfasserin eine eigenständige rechtswissenschaftliche Theorie des öffentlichen Raums entwickelt. Dazu gehört etwa die Aufarbeitung historischer (geopolitischer) und kulturwissenschaftlicher Raumkonzepte. Dazu gehören ferner Auseinandersetzungen mit Raumkonzeptionen in der Rechtswissenschaft, wobei Siehr auch auf Carl Schmitts völkerrechtliche Großraumordnung und die Nähe dieses Konzepts zu Heideggers Verständnis des Daseins als Ausdruck seiner existenzialen Räumlichkeit eingeht. In diesen Abschnitt gehört schließlich auch eine Aufarbeitung der Konzeptionen des Öffentlichen, wie sie – auf unterschiedliche Weise – Hannah Arendt für die politische Theorie und Jürgen Habermas für die Philosophie vorgelegt haben. All diese Abschnitte zeigen, dass die Verfasserin sich in vielen Nachbardisziplinen der Rechtswissenschaft sehr gut auskennt und diese Konzepte für ihre Fragestellung fruchtbar machen kann. So wird beispielsweise Habermas' Öffentlichkeitstheorie im Sinne einer Theorie des öffentlichen Raum und der Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes gelesen. Siehr zeigt in diesen Parteien ihrer Arbeit nicht zuletzt, dass das Grundgesetz sehr wohl von einer bestimmten Vorstellung des öffentlichen Raums als Kommunikationsraum im Sinne einer Kommunikationsverfassung ausgeht, die die Verzahnung von politisch-gesellschaftlichem Raum und staatlicher Willensbildung namentlich in der demokratischen Gesetzgebung gewährleistet, auch wenn dem Grundgesetz keine bestimmte Demokratietheorie zugrunde liegt.

Dieser Gedanke führt bereits zur anderen Seite des Buches. Den sehr grundsätzlichen theoretischen Überlegungen wird eine detaillierte, so gut wie keine Einzelfrage offenlassende anwendungsbezogene Analyse zur Seite gestellt. Diese Analyse wird zunächst in eine materielle Konzeption des urbanen öffentlichen Raums eingekleidet. Dazu zählt die Verfasserin das normative Leitbild eines allen frei zugänglichen, nutzungsoffenen Ortes, wiederum doppelt codiert als Ort grundrechtlicher Freiheit und politischer Willensbildung. Auch hier spannt die Verfasserin erneut einen weiten Bogen, der von Hannah Arendt über die kultur- und leistungsstaatliche Dimension des öffentlichen Raums bis hin zum Verständnis des öffentlichen Raums als Allmende reicht. Bereits hier werden eine Menge von Detailfragen behandelt, wie beispielsweise die konstitutive Bedeutung der allgemeinen Zugänglichkeit für den öffentlichen Straßenraum, die Rolle von Marktplätzen, Sonderveranstaltungen, eine Analyse von Privatisierungsformen beim Straßenbau oder Überlegungen zum öffentlichen Raum als Allmende, die teilweise auch an institutionenökonomische Überlegungen anknüpfen (*tragedy of the commons*). Auf der Grundlage dieser großen Materialfülle werden anschließend das Recht *am* und *auf* den öffentlichen Raum grundrechtsdogmatisch verankert. Siehr

diskutiert hier unter anderem die Bedeutung von Art. 13 und 8 GG sowie Fragen des Eigentums der öffentlichen Hand an Grund und Boden. Ferner zeigt sie am Beispiel etwa der Hofgartenwiesen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die rechtspraktischen Konsequenzen ihres Lösungsansatzes auf. Dazu gehört schließlich auch eine breite Diskussion über die Konsequenzen für den semi-öffentlichen Raum, für den die Verfasserin eine gesteigerte Sozialbindung des Grundeigentums der privaten Betreiber herausarbeitet, die der Gesetzgeber zu konkretisieren habe.

Der britische Historiker Tim Blanning hat in seiner Studie über *Das Alte Europa 1660–1789* (2006) gezeigt, wie die allmähliche Entstehung der Öffentlichkeit in Ländern wie Frankreich, Großbritannien und Deutschland seit dem späten 17. Jahrhundert einen Kommunikationsraum schuf, in dem eine von Königtum und Hof unabhängige Kultur und ein (bürgerliches) Nationalbewusstsein entstehen konnten. Diese Kultur richtete sich beispielsweise in Frankreich schon lange vor der Revolution – etwa auf dem Feld der Musik – kritisch gegen den Absolutismus und seine Repräsentationskultur. Entscheidend für die Möglichkeit dieser Kritik an den bestehenden Verhältnissen war, dass der Austausch von Informationen im öffentlichen Raum aufgrund der Technologie des Buchdrucks, der steigenden Alphabetisierungs- und Bildungsraten, der Leserevolution und Buchmärkte eine Komplexität angenommen hatte, die selbst der französische König nicht mehr kontrollieren konnte. So zirkulierte beispielsweise während der Halsbandaffäre 1785 eine Flut von Schmähchriften, in denen unter vielem behauptet wurde, dass Marie Antoinette die Geliebte des Kardinal-Erzbischofs von Straßburg gewesen sei, sich bei ihm mit einer Geschlechtskrankheit angesteckt und danach den ganzen französischen Hof infiziert habe; eine Schmähung der absolutistischen Repräsentationskultur, die der König letztlich hinnehmen musste. Wenn man diese Perspektive in die Gegenwart überträgt, wird man einerseits vermuten können, dass die derzeitigen Wandlungen des urbanen öffentlichen Raum nicht losgelöst von den grundlegenden Veränderungen der Medien durch den Aufstieg des Internets behandelt werden können, also einer neuen technologischen Veränderung, die *wir* hinnehmen müssen. Die Studie von Angelika Siehr ist für diese erneute Transformation der Öffentlichkeit ein wichtiger Baustein, weil sie überzeugend und mit großem intellektuellen Engagement zeigt, wie zentral die Erhaltung eines urbanen öffentlichen Raums für die Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes auch dann noch bleibt.

Thomas Vesting