

## VERGANGENHEIT, GEGENWART UND ZUKUNFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS IN DEUTSCHLAND\*

Matthias Hartwig\*\*

### Verzeichnis

1. Das öffentliche Recht in Deutschland in der Vergangenheit
  - 1.1. Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Deutschland bis zum Ende des Kaiserreiches
    - 1.1.1. Das Verhältnis zwischen der Krone und dem Parlament
    - 1.1.2. Föderalismus
    - 1.1.3. Grundrechte
    - 1.1.4. Das Verwaltungsrecht
      - 1.1.4.1. Das subjektive öffentliche Recht als zentraler Begriff
      - 1.1.4.2. Verwaltungsgerichtsbarkeit
  - 1.2. Das öffentliche Recht in der Weimarer Zeit
    - 1.2.1. Die Staatsstruktur in der Weimarer Zeit
    - 1.2.2. Grundrechte in der Weimarer Zeit
  - 1.3. Das öffentliche Recht im Dritten Reich
2. Das öffentliche Rechte in Deutschland in der Gegenwart
  - 2.1. Die Grundrechte unter dem Grundgesetz
  - 2.2. Die Stärkung des demokratischen Charakters des Staates
  - 2.3. Stabilisierung der Organe
  - 2.4. Föderalismus
  - 2.5. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts

---

\* **Nota:** podeu consultar les versions en català i castellà d'aquest article a [www.rcdp.cat](http://www.rcdp.cat).

\*\* Matthias Hartwig, Dr. iur. Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völker, Im Neuenheimer Feld 535; D-69120 Heidelberg, [mhartwig@mpil.de](mailto:mhartwig@mpil.de). Beitrag eingegangen an 2.08.2010. Anonime Beurteilung: 5.08.2010. Abgabefrist für die Endgültige Fassung: 17.09.2010.

## 2.6. Das Verwaltungsrecht

2.6.1. Entwicklung des subjektiven öffentlichen Rechts

2.6.2. Die Ausweitung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle

2.6.3. Neue Formen des Verwaltungsrechts

2.6.4. Beamtenschaft

2.6.5. Privatisierungstendenzen und das öffentliche Recht

2.7. Das öffentliche Recht und das Europarecht

## 3. Künftige Aufgaben des öffentlichen Rechts

## Bibliographie

## 1. Das öffentliche Recht in Deutschland in der Vergangenheit

### 1.1. Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Deutschland bis zum Ende des Kaiserreiches

Wenn man unter öffentlichem Recht die Regelungen des Verhältnisses des Staats zu seinen Bürgern sowie die Normen betreffend den Staatsaufbau versteht, so kann man – einen weiten Staatsbegriff vorausgesetzt, von einem öffentlichen Recht in Deutschland bereits im Mittelalter sprechen. So wurde eine Wahlordnung für die Wahl der deutschen Könige erlassen, die in der Goldenen Bulle des Jahres 1356 ihre prägende Fassung fand. Seit dem 13. Jahrhundert bildeten sich föderale Strukturen im Reichsaufbau heraus, wie sich besonders 1231 im von Kaiser Friedrich II. erlassenen Statutum in favorem principum zeigt, in welchem er den Reichsfürsten gewisse Selbstverwaltungsrechte zugestand. Die verschiedenen deutschen Städteordnungen – etwa das Magdeburger Recht oder das Lübecker Recht – prägten nicht nur die Kommunalverfassungen deutscher Städte, sondern wurden weit darüber hinaus bis nach Polen und Russland getragen.<sup>1</sup> Diese Entwicklungen des öffentlichen Rechts blieben in ihren Auswirkungen nicht nur auf das Mittelalter beschränkt, sondern lassen sich, wenn auch mit Brüchen, bis in die Gegenwart verfolgen, so dass durchaus von einer Kontinuität gesprochen werden kann, man denke nur etwa an den ausgeprägten Föderalismus oder das Recht der kommunalen Selbstverwaltung.

Trotzdem wird von einem öffentlichen Recht im modernen Sinn in Deutschland erst seit dem 19. Jahrhundert gesprochen. Erst seit dieser Zeit wurden in den meisten Ländern und schließlich auch im wiedergegründeten Reich 1871 Verfassungen eingeführt; gleichzeitig entstand ein modernes Verwaltungsrecht. Diese Entwicklungen traten nicht in einem isolierten deutschen Rechtsraum ein, sondern geschahen unter dem starken Einfluss Frankreichs. Sowohl der Ruf nach der geschriebenen Verfassung unter Einschluss der Menschenrechte wie auch die Erarbeitung des deutschen Verwaltungsrechts wären ohne die entsprechenden Entwicklungen in Frankreich nicht denkbar gewesen. Es ist nur bezeichnend, dass das einflussreichste Lehrbuch zum Verwaltungsrecht,

---

1. Das Lübecker Recht wurde in fast allen Hansestädten an der Ostseeküste bis hin nach Riga und Reval (heute Tallinn) eingeführt; das Magdeburger Recht galt in vielen polnischen Städten, aber auch in Kiev, woran heute noch das Tor des Magdeburger Rechts erinnert.

nämlich jenes von Otto Mayer, 1885 in Strassburg verfasst worden ist, in einer Stadt, die noch bis 1871 zu Frankreich gehört hatte.<sup>2</sup>

Welches waren die großen Fragen des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert bis hin zum Ende des Kaiserreiches, das mit der Niederlage im Ersten Weltkrieg unterging?

Auf verfassungsrechtlicher Ebene stellte sich im Bereich des Staatsorganisationsrechts in erster Linie die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Krone und der Volksvertretung, sodann die nach dem föderalen Charakter des Reichsaufbaus. Daneben bewahrte sich die Diskussion über die Menschen- und Bürgerrechte über die Jahre eine erhebliche Virulenz. Gegenstand der Diskussionen im Verwaltungsrecht waren die Funktionen des Staates, zum anderen nach den Formen des Verwaltungshandelns und schließlich nach dem gerichtlichen Rechtsschutz.

### 1.1.1. Das Verhältnis zwischen der Krone und dem Parlament

Das Ringen um die Zuständigkeit bei der Rechtsetzung prägte das gesamte 19. Jahrhundert. Während noch im 18. Jahrhundert die Normen als Verordnungen des Kaisers, Königs oder Fürsten ergingen, beanspruchte mit der Einführung des Begriffes der Volkssouveränität das Parlament wesentliche gesetzgebende Gewalt. Dabei setzten sich die Parlamente in den deutschen Ländern – ein Parlament auf Reichsebene wurde erst mit der Gründung des deutschen Reichs eingeführt – durchaus nicht auf der Grundlage eines allgemeinen und gleichen Wahlrechts zusammen. Die Frauen blieben von der Wahl ausgeschlossen, das Wahlrecht der Wähler bestimmte sich nach den Vermögensverhältnissen, wie sich insbesondere an dem berühmten Dreiklassenwahlrecht Preußens zeigte.<sup>3</sup> Zudem wurde in der Regel eine Kammer für den Adel eingerichtet.

---

2. Otto Mayer, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Leipzig, 1885

3. In dem preußischen Dreiklassenwahlrecht wurden die Stimmen in den Wahlbezirken nach den Steuerzahlungen verteilt, so dass die reichsten Personen, welche in dem entsprechenden Bezirk das erste Drittel des Steueraufkommens leisteten, in einer Klasse zusammengefasst wurden, sodann die bezogen auf den Reichtum folgenden Personen, welche das zweite Drittel der Steuern zahlten, wiederum in einer Klasse, und in der letzten Klasse der Rest der steuerzahlenden Bevölkerung. Die drei Klassen genossen innerhalb eines Wahlbezirks ein gleiches Stimmgewicht., Thomas Kühne, Dreiklassenwahlrecht und Wahlkultur in Preußen, Düsseldorf 1994

Die Spannungen um die Zuständigkeiten in der Rechtsetzung und im Haushaltsrecht wurden im Rahmen des preußischen Verfassungskonfliktes nach 1862 offensichtlich. Die Regierung vertrat die Auffassung, dass die Verlängerung der Dienstzeit im Heer und die Vergrößerung der Streitkräfte allein in ihre Kompetenz fiel. Das Parlament beanspruchte demgegenüber die Zuständigkeit für das Haushaltsrecht – und damit für die Entscheidung über die Bewilligung der zusätzlichen Gelder für die mit der Dienstzeitverlängerung und der Ausbau der Streitkräfte verbundenen Kosten. Bismarck, der seinerzeit gewissermaßen als Retter der preußischen Krone in das Ministerpräsidentenamt berufen wurde, vertrat die sogenannte Lückentheorie, derzufolge in einem solchen Konfliktfall die Regierung handeln dürfe und nicht den Bindungen des Haushaltsrechts unterliege. Die militärischen Erfolge der preußischen Armee in den Kriegen gegen Dänemark 1864 und gegen Österreich 1866 veranlassten den preußischen Landtag 1866 einer Indemnitätsvorlage zuzustimmen, in welcher die Haushalte der vergangenen Jahre nachträglich legalisiert wurden. War damit auch faktisch der Konflikt beendet, hielt doch die Mehrheit der Verfassungsrechtler das Vorgehen Bismarcks für einen Verfassungsbruch.<sup>4</sup> Das deutsche Verfassungsrecht hatte sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bereits zu weit in Richtung eines parlamentarisch geprägten Konstitutionalismus entwickelt, als dass der Krone im Konfliktfall ein bedingungsloser Vorrang eingeräumt werden konnte.

Der Parlamentarismus erlebte eine starke Fortsetzung durch die Einrichtung des Reichstags in der Verfassung des Jahres 1871. Der Reichstag wurde auf der Grundlage eines gleichen, freien und geheimen Wahlrechts gewählt und beruhte damit auf einer so breiten demokratischen Legitimation wie kaum eine zweite Gesetzgebungskörperschaft in jener Zeit in Europa. Allerdings blieb die Reichsregierung allein dem Kaiser verantwortlich, sie wurde weder vom Reichstag bestätigt, noch konnte sie vom Reichstag abgewählt werden.

### 1.1.2. Föderalismus

Nach der Auflösung des alten Reichs im Jahre 1805 bestand in Deutschland eine große Anzahl eigenständiger Staaten, die sich zwar im Deutschen Bund zusam-

---

4. Vgl. dazu Ernst Forsthoff, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4. Aufl., Stuttgart 1972, S. 137 ff.

menschlossen, damit aber nichts von ihrer Souveränität verloren. Dies änderte sich erst mit der Gründung des Norddeutschen Bundes 1866 und dann des Deutschen Reiches 1871 unter Einschluss auch der süddeutschen Staaten wie Hessen, Bayern, Baden und Württemberg. Der Reichsgründung lagen Verträge zwischen souveränen Staaten zugrunde. Dies bedeutete allerdings nicht, dass die Reichsverfassung aus dem Jahr 1871 einen Vertragsföderalismus begründete, welcher den Mitgliedern etwa jederzeit einen Austritt aus dem Reich durch die Kündigung des Vertrags erlaubt hätte. Vielmehr gingen die souveränen Staaten im Reich auf. Allerdings wurde ihnen im Verfassungsgefüge eine besondere Stellung eingeräumt. Der Reichsrat, eine Art zweiter Kammer, verfügte über umfangreiche Kompetenzen bei der Gesetzgebung, bei der Gesetzesimplementierung, aber auch bei der Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten oder innerhalb eines Landes. Im Gegensatz zur zweiten Gesetzgebungskammer in anderen Bundesstaaten setzte er sich nicht aus Vertretern der Gesetzgebungskörperschaften der Länder zusammen, sondern aus Vertretern der jeweiligen Landesregierungen. Damit wurde einerseits der Genesis des Deutschen Reichs Rechnung getragen, das aus souveränen Staaten hervorgegangen war, deren Vertreter nach außen eben nicht die jeweiligen Parlamente, sondern die Regierungen waren. Zum anderen sollte über den Reichsrat und die in der Regel keinem Parlament, sondern den Landesfürsten verantwortlichen Mitglieder des Reichsrats eine besondere monarchistisch-föderale Legitimität des staatlichen Handelns begründet werden. Neben die durch den Reichstag vermittelte moderne demokratische Legitimität, trat jene traditionelle der mittelbar im Reichsrat vertretenen „von Gottes Gnaden“ regierenden Fürstentümer. Diese erwies sich als so eigenständig, dass immer wieder Spekulationen darüber angestellt wurden, ob nicht über den Reichsrat die demokratische Legitimation durch den Reichstag ausgeschaltet werden könne, was eine Restaurierung vormaliger Zustände bedeutet hätte.<sup>5</sup>

### 1.1.3. Grundrechte

Die Grundrechte spielten seit der französischen Revolution in der Diskussion um das öffentliche Recht in Deutschland eine wesentliche Rolle. Sie wurden

---

5. Egmont Zechlin, Staatsstreichpläne Bismarcks und Wilhelms II., 1929; Carl Schmitt, Staatsstreichpläne Bismarcks und Verfassungslehre, nachgedruckt in: Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 29

zwar nicht mehr in eine Reichsverfassung aufgenommen, denn das alte Reich war 1805 durch Napoleon aufgelöst worden, doch fanden die Grundrechte Eingang in zahlreiche Landesverfassungen, wie etwa in Baden, Württemberg, Bayern oder Preußen. Das galt nicht nur für die Verfassungen, welche mit dem Willen des Volkes ergangen waren, sondern auch für die sogenannten oktroyierten Verfassungen, die aus dem Willen des jeweiligen Landesherren in einem einseitigen Akt dem Volk gegeben worden waren wie etwa jene Verfassung von Preußen aus dem Jahr 1851. Der Diskurs, der durch die französische Revolution angestoßen worden war, konnte auch durch die restaurativen Tendenzen nach dem Wiener Kongress nicht mehr abgebrochen werden. So wurde auch in der Versammlung in der Paulskirche in Frankfurt 1848, welche eine Verfassung für ein wieder zu erschaffendes Reich erarbeitete – die allerdings nie in Kraft getreten ist – dem Menschenrechtskatalog eine große Aufmerksamkeit gewidmet.

Die Grundrechtskataloge umfassten die klassischen bürgerlichen Grundrechte wie die Meinungs- und Pressefreiheit, die Religionsfreiheit, aber auch das Auswanderungsrecht. Zentrale Bedeutung gewann das Gleichheitsrecht, das seinerzeit – anders als heute nicht in erster Linie einer Willkürkontrolle des Gesetzgebers diente, sondern auf die Abschaffung der Standesprivilegien zielte, sei es durch die unmittelbare Anwendbarkeit sei es über einen Auftrag an den Gesetzgeber.

Das große Manko der Grundrechte blieb ihre mangelnde praktische Relevanz. Sie wurden als Grundsätze verstanden, die das Verhältnis zwischen den Bürgern und dem Staat regelte, wie in einer Proklamation, ohne dass sie im täglichen Leben Anwendung fanden.<sup>6</sup> Die Grundrechte waren in diesem Sinne mehr Ausdruck eines Staatsverständnisses als Garantien konkreter Rechte. So wurde es auch als unnötig angesehen, die Grundrechte in die Reichsverfassung aus dem Jahr 1871 einzufügen, mit welcher das Deutsche Reich neu begründet wurde. Der Sicherung der Grundrechte war nach Auffassung der Verfassungsväter damals durch ihre Einfügung in die Landesverfassungen Genüge getan. Im übrigen wurde die einfachrechtliche Absicherung dieser Rechte, etwa durch die Gewerbefreiheit in der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes aus dem Jahr 1868 oder die Pressefreiheit, die etwa im Pressegesetz von Württemberg aus

---

6. In Frankreich hat sich dieses Verständnis sogar bis 1971 gehalten, Erst mit seiner berühmten Entscheidung Nr. 71-44 DC vom 16. Juli 1971 erklärte der Conseil constitutionnel, dass auch die in der Declaration des droits de l'homme et du citoyen in seiner Rechtsprechung Anwendung finden.

dem Jahr 1817 gesichert war, als wesentlich wirksamer angesehen.<sup>7</sup> Denn hierbei handelte es sich um Normen, welche einer Anwendung durch die Gerichte unterlagen. Abgesehen davon hätte eine Sanktionierung der Grundrechte in der Reichsverfassung keine höhere Garantien gegeben, denn die Verfassung genoss kaum einen höheren Bestandsschutz als das einfache Recht<sup>8</sup>, und der Gedanke, dass der parlamentarische Gesetzgeber an die verfassungsmäßig garantierten Grundrechte gebunden war, war der damaligen Zeit fremd.

Die Konfliktlinien, welche die damalige Zeit prägten, verliefen zwischen der Krone und der ihr allein verantwortlichen Regierung auf der einen Seite und dem parlamentarischen Gesetzgeber auf der anderen. Das Parlament, insbesondere, soweit es aus allgemeinen und gleichen Wahlen hervorging wie der deutsche Reichstag seit 1871 wurde vornehmlich als Vertretung des Volkes, und hier insbesondere der Bürger verstanden. Die Grundrechte dienten eben dem Schutz dieser Bürger gegen den Staat, und zwar genauer gesagt gegen die Krone.<sup>9</sup> Das Parlament als Vertreter der Bürger wird aber in die den Bürgern garantierten Grundrechte nur eingreifen, wenn dies im Interesse des Volkes liegt. Daher standen Eingriffe in Freiheit und Eigentum, unter denen sich die Grundrechte zusammenfassen ließen, unter dem Vorbehalt des Gesetzes: Eine Beschränkung von Freiheit oder Eigentum war nur durch oder aufgrund eines Gesetzes zulässig. Aus der Vermutung, dass das Parlament nur im Interesse der Bürger handelt wurde abgeleitet, dass der Gesetzgeber nicht durch grundrechtliche Schranken in seinem Handeln eingeschränkt werden brauchte. Die Grundrechtssicherung erfolgte durch das einfache Gesetz.

#### 1.1.4. Das Verwaltungsrecht

##### 1.1.4.1. *Das subjektive öffentliche Recht als zentraler Begriff*

Weitgehend unbeeinflusst von der Grundrechtsdiskussion entwickelte sich in Deutschland das Verwaltungsrecht. Dass die Rechtsmaterie des Verwaltungsrechts eigenen, von dem Zivilrecht geschiedenen Grundsätzen und Regeln un-

---

7. Gerhard Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 101

8. Die Verfassungsänderung erfolgte im wesentlichen dem Verfahren, nach dem einfache Gesetze erlassen wurden, Art. 78 der Reichsverfassung von 1871

9. Dies zeigt sich etwa an Zensurverboten, oder die Einschaltung eines Richters bei Verhaftungen

terlag, hatte sich bereits in der Diskussion zum Verwaltungsrecht wie auch in der Schaffung von Gesetzen gezeigt, welche das Verhältnis von Bürgern zum Staat regelten. Hier können sowohl die Enteignungsgesetze genannt werden, auf deren Grundlage die großen Infrastrukturmaßnahmen des 19. Jahrhunderts durchgeführt worden sind, wie der Straßen-, der Eisenbahn- und der Kanalbau, wie auch die Einführung eines so grundlegenden Gesetzes wie der Gewerbeordnung, welches nicht nur die Gewerbefreiheit einführte, sondern zugleich auch die Kompetenzen des Staates bei der Aufsicht über die Zulassung und die Aufsicht entsprechender Gewerbe regelte. Immer ging es dabei um die einseitige Auferlegung staatlicher Maßnahmen aufgrund von hoheitlicher Gewalt, was sich grundlegend unterschied von den zivilrechtlichen Regelungen, die zumeist die Rechtsverhältnisse gleichgestellter Personen betraf.

Ein zentraler Punkt, in dem sich die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts grundlegend von der geistigen Quelle, nämlich dem französischen Verwaltungsrecht unterschied, war die Entwicklung des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts, das in ganz grundlegender Weise von dem Konzept des *intérêt légitime* abwich, dem das französische und die meisten von ihm beeinflussten romanischen Rechtsordnungen folgten. Die Einführung dieses Konzepts kann durchaus als Anlehnung an das Zivilrecht mit den dort garantierten Ansprüchen verstanden werden. Es bedeutete aber vor allem die Konstituierung einer eigenständigen Stellung des Bürgers gegenüber dem Staat. Er war nicht mehr nur der Untertan, das Objekt staatlichen Handelns, sondern vielmehr das Subjekt, dem eigene Rechte auch gegenüber dem Staat zukamen. Die Rechte waren allerdings nicht naturgegeben, sondern wurden erst durch eine entsprechende Gesetzgebung kreiert, sie waren also Ausfluss eines parlamentarischen Willens. Wo und unter welchen Bedingungen ein subjektives Recht geschaffen worden war, bildete nicht nur den Gegenstand tiefsinniger Dogmatik, sondern auch eines stets lebhaften Streits in der Rechtsprechung. Doch setzte sich die Auffassung durch, dass ein subjektives Recht immer dann vorliegt, wenn eine Norm die Interessen einer Person schützen soll und dieser Person zur Durchsetzung eine Rechts- oder Willensmacht einräumt.<sup>10</sup> Damit war nicht nur der Subjektcharakter des Bürgers als Rechtsinhabers gegenüber dem Staat festgeschrieben, sondern darüber hinaus auch eine Anknüpfung für die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen geschaffen.

---

10. Vgl. dazu Otmar Bühler, *Die subjektive öffentliche Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin u.a., 1914, S. 25

#### 1.1.4.2. *Verwaltungsgerichtsbarkeit*

Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts wurde in Deutschland intensiv über die Notwendigkeit der Einführung einer eigenen Verwaltungsgerichtsbarkeit diskutiert. Das öffentliche Recht hatte mit den zunehmenden Regelungen des Staates auf allen Gebieten einen erheblichen Bedeutungszuwachs erfahren; damit einher ging ein steigendes Bewusstsein für die die Eigenarten des öffentlichen Rechts gerade auch gegenüber dem Zivilrecht. Dies warf die Frage auf, ob nicht eine auf verwaltungsrechtliche Fragen spezialisierte Gerichtsbarkeit eingeführt werden müsse. Die Entscheidung ging schließlich zugunsten der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus, allerdings wurden Verwaltungsgerichte zunächst nur auf der Ebene der Länder eingeführt, etwa 1863 in Baden. Ein Reichsverwaltungsgericht wurde erst 1941 geschaffen.<sup>11</sup> Das Misstrauen gegenüber den Verwaltungsgerichten rührte auch von daher, dass immer eine zu enge Verknüpfung zwischen der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit befürchtet wurde. Das Beispiel des französischen Conseil d'Etat gab durchaus Anlass zu entsprechenden Befürchtungen, und tatsächlich lief noch über einen langen Zeitraum die Karriere eines Verwaltungsrichters über die Verwaltung, so dass eine gewisse personelle Nähe zwischen dem kontrollierten und der kontrollierenden Gewalt sich nicht leugnen ließ. Das Verfassungsrecht reagierte darauf, indem es bis zum heutigen Tag über die Höhe einer Entschädigung im Enteignungsfall die ordentlichen Gerichte entscheiden lässt.<sup>12</sup>

Die Verwaltungsgerichte trugen wesentlich zur Entwicklung des öffentlichen Rechts, insbesondere zur Herausbildung von verwaltungsrechtlichen Prozeßgrundsätzen bei. Dies war bedeutsam, weil das materielle Verwaltungsrecht erst lückenhaft kodifiziert war und ein eigenes Verwaltungsprozessrecht noch nicht bestand. Die Kompetenz der Verwaltungsgerichte war zunächst an die Klageform geknüpft, bot also nicht einen umfassenden Schutz gegen staatliches Handeln. Vielmehr konnte ein Kläger nur im Wege der Anfechtungsklage einen rechtswidrigen Verwaltungsakt angreifen bzw. im Wege der Verpflichtungsklage auf den Erlass eines Verwaltungsaktes klagen. Eine umfassende Rechtsschutzgarantie bestand nicht.

---

11. Führerbefehl vom 3. April 1941

12. Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG

## 1.2. Das öffentliche Recht in der Weimarer Zeit

### 1.2.1. Die Staatsstruktur in der Weimarer Zeit

Das Ende des Ersten Weltkriegs bedeutete eine große Zäsur im deutschen öffentlichen Recht. Der Kaiser dankte ab, 1919 wurde die erste demokratische Verfassung auf Ebene des Reichs geschaffen. Sie war allerdings in mancher Hinsicht noch sehr den Strukturen des Kaiserreiches verhaftet. Dies galt insbesondere für die starke Stellung der Exekutive, der direkt gewählte Präsident hatte ein umfangreiches Notverordnungsrecht, was sich am Ende der Weimarer Zeit und bei der Installierung der nationalsozialistischen Herrschaft, die unter der Weimarer Verfassung stattfand, als verhängnisvoll erwies. Abgesehen vom Präsidenten erwiesen sich die von der Weimarer Verfassung vorgesehenen Organe als sehr schwach. Die Regierungen wechselten in schneller Folge, weil die Koalitionen zerbrachen, auf denen sie beruhten oder weil sie von den radikalen Mehrheiten abgewählt wurden. Auch der jeweilige Reichstag erreichte fast nie das Ende der vollen Legislaturperiode.

Der Föderalismus spielte nur noch eine untergeordnete Rolle, die Dogmatik sprach wegen der Schwäche der Länder von einem unitarischen Bundesstaat.<sup>13</sup> Es ist nur bezeichnend, dass das Reich im Laufe der kurzen Weimarer Periode viermal die Reichsexekution gegen Länder ausführte, zuletzt wurde das Land Preußen im Jahr 1932 unter die Zwangsverwaltung durch das Reich gestellt.<sup>14</sup>

### 1.2.2. Grundrechte in der Weimarer Zeit

Mit der Weimarer Verfassung aus dem Jahr 1919 änderte sich die Stellung der Grundrechte innerhalb des öffentlichen Rechtes erheblich. Sie fanden nun Aufnahme in die Reichsverfassung, und zwar im zweiten Teil, d.h. nach dem Teil über die Staatsorganisation. Allerdings zeichneten sie sich durch Besonderheiten aus, die ihre Rolle in erheblichem Umfang von jener der Grundrechte im Grundgesetz unterscheidet. Der Grundrechtskatalog beschränkte sich nicht mehr bloß auf die klassischen politischen und bürgerlichen Rechte, sondern

13. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, München 1999, S. 118

14. Vgl. Preußen contra das Reich vor dem Staatsgerichtshof. Mit einem Vorwort von Ministerialdirektor Dr. Brecht, Berlin 1933

umfasste auch soziale Grundrechte wie das Recht auf Arbeit oder das Recht auf Wohnraum. Die Formulierungen, gerade auch diejenigen der sozialen Grundrechte ließen die Grundrechte vielfach als Aufträge an den Gesetzgeber erscheinen. Sie waren gegenüber dem einzelnen nicht unmittelbar anwendbar. Tatsächlich ist etwa die Zahl der Gerichtsentscheidungen, welche sich auf die Grundrechte stützte, in der Weimarer Zeit gering geblieben. Die Richterschaft, die sich noch zum großen Teil aus Richtern aus dem Kaiserreich zusammensetzte, hatte die Bedeutung der Grundrechte innerhalb eines Rechtssystems noch nicht verinnerlicht. Zudem fehlte es an einem eigenständigen Gericht, welches auf den Schutz der Grundrechte spezialisiert war wie die heutigen Verfassungsgerichte.<sup>15</sup>

In der Diskussion um die Grundrechte wurden neue Dimensionen dieser Garantien aufgezeigt. Wurden die Grundrechte in der Tradition des Kaiserreiches in erster Linie als Abwehrrechte gegen den Staat, und zwar in erster Linie gegen die Exekutive verstanden, wurde diese Interpretation um das Verständnis der Grundrechte als Institution ergänzt. Dies bedeutete, dass die Grundrechte nicht nur gegen den Staat gerichtet waren, sondern umgekehrt Garantien darstellten, welchen den Staat zur Schaffung der Voraussetzung für ihre Wahrnehmung verpflichteten. Dabei war weniger an die Verpflichtung zur Schaffung materieller Mindestleistungen von Seiten des Staates gedacht als vielmehr an seine Pflicht, die gesetzlichen Bedingungen herzustellen bzw. zu bewahren, welche für die Begründung des Grundrechts unabdingbar waren. Besonders lässt dies sich am Beispiel des Eigentums als Institutsgarantie veranschaulichen. Eigentum ohne eine gesetzliche Ausformung besteht nicht. Das Eigentum wird etwa durch die Regelungen des BGB definiert, ohne welche eine Zuordnung nicht möglich ist. Die Institutsgarantie verlangt vom Gesetzgeber die Zurverfügungstellung einer normativen Mindestausstattung des Eigentums. Diese Lesart der Grundrechte wurde interessanterweise von konservativer Seite, deren prominentester Vertreter Carl Schmitt war, erhoben.<sup>16</sup> Dies war ein Ergebnis einer Machtverschiebung in den politischen Strukturen mit der Einführung einer voll ausgebauten Demokratie in der Weimarer Republik. Während zu Zeiten des

---

15. Die Literatur zeigte sich vielfach sehr ablehnend gegenüber einem Verfassungsgericht, vgl. etwa Carl Schmitt, Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, nachgedruckt in: Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 63

16. Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, nachgedruckt in: Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 140

Kaiserreiches die Spannungslinien zwischen der Krone und dem Parlament als der Vertretung des Volkes verliefen, hatte das Parlament nunmehr die ganze legislative Macht monopolisiert. Gefahren gingen nicht mehr so sehr von der Exekutive oder der Krone aus als vielmehr von der parlamentarischen Mehrheit, die – aufgrund der Änderung der politischen Umstände auch durchaus andere als konservative Auffassung vertrat. Gegen diese parlamentarische Mehrheit, die möglicherweise auf radikale Umformungen der Eigentumsordnung aus war, wofür die Novemberrevolution 1918 einen Vorgeschmack gegeben hatte, sollten nun die Grundrechte als Institutionen ins Feld geführt werden, welche den Gesetzgeber – d.h. eine eventuell unberechenbare Mehrheit – in seiner Handlungsfreiheit einschränken sollten, indem er darauf festgelegt wurde, die Grundrechte – und hier insbesondere das Eigentumsrecht – als Institutionen zu achten. Insofern waren sie seiner Verfügung entzogen.

Die Interpretation der Grundrechte als institutionelle Garantien blieb allerdings nicht die einzige. In der als krisenhaft empfundenen Zeit der Weimarer Republik beschäftigte sich die Staats- und Verfassungslehre beständig mit grundsätzlichen Fragen der staatlichen Legitimation und legte einen besonderen Fokus auf die Grundrechte. Die vorherrschende positivistische Auffassung, angeregt durch die Wiener Schule von Hans Kelsen und vertreten durch den wichtigsten Kommentator der Weimarer Reichsverfassung Gerhard Anschütz, verstand die Grundrechte als ein gesetztes Recht, dem ein besonderer Vorrang aufgrund des materiellen Inhaltes nicht zugesprochen werden konnte. In den Grundrechten manifestierte sich in diesem Verständnis nur der allgemeine Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, denn in diese verfassungsrechtlichen Garantien durfte nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Dieser Auffassung entsprach, dass viele Grundrechte ihre volle Entfaltung erst in der einfachrechtlichen Implementierung durch den einfachen Gesetzgeber erfuhren, also wiederum durch die Rechtsetzung. Demgegenüber unterstrich Rudolf Smend die integrierende Wirkung der Verfassung und insbesondere der Grundrechte für die Gesellschaft.<sup>17</sup> Sie erwiesen sich in dieser Perspektive nicht nur als gewissermaßen beliebig gesetzte Normen, deren Legitimität sich allein aus der Setzung durch den Gesetzgeber ableitete, sondern als notwendige Garantien für ein friedliches Zusammenleben in der Gesellschaft. Hermann Heller strich die soziale Bedeutung der Grundrechte heraus, indem er

---

17. Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1955, S.119, 260 ff.

in ihnen nicht nur liberale Schutzgarantien gegen den Staat sah, sondern auch Verpflichtungen zur Herstellung von Lebensverhältnissen, in welchen der Bürger seine Freiheiten wahrnehmen kann.<sup>18</sup>

Die Literatur der Weimarer Zeit über die Grundrechte ist sehr umfanglich und hat die Diskussion auch in der Bundesrepublik Deutschland stark beeinflusst. Allerdings waren Grundrechte der Weimarer Republik wichtiger als Kristallisationspunkt für eine sich entwickelnde Grundrechtsdogmatik denn als Normen, welche über ihre Anwendung die Rechtsordnung prägten.

### 1.3. Das öffentliche Recht im Dritten Reich

In den Jahren 1933 bis 1945 wurde die gesamte Entwicklung im Bereich des öffentlichen Rechts seit dem 19. Jahrhundert zurückgedreht. Die Prärogative des Parlaments gegenüber der Exekutive endete im Ermächtigungsgesetz vom März 1933, als nämlich die Normsetzungsgewalt im wesentlichen auf die Exekutive überging; die Grundrechtsgarantien wurden mit der Reichstagsbrandverordnung im Februar 1933 ausgesetzt, der Föderalismus löste sich mit der Gleichschaltung der Länder auf. Das Verwaltungsrecht wurde in der Praxis durchaus weiterbetrieben, allerdings unter nationalsozialistischem Vorzeichen. 1941 wurde sogar noch das in der Weimarer Reichsverfassung vorgesehene Reichsverwaltungsgericht gegründet. Bedeutender waren die Fortentwicklungen in der Dogmatik. Auch hier wurde vieles durch die nationalsozialistische Ideologie geprägt, insbesondere die Herabstufung der Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechts, das als ein unheilvolles Erbe des Liberalismus und der damit einhergehenden Überbetonung des Individuums gewertet wurde. Demgegenüber sah die nationalsozialistische Ideologie den einzelnen nur als einen Teil der Volksgemeinschaft. Im Verhältnis zum Staat kam es also nicht so sehr auf die Rechte des einzelnen als vielmehr auf das Wohl der Gesamtheit an, zu deren Sachwalter der einzelne sich machen konnte, aber eben nur im Interesse der Allgemeinheit. Die Verwaltungsrechtsdogmatik jener Zeit nahm aber auch moderne Tendenzen des Staates auf und führte sie mit bleibender Wirkung in das Verwaltungsrecht ein. Die wichtigste Neuerung war die Erkenntnis des Staates als eines Leistungserbringers.<sup>19</sup> Tatsächlich übernahm

---

18. Hermann Heller, Grundrechte und Grundpflichten, in: H. Heller, Gesammelte Schriften Bd. 2 S. 281, 310

19. Dazu insbesondere Ernst Forsthoff, Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft, Deutsches Recht 1935, S. 398

seit der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts der Staat immer mehr Aufgaben, um die Bedürfnisse der Bevölkerung zu befrieden. Er wuchs über das ursprüngliche – liberale – Konzept einer Einrichtung zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung weit hinaus. Vom Schulsystem bis zur Sozialversorgung wurden dem Staat Aufgaben übertragen. Die Dogmatik prägte dafür den Begriff der Daseinsvorsorge und versuchte, die dafür notwendigen verwaltungsrechtlichen Instrumente zu entwickeln, die sich durchaus von den Mitteln der klassischen Eingriffsverwaltung unterschieden.<sup>20</sup>

## 2. Das öffentliche Rechte in Deutschland in der Gegenwart

Die Gegenwart des öffentlichen Rechts beginnt mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nach dem Zweiten Weltkrieg. Das Grundgesetz muss als eine Antwort auf das Scheitern der Weimarer Republik und die Grauenhaftigkeiten des Dritten Reiches verstanden werden. Die 1949 erlassene Verfassung verfolgte vier Hauptlinien, nämlich zum einen den Schutz des einzelnen, die Stärkung des Parlamentes, die Stabilisierung der politischen Organe und die Stärkung des Föderalismus.

### 2.1. Die Grundrechte unter dem Grundgesetz

Es ist bereits bezeichnend, dass der erste Teil der Verfassung den Grundrechten gewidmet wurde und erst der zweite Hauptteil sich mit der Staatsorganisation beschäftigt, womit die Reihenfolge in der Weimarer Verfassung umgedreht worden ist. Damit reagierte der Verfassungsgeber auf die Schrecklichkeiten des Dritten Reichs. Ursprünglich sollte Art. 1 GG lauten: „Der Staat ist um des Menschen willen, der Mensch ist nicht um des Staates willen da.“ Der darin liegende Gedanke ist nun durch die Position der Menschenrechte im Grundgesetz zum Ausdruck gekommen und durch die berühmte Formulierung des Art. 1 GG in eine normative Form gegossen: „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“

Die herausragende Bedeutung der Grundrechte blieb nicht nur in der Papierform. Wie kein anderer Teil des Rechts haben sie in den vergangenen 60 Jah-

---

20. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, München 1999, S. 366

ren die Rechtsordnung geprägt. Das wurde ganz wesentlich durch die Formulierung und die Rolle bedingt, welche die Verfassung den Grundrechten zugewiesen hat.

In Abkehr von der Weimarer Verfassung wurde die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundrechte durch alle staatlichen Organe festgeschrieben. Die Grundrechte bedurften nicht erst einer einfachrechtlichen Implementierung, um von den Verwaltungsorganen und den Gerichten angewendet werden zu können. Sie waren Normen, die genauso angewendet werden konnten wie etwa die Normen des bürgerlichen Gesetzbuchs. In dem Sinne wurden sie praxisrelevant. Die unmittelbare Anwendbarkeit wurde um den Preis erzielt, dass die Sicherung sozialer Grundrechte ganz unterlassen worden ist. Denn es wurde argumentiert, dass die Anwendung sozialer Grundrechte im Gegensatz zu den bürgerlichen Abwehrrechten, die dem Staat zunächst einmal nur ein Handlungsverbot auferlegen, einer einfachgesetzlichen Implementation bedürften, um dem Staat anzuzeigen wann er wie viel an wen zu leisten habe. Vor allem aber war die Befürchtung weit verbreitet, dass die sozialen Grundrechte nur nach Kassenlage des Staates erfüllt würden, was zu einer Relativierung geführt hätte, welche dann möglicherweise auch auf die anderen Grundrechte übergestrahlt wäre; dies sollte unbedingt vermieden werden.

Mindestens ebenso bedeutsam wie die Formulierung der Grundrechte als unmittelbar anwendbares Recht war aber die Einführung eines Verfassungsgerichtes, welches die Rechte umfänglich zu schützen in der Lage war. Es wurde also nicht nur für eine materielle, sondern auch für eine prozedurale Sicherung gesorgt. Das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gibt den Einzelnen umfassende Möglichkeiten gegen die Verletzung eines Grundrechts durch jegliche Form staatlichen Handelns vorzugehen. Eigentlich hätte sich ein so extensiver Grundrechtsschutz angesichts der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundrechte durch die Fachgerichte erübrigt. Man hätte unter Berufung auf den Wortlaut ihnen überlassen können, für einen hinreichenden Schutz zu sorgen. Allerdings muss beachtet werden, dass die Richter der Fachgerichte zumeist schon in der Zeit der Weimarer Republik und während des Dritten Reichs im Amt waren und somit die Bedeutung der Grundrechte für die Auslegung der Rechtsordnung noch nicht verinnerlicht hatten. Zudem half es der Durchsetzung der Grundrechte sehr, dass sie von einem auf den Grundrechtsschutz spezialisierten Gericht gegen Übergriffe von staatlicher Seite, auf von Seiten der Fachgerichtsbarkeit verteidigt werden. Tatsächlich wurde dem Bundesverfas-

sungsgericht eine so umfängliche Kompetenz eingeräumt wie sonst kaum einem anderen Verfassungsgericht in der Welt. Es kann vom Einzelnen angerufen werden, wenn immer er sich in einem Grundrecht durch einen staatliche Maßnahme oder auch ein staatliches Unterlassen verletzt fühlt. Die staatlichen Akte reichen vom einfachen Verwaltungsakt, über richterliche Entscheidungen, Verordnungen, Gesetzen, darunter auch Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen<sup>21</sup> bis hin zum verfassungsändernden Gesetz, welches als verfassungswidrig erklärt werden kann, wenn es gegen das in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegte Verbot verstößt, bestimmte Grundprinzipien der Verfassung, darunter auch die Unantastbarkeit der Menschenwürde zu verändern.<sup>22</sup> Die Menschenwürde wird aber als ein Kern eines jeden Grundrechts verstanden, so dass tiefe Eingriffe in die Grundrechte, welche den Menschenwürdekern berühren, ausgeschlossen sind.

Die institutionelle Sicherung durch das Verfassungsgericht geht einher mit einem sehr umfassenden Grundrechtsverständnis. Ausgangspunkt bleibt dabei immer die Interpretation der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat. Dies entspricht dem liberalen Grundrechtsverständnis, wie es sich insbesondere im 19. Jahrhundert entwickelt hat. Zu beobachten ist allerdings, dass die Grundrechte auch in ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte immer weitere Bereiche staatlichen Handelns erfassten und damit grundrechtsfreie Räume verschwanden. Dies galt insbesondere die sogenannten besonderen Gewaltverhältnisse. Das sind Bereiche, die durch eine besonders enge Beziehung zwischen dem Bürger und dem Staat geprägt wurden, wie etwa die Gefängnishaft<sup>23</sup> oder der Staatsdienst. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung klargemacht, dass auch in derartigen Bereichen die Grundrechte von den staatlichen Organen zu achten sind.

Das Bundesverfassungsgericht ist allerdings nicht bei der Auslegung der Grundrechte als Abwehrrechte stehen geblieben. Bereits in den 50iger Jahren hat es neben der Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte noch ihre objektiv-rechtliche Bedeutung entdeckt. Danach strahlen die Grundrechte auf die ge-

---

21. Berühmt sind etwa die Verfassungsbeschwerden gegen den Maastrichtvertrag, BVerfGE 89, S. 155 und gegen den Lissabon-Vertrag, Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

22. S. z.B. BVerfGE 30, 1; 84, 90

23. BVerfGE 33, 1

samte Rechtsordnung ab. Alle staatlichen Organe sind gehalten, das einfache Recht im Lichte der Grundrechte auszulegen.<sup>24</sup> Damit ist etwa auch zivilrechtlichen Normen, welche das Verhältnis zwischen zwei Personen regeln, eine Bedeutung beizumessen, die mit den Grundrechten in Einklang steht. So hat etwa das Bundesverfassungsgericht erklärt, dass das zivilrechtliche Verbot des Verstoßes gegen Treu und Glauben - § 242 BGB – dahin ausgelegt werden muss, dass Banken, welche einer Person einen großen Kredit geben, nicht mit deren Familienangehörigen auf den Kredit bezogene Bürgschaftsverträge abschließen dürfen, wenn diese Angehörigen an dem Kredit kein Interesse haben und die Bedeutung eines solchen Bürgschaftsvertrages nicht erkennen können.<sup>25</sup> Aus der objektiv-rechtlichen Bedeutung der Grundrechte wurde weiter abgeleitet, dass der Staat nicht nur verpflichtet ist, grundrechtswidrige Eingriffe zu unterlassen, sondern er muss darüber hinaus auch aktiv Maßnahmen ergreifen, um den Grundrechten einen Schutz zukommen zu lassen. Dies zeigte sich insbesondere im Fall der Reformen des Abtreibungsrechts. Das Bundesverfassungsgericht schloss aus dem in Art. 2 Abs. 2 GG begründeten Recht auf Leben, dass der Staat auch einen hinreichenden Schutz gewähren muss. Gefährdungen des Lebens durch private Personen muss er ggf. mit strafrechtlichen Sanktionen begegnen.<sup>26</sup> Die Schutzpflichtdimension gilt als eine der wichtigsten Entwicklungen im Bereich der Grundrechte in jüngerer Zeit. Schutzpflichten wurden inzwischen für eine Vielzahl von Konstellationen begründet; so muss der Staat bei der Genehmigung von gefährlichen technischen Anlagen Anforderungen an die Betreiber aufstellen, dass sie gemäß dem jeweiligen Stand der Technik für ein Höchstmaß an Sicherheit sorgen.<sup>27</sup> Das Problem der staatlichen Schutzpflichten liegt darin, dass sie zwar dem einzelnen dienen, zumeist auch gegen andere gerichtet sind. Die Grundrechte begründen so Pflichten des Staates, Freiheiten einzuschränken. Darin liegt gewissermaßen eine Umkehrung ihrer Zielrichtung. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass in heutiger Zeit die Gefährdungen der Freiheiten von Menschen vielfach nicht mehr von einem ohnehin gezähmten Staat ausgehen als vielmehr von einzelnen, die aufgrund ihrer technischen und wirtschaftlichen Macht empfindlich in die Sphäre von einzelnen eingreifen können. Der Staat ist die einzige Institution, welche dem etwas

---

24. BVerfGE 7, 198

25. BVerfGE 89, 214

26. BVerfGE 39, 1

27. BVerfGE 49, 89

entgegensetzen kann. Die Friedensfunktion des Staates in Verbindung mit seinem Gewaltmonopol verlangt den Schutz des einzelnen, dem es verwehrt ist, selbst Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Insofern ist die Fortentwicklung der Grundrechte zu Quellen von Schutzpflichten nur konsequent.

## 2.2. Die Stärkung des demokratischen Charakters des Staates

Die Weimarer Republik zeichnete sich dadurch aus, dass zumal in Krisenzeiten weite Teile der rechtsetzenden Gewalt auf die Exekutive übergingen. Dem hat das Grundgesetz einen Riegel vorgeschoben. Ein autonomes Verordnungsrecht der Exekutive ist nicht mehr vorgesehen. Die Regierung darf Verordnungen nur erlassen, soweit sie dazu gesetzlich ermächtigt worden ist. Dabei müssen im Gesetz detailliert Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung umschrieben sein, Art. 80 GG. Damit hängt die Verordnungskompetenz der Regierung jeweils am konkreten Willen des Parlamentes. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Anforderung durch die sogenannte Wesentlichkeitstheorie fortgeschrieben.<sup>28</sup> Der parlamentarische Gesetzgeber muss danach die wesentlichen Fragen, insbesondere solche, welche die Grundrechte betreffen, selbst entscheiden. Er darf dies nicht der Exekutive auf dem Weg der Verordnungsermächtigung überlassen.

Die Stärkung der parlamentarischen Komponente zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Auslandseinsätzen der Bundeswehr.<sup>29</sup> Die Verfassung regelt nicht ausdrücklich die Kompetenzen für die Entscheidung über den Einsatz der Streitkräfte im Ausland. Die bisherigen verfassungsrechtlichen Regelungen über den Streitkräfteeinsatz beziehen sich ausschließlich auf Probleme, welche den Einsatz der Streitkräfte im innerstaatlichen Rechtsraum betreffen. Eine Bestimmung über den Streitkräfteeinsatz etwa im Rahmen von UN-Missionen findet sich im Grundgesetz nicht. Das Bundesverfassungsgericht hielt seit den ersten Fällen, in denen die Bundeswehr im Rahmen von UN-Missionen eingesetzt wurde, fest, dass das Grundgesetz vom Konzept eines Parlamentsheeres ausgehe. Daraus folge, dass die Streitkräfte im Ausland nur eingesetzt werden dürften, wenn das Parlament eine Zustimmung

---

28. BVerfGE 49, 89

29. BVerfGE 90, 286; zuletzt Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 8. Mai 2008, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

erteilt habe. Diese müsse sowohl den Umfang des militärischen Engagements wie auch dessen Zielsetzung umfassen. Zwar kann unter diesen Anforderungen die staatliche Flexibilität beim Einsatz der militärischen Gewalt leiden, doch sah es das Bundesverfassungsgericht vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte als wichtiger an, dass eine parlamentarische Kontrolle der Streitkräfte gegeben ist als dass die Bundeswehr unkontrolliert, aber flexibel eingesetzt werden kann.

### 2.3. Stabilisierung der Organe

Eine Analyse des Grundgesetzes zeigt, dass das Staatsorganisationsrecht darauf angelegt ist, stabile Organe zu schaffen. Das Parlament besitzt kein Selbstauflösungsrecht. Ein Bundeskanzler kann – anders als noch zur Weimarer Zeit – nur durch ein konstruktives Misstrauensvotum abgewählt werden, d.h. wenn das Parlament mit Mehrheit seiner Mitglieder einen anderen Bundeskanzler wählt, Art. 67 GG. Eine negativ beantwortete Vertrauensfrage kann zur Auflösung des Bundestages führen, d.h. das Parlament wird möglicherweise die Folgen eines solchen Votums spüren und daher davor zurückschrecken. Die staatsorganisationsrechtlichen Regelungen haben tatsächlich erheblich dazu beigetragen, dass die Organe der Bundesrepublik Deutschland stabil waren. Nur einmal glückte ein konstruktives Misstrauensvotum<sup>30</sup>, nach einer gescheiterten Vertrauensfrage wurde nur dreimal seit 1949 das Parlament aufgelöst.<sup>31</sup> Bezeichnenderweise geschah dies in allen drei Fällen in Situationen, in welchen der Bundeskanzler selbst das Vertrauen nicht haben, sondern einen Weg zu Neuwahlen eröffnen wollte. Ob die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage mit der Verfassung in Einklang steht oder nicht vielmehr mit der Zielrichtung der auf Stabilität angelegten Bestimmungen in Widerspruch steht, ist durchaus Gegenstand einer lebhaften Diskussion.<sup>32</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat das jeweilige Vorgehen allerdings nicht als verfassungswidrig bezeichnet.<sup>33</sup>

30. 1982 wurde Kohl im Wege eines konstruktiven Misstrauensvotums zum Bundeskanzler gewählt.

31. 1972 wurde eine Vertrauensfrage von Brandt, 1983 eine Vertrauensfrage von Kohl und 2005 eine Vertrauensfrage von Schröder negativ beantwortet, worauf jeweils der Bundestag aufgelöst worden ist.

32. Vgl. dazu Matthias Hartwig, *Misstrauen ist gut, Kontrolle ist besser: Die Auflösung des Bundestages im Verfahren des Art. 68 GG*, *Der Staat* 2006, S. 409

33. BVerfGE 62, 1 ff; Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 25. August 2005, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

## 2.4. Föderalismus

Eine der Bedingungen der Besatzungsmächte bei der Gründung der Bundesrepublik Deutschland war, dass der neue deutsche Staat eine bundesstaatliche Struktur erhielt.<sup>34</sup> Tatsächlich haben die Alliierten bei der Kontrolle der Verfassungsentwürfe insbesondere auf eine hinreichende Dezentralisierung der Machtausübung geachtet. Die Länder erhielten durch die Verfassung erhebliche Kompetenzen.

Das Grundgesetz stellt eine Vermutung zugunsten der Länderzuständigkeit auf, d.h. soweit es keine anderslautenden Regelungen trifft, sind die Länder zuständig. Dies hat dazu geführt, dass die Länder ganz wesentliche Teile der Exekutivgewalt ausüben. Sie führen in der Regel die Gesetze aus, und zwar die eigenen wie die Bundesgesetze, Art. 83 ff. GG. Dazu besitzen sie einen umfangreichen Behördenapparat. Die Zahl der Landesbeamten übersteigt jene der Bundesbeamten um ein Vielfaches. Die Polizeigewalt wird fast ausschließlich von den Ländern ausgeübt. Die Bundespolizei ist auf die Sicherung der Außengrenzen, der Flughäfen und der Bahnhöfe beschränkt. Bundesverwaltung findet in den Bundesministerien und in einigen Spezialbereichen wie dem Auswärtigen Dienst, den Streitkräften, der Flugsicherung oder den Bundeswasserstraßen statt. Die Gerichte sind ebenfalls ausschließlich den Ländern zugeordnet, mit Ausnahme der obersten Gerichte (Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht, Bundesfinanzhof, Bundessozialgericht und Bundesarbeitsgericht).

Am kompliziertesten ist die Lage auf dem Gebiet der Gesetzgebung. Auch hier spricht die Vermutung zugunsten der Zuständigkeit der Länder, Art. 70 GG. Allerdings haben sie faktisch eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz nur in drei Bereichen erhalten, nämlich auf dem Bereich der Bildung und Kultur unter Einschluss der Medien, im Bereich des Kommunalrechts und im Bereich des Polizeirechts. Die Materien, in welchen der Bund das ausschließliche Gesetzgebungsrecht besitzt, sind äußerst beschränkt und umfassen etwa das Staatsangehörigkeitsrecht, das Recht des Münzwesens oder den Luftverkehr, Art. 73 GG. Die meisten Materien werden von der konkurrierenden Gesetzgebung erfasst, Art. 74 GG. Hier besitzen im Regelfall die Länder eine Gesetzgebungskompetenz, solange der Bund die jeweilige Materie noch nicht abschließend geregelt hat. Ursprünglich durfte der Bund in dem Bereich Gesetze nur bei Vorlage von bestimmten Bedingungen erlassen, wenn etwa eine Bundesge-

---

34. Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5. Aufl. München, 2005, S. 426

setzung zur Wahrung der einheitlichen Wirtschafts- und Lebensbedingungen notwendig war. Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht seit jeher erklärt, dass die Frage der Notwendigkeit einer solchen Gesetzgebung politischer Natur war und also nicht justiziabel.<sup>35</sup> Der Bund hat diese Situation ausgenutzt, um praktische die gesamte Materie der konkurrierenden Gesetzgebung abschließend zu regeln. Erst durch eine Verfassungsreform im Jahr 1994 erfolgte eine Neuformulierung des einschlägigen Art. 72 GG. Hieß es früher, dass der Bund im Bereich tätig werden kann, soweit ein Bedürfnis etwa zur Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse oder zur Sicherung der Rechts- und Wirtschaftseinheit besteht, lautete die neuere Formulierung, dass der Bund zur Gesetzgebung befugt ist, wenn diese zur Erreichung der genannten Ziele „erforderlich“ ist. Damit sollte eine gerichtliche Kontrolle der Zuständigkeit zur Gesetzgebung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung möglich werden. Gleichzeitig wurde den Länderparlamenten – neben dem Bundesrat und der Landesregierung – die Möglichkeit zu abstrakten Normenkontrolle eingeräumt, allerdings beschränkt auf die Frage, ob die Bundesgesetzgebung im konkreten Fall tatsächlich erforderlich war.<sup>36</sup> Seit 2002 hat das Bundesverfassungsgericht mit der Kontrolle der Bundesgesetzgebung auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Gesetzgebung ernst gemacht. In der Entscheidung über ein Bundesgesetz zur Altenpflege präziserte das Bundesverfassungsgericht, dass eine Bundesgesetzgebung im Sinne der Verfassung nicht schon dann zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich sei, wenn es nur um die Inkraftsetzung bundeseinheitlicher Regelungen gehe. Erforderlich sei eine Bundesgesetzgebung vielmehr nur, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Bundesländern in einer das Sozialgefüge erheblich beeinträchtigender Weise auseinander entwickeln; auch macht die Rechtsvielfalt in den Ländern für sich genommen noch keine Bundesgesetzgebung zur Herstellung der Rechtseinheit erforderlich; dies sei erst dann der Fall, wenn die Rechtszersplitterung nicht hinnehmbare Folgen nach sich ziehe. Zur Herstellung der Wirtschaftseinheit sei eine Bundesgesetzgebung erforderlich, wenn andernfalls erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft entstünden.<sup>37</sup>

---

35. BVerfGE 2, 213, ständige Rechtsprechung

36. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 a GG

37. BVerfGE vom 24. Oktober 2002, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de); BVerfGE vom 16. März 2004, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de), hier Verfassungswidrigerklärung der Bestimmung eines Bundesgesetzes, weil die Regelung nicht erforderlich war; BVerfGE vom 9. Juni 2004, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de); BVerfGE vom 27. Juli 2004, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

Mit einer Verfassungsreform im Jahr 2006 wurde die konkurrierende Gesetzgebung neu geregelt und die 1994 erfolgte Stärkung der Länder zum Teil zurückgenommen.<sup>38</sup> Der Bund bedarf nur noch in einer beschränkten Zahl von Fällen einer Rechtfertigung für die eigene Rechtsetzung, wie etwa die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse oder die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit. Dies gilt etwa für den gesamten Bereich des Wirtschaftsrechts, der das Handelsrecht, das Gewerberecht, das Handwerksrecht, das Banken- und Börsenrecht, das privatrechtliche Versicherungswesen umfasst; auch das Ausländerrecht, das Bodenrecht, das Rechts des Straßenverkehrs, die Forschungsförderung, das Staatshaftungsrecht und andere Materien fallen unter diese Kategorie<sup>39</sup>. Im übrigen, d.h. z.B. im bürgerlichen Recht, im Strafrecht, im Vereinsrecht, im Flüchtlingsrecht oder Umweltrecht kann der Bundesgesetzgeber nunmehr nach freiem Ermessen Gesetze erlassen.<sup>40</sup> Eine weitere Änderung liegt darin, dass die Länder nunmehr in einigen wenigen Materien, welche früher in den Bereich der Rahmengesetzgebung fielen, die es künftig nicht mehr geben wird, auch dann noch Gesetze erlassen dürfen, wenn der Bund auf dem Gebiet tätig geworden ist.<sup>41</sup> Hier verdrängt also die Bundesgesetzgebung nicht die Landesgesetzgebung, vielmehr bleiben beide nebeneinander bestehen. Allerdings genießt das Landesrecht, soweit es besteht, einen Anwendungsvorrang vor dem Bundesrecht; wird das Landesrecht aufgehoben, wird wieder das Bundesrecht angewendet.

Die Gesetzgebungskompetenzen der Länder werden allerdings nicht vollständig umschrieben, wenn man sich auf die Verteilung der Gesetzgebungsmaterien beschränkt. Vielmehr ist noch zu berücksichtigen, dass die Länder über den Bundesrat, in dem wie im Reichsrat Vertreter der Landesregierungen sitzen, an der Gesetzgebung beteiligt sind. Ein nicht geringer Teil der Bundesgesetze kann nur mit Zustimmung des Bundesrates, also unter Mitwirkung der Länder ergehen. Dies betrifft vor allem die Gesetze, welche in die Verwaltungs- und Organisationshoheit der Länder eingreifen, Art. 84, 85 GG sowie die Gesetze, welche Geldleistungspflichten der Länder gegenüber Dritten begründen, Art. 104 a

---

38. Christoph Degenhardt, Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2006, S. 1209; Matthias Hartwig, *El federalismo alemán*, <http://www.analitica.com/plazaglobal/ponencias/pdf/1893705.pdf>

39. Vgl. Art. 72 Abs. 2 GG iVm Art. 74 GG

40. Vgl. Art. 72 Abs. 1 u. 2 GG iVm Art. 74 GG

41. Zu diesen Materien zählt etwa das Jagdwesen oder der Naturschutz, Art. 72 Abs. 3 GG

Abs. 4 GG. Auf diese Weise behalten die Länder ihre Kontrolle auch bei der Bundesgesetzgebung bei. Die Reform des Jahres 2006 sollte die Zahl der zustimmungspflichtigen Gesetze reduzieren, insbesondere dadurch, dass der Bund künftig nur noch ausnahmsweise in die Verwaltungs- und Organisationsstrukturen der Länder durch eigene Gesetze eingreifen darf. Indes bleibt der Erfolg dieser Reform noch abzuwarten.<sup>42</sup>

Föderalismus ist nicht nur eine Frage der Kompetenzen, sondern die Effektivität dezentraler Strukturen hängt ganz wesentlich auch von der Finanzverteilung zwischen Bund und Ländern ab. Das Grundgesetz macht auch insofern einige Vorgaben. Ausschließlich den Ländern bzw. dem Bund kommt der Ertrag von einigen Steuerarten zu, diese sind jedoch von sehr untergeordneter Bedeutung. Die ertragreichsten Steuerarten, nämlich Umsatz- und Einkommenssteuer werden zwischen Bund und Ländern geteilt. Dabei erhalten die Länder 50% der Einkommenssteuer, zwischen den Ländern wird diese entsprechend dem jeweiligen Steueraufkommen des Landes verteilt. Die Verteilung der Umsatzsteuer wird durch Gesetz geregelt, dabei müssen den Ländern hinreichende Gelder zugewiesen werden, damit sie ihre Aufgaben erfüllen können. Der Länderanteil wird zwischen den Ländern nach der Einwohnerzahl verteilt. Schließlich kommt es noch zu einem komplizierten Verfahren des Ausgleichs zwischen den reichen und den armen Ländern, sowie zwischen den armen Ländern und dem Bund; dies soll dazu dienen, die wirtschaftliche Disparität zwischen den Ländern nicht zu weit wachsen zu lassen. Dem liegt der Gedanke der Solidarität zugrunde. Allerdings sind in jüngerer Zeit Tendenzen zu beobachten, welche den Ländern eine größere Eigenverantwortlichkeit für die eigene Wirtschaftslage zuzuwenden, die Pflicht etwa des Bundes zu Ergänzungszuweisungen also erst später einsetzt. Dies zeigte sich insbesondere in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der finanziellen Unterstützung der Länder durch den Bund<sup>43</sup>. Darin betont das Bundesverfassungsgericht, dass allein eine Haushaltsnotlage eines Landes noch kein Pflicht des Bundes auslöst, dem entsprechenden Land eine Ergänzungszuweisung zukommen zu lassen. Für diese bestehe nur ein Anlass, wenn ein grundsätzliches Ungleichgewicht zwischen dem Finanzaufkommen eines Landes und seinen Aufgabenlasten vorliegt. Die Aufstellung

---

42. Aussagekräftige Statistiken liegen bislang noch nicht vor, Georg Hermes, in Horst Dreier, Grundgesetzkommentar, Tübingen 2008, Art. 84, RN 67 ff.

43. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Oktober 2006, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

eines ausgeglichenen Landeshaushalts ist in erster Linie die Aufgabe des Landes, eine Unterstützungspflicht des Bundes leitet sich daraus nicht ab. Vielmehr muss das Land sich bemühen, durch die Reduzierung seiner Ausgaben, dieses Ziel zu erreichen. Damit wird der Akzent von dem Solidarföderalismus auf den „kompetitiven Föderalismus“ verschoben, in welchem jedes Land für sich selbst verantwortlich ist und im Wettbewerb mit den anderen Ländern Wirtschaftsbedingungen schaffen muss, unter denen Ausgaben und Finanzaufkommen übereinstimmen. Allerdings fand diese Entwicklung in der Verfassungsgesetzgebung bislang noch keinen Niederschlag. Eine substantielle Reform des Rechts der Steuerverteilung ist bislang unterblieben. Die bisherige Reform der Finanzverfassung beschränkte sich im wesentlichen auf die Festschreibung einer Schuldenbremse.<sup>44</sup>

## 2.5. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts

Wie schon im Zusammenhang mit den Grundrechten angedeutet, spielt das Bundesverfassungsgericht eine bedeutende Rolle im Machtgefüge der Bundesrepublik Deutschland. Dies liegt nicht zuletzt auch daran, dass das Fehlen der Kompetenz, eine Sache aus eigener Initiative aufzugreifen zu können, dadurch kompensiert wird, dass ein großer Kreis von Antragstellern, Klägern oder Beschwerdeführern eine Sache vor das Bundesverfassungsgericht bringen kann, nicht zuletzt die Individuen. Damit ist kaum eine streitige Rechtsfrage denkbar, in welcher das Gericht nicht angerufen wird. Zwar beschränkt sich die Aufgabe des Verfassungsgerichts auf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von staatlichen Hoheitsakten, doch kommt seinen Entscheidungen eine große Bedeutung bei der Gestaltung des politischen Lebens zu. Die Verfassungsrechtsprechung erfasst jede Form staatlichen Handelns oder Unterlassens, vom Einzelakt bis zum Gesetz. Durch die Kontrolle der Fachgerichte hat das Bundesverfassungsgericht, wie oben dargelegt, der Rechtsprechung eine ganz neue Ausrichtung gegeben durch die Einbeziehung der Grundrechte in die Auslegung des einfachen Rechts. Im Sozialrecht wie auch im Steuerrecht hinterließ die Verfassungsrechtsprechung tiefe Spuren. Auch die föderale Ordnung würde sich ohne die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anders entwickelt haben.

---

44. S. unten unter 3.

Natürlich hat besondere Bedeutung die Kompetenz des Gerichts, Gesetze für nichtig zu erklären. Damit kann es den Willen des parlamentarischen Gesetzgebers konterkarieren. Dies zeigt nur, dass auch der Gesetzgeber nur im Rahmen der Verfassung handeln kann. Jedoch bleibt die Frage, wieweit und wie oft das Verfassungsgericht korrigierend in die Gesetzgebung eingreifen darf, ohne dass der demokratische Prozess der Normsetzung Schaden nimmt.

Verfassungsgerichtsbarkeit gibt es nicht nur auf der Bundesebene. Inzwischen verfügen auch alle Länder über entsprechende Organe, viele von ihnen sehen auch die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde vor. Prüfungsmaßstab ist allerdings allein die Landesverfassung, bei Verfassungsbeschwerden werden also die in der Landesverfassung niedergelegten Grundrechte herangezogen. Prüfungsgegenstand im Verfassungsbeschwerdeverfahren vor den Landesverfassungsgerichten sind Normativ- oder Einzelakte von Organen des Landes. Bundesrecht kann hingegen nicht Prüfungsgegenstand sein, weil es dem Landesrecht vorgeht. Strittig ist allerdings, wieweit Landesverfassungsgerichte die Anwendung von Bundesrecht durch Landesorgane, insbesondere durch Gerichte des Landes überprüfen dürfen.<sup>45</sup> Das Landesverfassungsgericht von Berlin hat in dem berühmten Verfahren gegen den vorletzten Staatsratsvorsitzenden der DDR Erich Honecker 1993 entschieden, dass Entscheidungen von Gerichten des Landes am Maßstab der Landesverfassung überprüft werden könnten, auch wenn sie Bundesrecht anwenden. Ausschlaggebend sei, dass hier Landesorgane gehandelt hätten. Diese Entscheidung ist allerdings umstritten geblieben; die Mehrheitsauffassung in der Literatur stellte fest, dass für die Überprüfung der grundrechtskonformen Anwendung von Bundesrecht allein das Bundesverfassungsgericht zuständig sei.

## 2.6. Das Verwaltungsrecht

### 2.6.1. Entwicklung des subjektiven öffentlichen Rechts

Auch das Verwaltungsrecht erlebte nach dem zweiten Weltkrieg eine besondere Entwicklung. Der Begriff des subjektiven Rechts wurde unter dem Einfluss der

---

45. Matthias Hartwig, *Los derechos fundamentales en la República federal de Alemania y sus Länder*, Miguel A. Aparicio (ed.) *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona 2005, S. 145

Grundrechte ausgeweitet. So wurde etwa die staatliche Sozialhilfe nicht mehr als ein öffentlicher Almosen verstanden, die der Staat aus freiem Ermessen verteilte. Vielmehr verlangt die Menschenwürde, dass eine Person in materieller Not einen Anspruch auf entsprechende staatliche Leistungen erhält.<sup>46</sup> Insgesamt ist eine erhebliche Ausweitung subjektiv-öffentlicher Rechte zu beobachten, allerdings werden diese so häufig grundrechtlich untermauert, dass in der Dogmatik zu Recht die Frage aufgeworfen worden ist, ob das subjektive öffentliche Recht überhaupt noch als eigenständige Figur des Verwaltungsrechts eine Daseinsberechtigung hat oder ob es nicht vielmehr von den Grundrechten verdrängt und schließlich ersetzt worden ist.<sup>47</sup>

### 2.6.2. Die Ausweitung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle

Eine wesentliche Änderung des Verwaltungsrechts wurde durch die Einführung einer Verwaltungsgerichtsordnung 1960 herbeigeführt. Sie war die erste umfassende gesetzliche Regelung des Verwaltungsprozesses in Deutschland. Besonders bemerkenswert war die Änderung der Klagezulassung. Zuvor galt ein Enumerationsprinzip. Danach durfte vor das Verwaltungsgericht ziehen nur, wer sein Recht mit einer verfahrensrechtlich vorgesehenen Klage verfolgte. Seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsordnung erlaubt das Verwaltungsrecht jede Klage, soweit der Betroffene eine Rechtsverletzung geltend machen kann. Damit wird auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG reagiert, derzufolge der einzelne gegen jegliche Verletzung eines Rechts durch den Staat eine Klage führen kann.

Allerdings geht das deutsche Verwaltungsrecht noch nicht so weit, eine allgemeine *actio popularis* einzuführen. Nur in wenigen Bereichen wie etwa im Umweltrecht lässt das deutsche Verwaltungsrecht bislang eine sogenannte altruistische Verbandsklage zu, d.h. es erlaubt Naturschutzverbänden eine Klage wegen der Verletzung von Naturschutzbestimmungen, auch wenn sie selbst dadurch nicht in eigenen Rechten verletzt worden sind.<sup>48</sup> Dem liegt der Gedanke

---

46. In diesem Sinn wurde das seinerzeitige Bundessozialhilfegesetz geändert.

47. Rudolf Bernhardt, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, Juristenzeitung 1963, S. 302 ff; Manfred Zuleeg, Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?, Deutsche Verwaltungsblätter, 1976, S. 509 ff.

48. § 61 Bundesnaturschutzgesetz

zugrunde, dass anderenfalls niemand die Einhaltung entsprechender Normen einklagen kann; die gerichtliche Überprüfung wird aber als ein sehr effektives Mittel zur Durchsetzung des öffentlichen Rechts gesehen, so dass eher der Systembruch hingenommen wird, als dass eine Klagemöglichkeit ausgeschlossen ist. Im übrigen aber bleibt in Deutschland das Verwaltungsrecht dem Prinzip des subjektiven öffentlichen Rechts verhaftet. Klagen kann nur, wer in einem eigenen Recht verletzt worden ist, wobei, wie aufgezeigt, dieses Recht durchaus auch grundrechtlich verankert sein kann.

Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz beschränkte sich in Deutschland nicht bloß auf die Beseitigung rechtswidrigen Verwaltungshandelns. Im Gegensatz etwa zu Frankreich, wo aus dem Gedanken der Gewaltenteilung heraus dem Verwaltungsrichter bei Eingriffen in die Verwaltung enge Grenzen gezogen waren, können die deutschen Verwaltungsgerichte der Verwaltung z.B. bei einer Verpflichtungsklage in einer stattgebenden Entscheidung auch Handlungspflichten auferlegen, §42 VwGO. Darüber hinaus wird aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz auch der vorläufige Rechtsschutz abgeleitet. Denn der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz muss effektiv sein, dies aber impliziert, dass Gerichte die Kompetenz haben müssen, in einem Verfahren Maßnahmen zu ergreifen, die das Eintreten eines *fait accompli* verhindern, welche einen effektiven Rechtsschutz leerlaufen lassen.

Mit der Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren Zuständigkeiten nicht durch eine Enumeration der möglichen Klagearten eingeschränkt ist, und vor dem Hintergrund eines grundrechtlichen Anspruchs auf einen gerichtlichen Rechtsschutz entwickelte sich ein anderes Problem, nämlich eine zunehmend ausufernde Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Verwaltungsgerichte prüfen nicht nur in extensiver Weise die Ausübung von Verwaltungsermessen nach, in Anlehnung und in weitreichender Fortentwicklung der französischen Lehre von den Ermessensfehlern, sondern sie kontrollieren auch die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen – wie etwa „Verlässlichkeit“ oder „Stand der Technik“.

Dies lag in dem Wunsch begründet, möglichst wenig staatliches Handeln der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen. Allerdings führte die Entwicklung zu sehr weitreichenden Überprüfungen des Verwaltungshandelns, was schließlich die Frage nach einer sinnvollen Gewaltenteilung aufwarf. Denn zumeist sind die Verwaltungsgerichte nicht hinreichend ausgestattet, um der Expertise der Verwaltung etwas entgegenzusetzen. Dies zeigte sich in besonders deutlicher Form

im Atomrecht. Die Verwaltung genehmigte Kernkraftwerke unter bestimmten Auflagen, welche der Sicherheit dienten. Die Klagen gegen die Baugenehmigungen thematisierten zumeist die fehlenden Sicherheitsgarantien, und es kam jetzt den Gerichten zu, zu überprüfen, ob die von der Verwaltung angeordneten Sicherheitsauflagen dem Stand der Technik entsprachen. Dazu fehlte den Richtern zumeist die eigene Kenntnis, sie mussten auf Gutachter zurückgreifen, die dann wegen der Umstrittenheit der Materie sehr oft nicht zu einheitlichen Aussagen kamen. Im Ergebnis blieben nicht selten Zweifel, ob die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte von tieferen Einsichten getragen waren als die Maßnahmen der Verwaltung. So kam es nicht von ungefähr, dass sich Ende der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts die Fachwissenschaft mehr mit der Frage der Grenzen richterlicher Kontrolle bzw. der Kontrolldichte beschäftigte als mit dem weiteren Ausbau gerichtlicher Kontrolle.<sup>49</sup> In dieser Hinsicht nahm Deutschland innerhalb Europas allerdings einen einzigartigen Platz ein.<sup>50</sup>

### 2.6.3. Neue Formen des Verwaltungsrechts

Eine erhebliche Ausweitung erlebte das Verwaltungsrecht durch die Übernahme von sozialen Aufgaben auf der Grundlage von Gesetzen. Der Staat hat in zunehmendem Maße eine fürsorgende Rolle übernommen. Das Sozialrecht macht inzwischen einen sehr erheblichen Teil des öffentlichen Rechts aus. Dies gibt dem öffentlichen Recht eine neue Ausrichtung. Die überkommenen Handlungsformen – vereinfacht Erlaubnis und Verbot – werden ergänzt durch Gewährungen oder auch faktische, rechtlich nicht begründete Leistungen. Die zahlreichen Fürsorgeleistungen stellen die Rechtspraxis, insbesondere die Gerichte, und die Dogmatik vor ganz neue Herausforderungen. Das gilt etwa für Leistungsgewährung ohne gesetzliche Grundlage. Das deutsche Verwaltungsrecht verlangt für staatliche Leistungen – im Gegensatz zu staatlichen Eingriffen in Rechte – keine gesetzliche Grundlage. Die Erwähnung entsprechender Leistungen im Haushaltsgesetz erscheint als eine hinreichende gesetzliche Legitimierung.<sup>51</sup> Die Leistungserbringung beruht häufig auf verwaltungsinternen Regelungen, denen

49. Wolf-Rüdiger Schenke, Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Randnummer 334 ff.

50. Jochen Abr. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, Berlin u.a. 1993

51. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auf. München, 2007, S. 123; Bundesverwaltungsgericht 6, 282

allerdings eine Außenwirkung abgeht. Die Verwaltungsrechtsprechung hat bestimmt, dass eine an derartigen Verwaltungsrichtlinien ausgerichtete Verwaltungspraxis zusammen mit dem im Grundgesetz in Art. 3 festgeschriebenen Gleichheitssatz ein Anspruch auf entsprechende Leistungen begründet werden kann.

Im Bereich des Technik- wie auch des Umweltschutzrechts werden technische Normen, die von einschlägigen Gesetzen verlangt werden, vielfach durch interne Verwaltungsvorschriften geregelt. Dies erlaubt eine flexible Anpassung des Rechts an die fortschreitenden technischen Erkenntnisse und die sich daraus ergebenden Anforderungen an die rechtlichen Regelungen. Allerdings wird damit die Frage nach dem normativen Wert derartiger interner Verwaltungsvorschriften aufgeworfen. Da sie keine nach außen gerichtete Bindungswirkung haben – sie begründen weder Pflichten noch Rechte für dritte Personen – stellt sich die Frage nach ihrer Geltung und Anwendbarkeit. Die Gerichte sind in der Regel an derartige Verwaltungsvorschriften nicht gebunden, da sie nur das Recht förmlich verkündete Recht anzuwenden haben.

#### 2.6.4. Beamtenschaft

Das deutsche öffentliche Recht ist ganz wesentlich geprägt von seinen Trägern, der Beamtenschaft. Die Beamten waren nicht nur in besonderer Weise – vielfach als Juristen – zur Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben qualifiziert, sie stehen auch in den Traditionen in einem besonderen Verhältnis zum Staat, das sich in vielerlei Hinsicht von den üblichen Arbeitsverhältnissen unterscheidet. Ein zentrales Charakteristikum ist die besondere Loyalitätspflicht des Beamten gegenüber dem Staat, der eine Schutz- und Fürsorgepflicht des Staates gegenüber dem Beamten entspricht. Der Beamte hat nicht dieselben arbeitsrechtlichen Rechte wie der Angestellte. So ist ihm ein Streikrecht verwehrt, er hat seine volle Arbeitskraft dem Staat zur Verfügung zu stellen. Umgekehrt muss der Staat dem Beamten eine angemessene Alimentation zahlen, die auch die Familie einschließt. Da der Beamte mit dem Staat keinen Arbeitsvertrag schließt, muss der Staat durch Gesetz die Beamtenbesoldung regeln. Wird die Besoldung zu gering festgesetzt, haben die Beamten das Recht, dagegen vor dem Bundesverfassungsgericht zu klagen.<sup>52</sup> Der Klageweg tritt damit an die Stelle des Streikrechts.

---

52. BVerfGE 44, 249

Das Verhältnis zwischen dem Staat und den Beamten wurde durch die überkommenen Regeln des Berufsbeamtentums bestimmt, welche in Art. 33 Abs. 5 auch eine Aufnahme in das Grundgesetz gefunden haben. Das Berufsbeamtentum gewann so nicht nur den Charakter einer verfassungsrechtlichen Institution. Es war darüber hinaus gegen eine Abschaffung und gegen einfachgesetzliche Eingriffe in den Kern geschützt.

Welche Tätigkeiten von Beamten wahrgenommen wurden, ergab sich aus Traditionen. In der Regel übten Beamte den gesamten öffentlichen Dienst aus, von den Polizeiaufgaben bis hin zur Daseinsvorsorge etwa bei der Post oder der Bahn. Eine erhebliche Reduzierung der Beamtenschaft erfolgte erst mit der Privatisierung staatlicher Aufgaben.

Das deutsche Berufsbeamtentum geriet allerdings auch mit dem EU-Recht in Konflikt. Zwar sah der ursprüngliche Art. 48 Abs. 4 EG-Vertrag vor, dass die Beamtentätigkeit nicht unter die Freizügigkeitsklauseln des Gemeinschaftsrechts fallen, doch bestimmte der Europäische Gerichtshof in Luxemburg, dass die Staaten bei der Bestimmung der Tätigkeiten, welche nur von Beamten wahrgenommen werden können, nicht frei sind. Vielmehr dürfen nur solche Aufgaben Beamten und damit eigenen Staatsangehörigen – und entsprechend Richtern und Soldaten – vorbehalten werden, welche auf das engste mit der hoheitlichen Gewaltausübung verbunden sind. Dazu zählen etwa die Polizei, die Rechtsprechung, die Landesverteidigung, nicht hingegen etwa bloße pädagogische Tätigkeiten.<sup>53</sup>

Der Bundesgesetzgeber reagierte auf die Rechtsprechung des EuGH mit der Entkoppelung der Beamteneigenschaft von der Notwendigkeit der deutschen Staatsangehörigkeit; seit 1993 können auch EU-Bürger Beamte im deutschen Staatsdienst werden.<sup>54</sup>

### 2.6.5. Privatisierungstendenzen und das öffentliche Recht

Seit den achtziger Jahren werden die staatlichen Funktionen von einer Privatisierungswelle erfasst, die zu neuen Handlungsformen im öffentlichen Recht

53. Entscheidung des EuGH im Fall Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg. 1986, S. 2121

54. § 4 Abs. 1 Br. 1 Beamtenrechtsrahmengesetz

führt. Aus Sicht des öffentlichen Rechts ist dabei weniger interessant die Vollprivatisierung von Bereichen, die zuvor in staatlicher Hand lagen, wie etwa die Post oder die Bahn. Hier erfolgt ein Übergang auch von der öffentlich-rechtlichen in die privatrechtliche Handlungsform. Der Staat behält sich in diesen Feldern zu meist nur Residualkompetenzen vor, wie etwa die Regelung von Preisbestimmungen, solange noch kein Wettbewerb hergestellt ist.

Eine dogmatisch größere Herausforderung stellen aber die Bereiche dar, in denen der Staat private Partner zur Aufgabenerfüllung heranzieht, etwa im Rahmen von public-private partnerships. Der private Partner soll know how, ein stärkeres Effizienzdenken und größere Flexibilität in die Wahrnehmung von Staatsfunktionen einbringen. Dies wird praktiziert auf so unterschiedlichen Feldern wie dem Städtebau, dem Straßenbau, dem Umweltschutz, der Abwasserentsorgung oder auch im sozialrechtlichen Bereich. Allerdings hat sich bislang noch kein gesetzlich vorgegebener Kanon von verwaltungsrechtlichen Handlungsformen herausgebildet. Die Verwaltung hat vielmehr freie Hand bei der Wahl ihrer Mittel. Die Verwaltung kann etwa durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages Privaten die Wahrnehmung von Aufgaben übertragen, welche ursprünglich vom Staat wahrgenommen werden. So wird in jüngerer Zeit zunehmend der Bau, Unterhalt und Betrieb von Autobahnen privaten Unternehmen übertragen, welche dafür die von den Lastkraftwagen zu zahlenden Maut einnehmen. Möglich ist auch der Abschluss von öffentlich rechtlichen Verträgen, und schließlich können Gesellschaften gegründet werden, in denen die öffentliche Hand und die Privaten gleichberechtigte Gesellschafter sind.

In den letzten 15 Jahren verbreitete sich in der Kommunalverwaltung die Praxis, Einrichtungen der Daseinsversorgung – wie etwa der Abwasserentsorgung – privaten, zumeist ausländischen Investoren zu überschreiben und deren Dienste dann zu leasen. Was anfangs ein für alle Seiten einträgliches Geschäft war, erwies sich in der jüngsten Wirtschaftskrise als ein Desaster für die Kommunen, welche durch die komplizierten Geschäfte, die ihnen ein erhebliches Haftungsrisiko aufbürdeten, an die Grenzen ihrer wirtschaftlichen Belastungsfähigkeit geführt worden sind.<sup>55</sup>

---

55. Michael Droege, Die Wiederkehr des Staates – Eigentumsfreiheit zwischen privatem Nutzen und sozialisiertem Risiko, Deutsche Verwaltungsblätter 2009, S. 1415

Die Bürger sind durch die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch public private partnerships in unterschiedlicher Weise betroffen. Soweit etwa eine Aufgabe der Daseinsvorsorge durch eine Gesellschaft des privaten Rechts wahrgenommen wird, in der zugleich private und öffentlich-rechtliche Gesellschafter vertreten sind, werden die entsprechenden Leistungen nach zivilrechtlichen Bestimmungen erbracht; allerdings sind derartige Unternehmen im Gegensatz zu rein zivilrechtlichen Gesellschaften unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Auch kann bei der Einrichtung einer public private partnership privaten Investoren von der öffentlichen Seite zugesagt werden, dass sie sich aus Gebühren finanzieren, welche die Bürger für die Wahrnehmung von Leistungen zu zahlen haben, welche von der public private partnership erbracht werden. Es lassen sich aber auch Situationen denken, in denen die Errichtung einer public private partnership überhaupt keine Auswirkungen auf die Bürger haben. Weil weder die Bereiche, in denen public private partnerships tätig werden können, noch deren rechtlichen Formen gesetzlich geregelt sind, lassen sich keinen allgemeinen Auswirkungen dieser Verwaltungsform auf die Bürger benennen.

## 2.7. Das öffentliche Recht und das Europarecht

Lange Zeit wurde das Europarecht als eine eigene Rechtsquelle betrachtet, welche zwar über die Zustimmungsgesetze zum Primärrecht und die Öffnungsklauseln in der Verfassung, zunächst Art. 24 GG, später Art. 23 GG, in die innerstaatliche Rechtsordnung eingelassen wurden, aber doch autonom neben dem innerstaatlichen Recht bestand. Der Vorrang des Europarechts wurde im Prinzip anerkannt, aber dies bedeutete doch nicht, dass europarechtswidriges innerstaatliches Recht ungültig wurde; es bleibt nur im konkreten Fall unangewandt.

Hinzutritt, dass das Europarecht aufgrund des Prinzips der *compétences attribuées* sich nur in den Bereichen entfalten kann, in welchem EU-Zuständigkeiten begründet worden sind. Grundsätzlich bleibt das Verfassungsrecht den Mitgliedstaaten vorbehalten. Das Gleiche gilt für das Verwaltungsverfahrensrecht, das Verwaltungsprozessrecht oder das Staatshaftungsrecht. Doch zeigte sich, dass sich das Europarecht nicht aus diesen Materien heraushalten ließ. So hat denn auch das Bundesverfassungsgericht den EuGH im Vorlageverfahren nach Art. 267 VAEU als gesetzlichen Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bezeichnet.<sup>56</sup>

---

56. BVerfGE 73, 339

Damit werden die Vorlageverfahren in die deutsche Prozessordnung integriert, und im Fall der Verletzung kann der einzelne im Wege der Verfassungsbeschwerde seinen Anspruch auf den gesetzlichen Richter geltend machen.

Das Grundgesetz wurde etwa nach der Tanja-Kreil-Entscheidung des EuGH betreffend die Zulassung der Frauen zu den Streitkräften geändert.<sup>57</sup> Es stellte sich aber weiterhin die Frage nach dem Vorrang des Grundgesetzes vor dem Europarecht. Während aus Sicht des Europarechts, wie sie durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geprägt worden ist, ein unbedingter Geltungsvorrang des Europarechts vor dem nationalen Recht anzuerkennen ist, hat das Bundesverfassungsgericht in dieser Hinsicht in beständiger Rechtsprechung Vorbehalte angemeldet.<sup>58</sup> Insbesondere der Schutz der Grundrechte durfte durch den Vorrang des Europarechts keine Einschränkung erfahren. Während noch in den siebziger Jahren das Bundesverfassungsgericht einen Prüfungsvorbehalt für die durch deutsche Organe angewendeten europarechtlichen Normen geltend machte<sup>59</sup>, sah es Mitte der achtziger Jahre die Grundrechte auf europäischer Ebene als hinreichend gesichert an, um seine Prüfungskompetenz auszusetzen, solange dieser Schutz durch den EuGH Fortsetzung finde.<sup>60</sup> Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht zu keinem Zeitpunkt eine europarechtliche Norm für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt. Doch zeigt die Rechtsprechung, dass das Gericht den Vorrang des Europarechts vor dem Verfassungsrecht nur bedingt anerkennt.

Die Vorrangfrage erfuhr noch eine Weiterung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum kompetenzwidrig erlassenen Europarecht. Nach dem Vertrag – heute Art. 267 VAEU – kommt es dem EuGH zu, eine Kompetenzverletzung durch eine Sekundärnorm des Europarechts festzustellen. Dies folgt schon aus dem Gedanken der Einheit des Rechtsraums. Das Bundesverfassungsgericht hält dem entgegen, dass das Europarecht nur aufgrund des jeweiligen Zustimmungsgesetzes zu den Primärnormen im innerstaatlichen Rechtsraum Anwendung findet. Wieweit den europäischen Organen Kompe-

---

57. Art. 12 a GG in der Fassung vom 19. Dezember 2000

58. BVerfGE 37, 271; 73, 339; 89, 155; Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

59. BVerfGE 37, 271

60. BVerfGE 73, 339

tenzen übertragen worden sind, hängt nicht nur von der Auslegung des Europarechts durch den EuGH, sondern auch von der Auslegung des nationalen Zustimmungsgesetzes ab, und dies komme den nationalen Gerichten zu. Damit behält sich das Verfassungsgericht die Überprüfung auf eine mögliche Vertragsverletzung vor und schirmt somit das nationale Recht, insbesondere auch das öffentliche Recht gegen ein unkontrollierbares Eindringen des Europarechts in den innerstaatlichen Rechtsraum ab.<sup>61</sup>

Im Verwaltungsrecht liegen die Dinge ähnlich komplex. Das deutsche Staatshaftungsrecht hat sich aus einem Konglomerat unterschiedlicher Prinzipien entwickelt, die bis zum heutigen Tag nicht in einem einheitlichen Gesetz kodifiziert worden sind.<sup>62</sup> Eine Haftung aus gesetzlichem Unrecht wird mehrheitlich noch von der Doktrin wie von der Rechtsprechung abgelehnt. Es fehle dafür an einer rechtlichen Grundlage. In der berühmten Francovich-Entscheidung hat der EuGH den Staat für die Nichtumsetzung von EU-Richtlinien, welche Rechte von einzelnen vorsehen, haftbar gemacht.<sup>63</sup> Damit ist ein Einstehen für die Nichtumsetzung von Richtlinien durch die Legislative eine Begründung für die Staatshaftung, wodurch das deutsche Staatshaftungsrecht als Teil des Verwaltungsrechts eine Weiterung erfährt, die so in ihm nicht angelegt ist.

Bemerkenswert ist auch der Einfluss des Europarechts auf die Frage des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht. Die deutsche Doktrin wie auch die Rechtsprechung haben ein fein ausgearbeitetes System der Rücknahme von Verwaltungsakten entwickelt.<sup>64</sup> Soweit ein berechtigtes Vertrauen auf den Bestand eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes ausgeübt worden ist und die aus dem Verwaltungsakt fließenden materiellen Vorteile aufgebraucht sind, besteht in der Regel keine Pflicht zur Rückzahlung der zu Unrecht erhaltenen Gelder. Der EuGH hat allerdings entschieden, dass im Hinblick auf den Schutz gegen Wettbewerbsverzerrung an das Bestehen eines berechtigten Vertrauens viel strengere Maßstäbe anzulegen sind als im deutschen Recht.<sup>65</sup> Dies geht so weit, dass nach

---

61. BVerfGE 89, 155; Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

62. Der Versuch einer Kodifizierung des Staatshaftungsrechts Anfang der achtziger Jahre scheiterte an einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, das dem Bund die Gesetzgebungskompetenz in diesem Bereich absprach.

63. EuGH Slg. 1991 I, 5357

64. § 48 und 49 Verwaltungsverfahrensgesetz

65. EuGH Slg. 1983, 2633

Maßstäben des deutschen Verwaltungsrechts in diesen Fällen gar kein Vertrauen mehr geschützt wird.

### 3. Künftige Aufgaben des öffentlichen Rechts

Das öffentliche Recht in Deutschland steht vor großen Herausforderungen. Zum einen wird die Frage immer drängender, wieweit der Staat überhaupt noch in der Lage ist, die vielfachen sozialen Aufgaben wahrzunehmen, die ihm in den letzten Jahrzehnten zugewachsen sind oder derer er sich angenommen hat. Mit dem demographischen Wandel wächst der Anteil der Bevölkerung, die von Transferleistungen lebt, wie umgekehrt der Anteil schrumpft, der in die Sozialversicherungen einzahlt. Damit stellt sich die Frage, ob die bisherige umfassende staatlich garantierte Sozialversicherung auch künftig wird aufrecht erhalten werden können. Wenn dies auch in erster Linie eine politische Frage ist, bleibt dies doch nicht ohne Auswirkungen auf das öffentliche Recht. Die Frage wird nämlich sein, wieweit der Staat durch einen Rückzug auf eine Garantie einer Mindestversorgung das Feld frei macht für eine privatrechtliche Vorsorge, was mit einem entsprechenden Rückzug auch des öffentlichen Rechts auf diesem Feld einherginge.

Eine weitere große Aufgabe, derer sich das öffentliche Recht in Deutschland – aber nicht nur hier – wird annehmen müssen, ist die Frage nach der Generationengerechtigkeit. Hier seien nur zwei Aspekte aufgezeigt, nämlich der Umweltschutz und die Staatsverschuldung. Der Umweltschutz muss weiter dahin ausgebaut werden, dass stärker noch als bisher auch die Belange zukünftiger Generationen in Rechnung gestellt werden. Er wurde zwar inzwischen als Staatsziel in das Grundgesetz eingeführt, doch wird er bislang nach herrschender Auffassung als ein Auftrag an den Gesetzgeber aufgefasst, der in der Rechtsprechungspraxis als Rechtfertigung für Eingriffe in das Privateigentum dient. An effizienten Verfahren zur Durchsetzung des Umweltschutzes im Interesse künftiger Generationen mangelt es noch. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass noch nicht überzeugend dargelegt worden ist, wer diese Interessen gegenüber der gegenwärtigen Generation wahrnehmen soll. Denn der demokratische Wille wird immer von der gegenwärtigen Generation ausgedrückt. Die Einbeziehung der zukünftigen Generationen hieße, dass ihnen ihre Wünsche unterstellt werden, und dies ginge immer nur durch die gegenwärtige Generation, sie wird sich schwer transzendieren können. Desungeachtet bleibt es ein Desiderat, dass

die politische Gestaltung nicht nur im Rhythmus der Legislaturperioden politisch gestaltet. Das öffentliche Recht ist aufgerufen, hier neue Wege aufzuzeigen.<sup>66</sup>

Bei den Staatsfinanzen ist die Berücksichtigung der Interessen künftiger Generationen jedenfalls in Angriff genommen. 2009 kam die sogenannte Schuldenbremse in das Grundgesetz, derzufolge die Nettoneuverschuldung nicht 0,35% des nominalen Bruttoinlandsprodukt überschreitet. Allerdings sieht die Bestimmung auch wieder Ausnahmen vor, und gerade die wirtschaftspolitischen Reaktionen im Zusammenhang mit der jüngsten Finanzkrise werfen Fragen auf, ob nicht in Notsituation derartige Bestimmungen durch den Zwang der Umstände beiseite geschoben werden. Die Schuldenbremse hat ihre Bewährungsprobe noch nicht bestehen müssen, weil sie erst von 2017 an gelten soll.<sup>67</sup>

Unbeantwortet ist noch die Frage, wieweit das deutsche Rechtssystem selbst die Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union zulässt, ohne dass es aufhört, als Staatsrecht qualifiziert werden zu können. Mit besonderer Dringlichkeit stellt sich das Problem im Verfassungsrecht. Wird es möglich sein auf gewissermaßen verfassungsmäßige Weise das Ende der Verfassung einzuläuten, indem so viele Kompetenzen vom Staat auf die Europäische Union übertragen werden, dass der Staatscharakter der Bundesrepublik Deutschland verloren geht und damit auch die Verfassung ihrer Funktion und ihres Sinnes enthoben wird. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner bekannten Lissabon-Entscheidung die Grenzen von Kompetenzübertragungen aufgezeigt und festgestellt, dass die Verfassung als solche eine völlige Aufgabe der Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland nicht erlaube. Die Entscheidung darüber, ob Deutschland von einem bestimmten Zeitpunkt an in einer überstaatlichen Union aufgehen soll, komme dem Volk zu, das insofern aufgerufen sein müsste, in einem Volksentscheid darüber zu entscheiden. Die Verfassung selbst sieht einen solchen Volksentscheid nicht vor. Damit fände eine endgültige Überführung der Staatlichkeit außerhalb der bestehenden Verfassung statt.<sup>68</sup>

---

66. Matthias Hartwig, La costituzione come promessa del futuro, in, Raffaele Bifulco, Antonio d'Aloia, Un diritto per il futuro, Napoli 2008, S. 57

67. Christofer Lenz/Ernst Burgbacher, Die Schuldenbremse im Grundgesetz, NJW 2009, S. 2561

68. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

## Bibliographie

### 1. Kaiserreich

#### A. Verfassungsrecht

PAUL LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Freiburg, 1883.

OTTO MAYER, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Leipzig, 1885.

ERNST FORSTHOFF, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 4. Aufl. Stuttgart 1972.

DIETMAR WILLOWEIT, Deutsche Verfassungsgeschichte, München 2005.

MICHAEL, STOLLEIS, Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München 1992.

#### B. Verwaltungsrecht.

OTTMAR BÜHLER, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung,

### 2. Weimarer Zeit

#### A. Verfassungsrecht

GERHARD ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Berlin 1929.

HANS CARL NIPPERDEY, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Mannheim 1929.

CARL SCHMITT, Verfassungslehre, 3. Aufl. Berlin 1957.

RUDOLF SMEND, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. Berlin 1994.

HERMANN HELLER, Staatslehre, Leiden 1971; ders. Grundrechte und Grundpflichten, in: H. Heller, Gesammelte Schriften Bd. 2, S. 281.

#### B. Verwaltungsrecht

MICHAEL STOLLEIS, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München, 1999.

WALTER JELLINEK, Verwaltungsrecht, Berlin 1929.

### 3. Bundesrepublik Deutschland

#### A. Verfassungsrecht

KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1999.

ISENSEE, JOSEF/KIRCHHOFF, Paul, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. Heidelberg, Bd. 1-7, ab 2003.

KLAUS STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1-5, München ab 1977.

#### B. Verwaltungsrecht

HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009.

FRIEDHELM HUFEN, Verwaltungsprozessrecht, München 2008.

**KURZFASSUNG****Revista catalana de dret públic**, 41, ISSN 1885-5709, 2010

Klassifikation gemäß: Universelle Dezimalklassifikation (UDK)

Verschlagwortung: durch den Autor

342 (430)

Matthias Hartwig, Dr. iur. Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerr

**de Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des öffentlichen Rechts in Deutschland**  
p. 143-184

Das deutsche öffentliche Recht hat sich unter ausländischen Einflüssen, insbesondere aus Frankreich, in den letzten beiden Jahrhunderten entwickelt. Allerdings wurden seine Eigenarten von den besonderen Bedingungen der deutschen Geschichte geprägt. Dies gilt sowohl für die Ausformung der föderalen Struktur wie auch für die zentrale Rolle der Grundrechte im Rechtsgefüge wie auch schließlich für den umfassenden Rechtsschutz gegen jede Form staatlicher Hoheitsakte sowohl durch die Verwaltungs- wie auch

durch die Verfassungsgerichte. Ob diese rechtsstaatliche Identität der Bundesrepublik Deutschland im Laufe einer weiteren Integration auf europäischer Ebene bewahrt werden kann, ob überhaupt noch von einer Staatlichkeit gesprochen werden kann, wenn noch weitere wesentliche staatliche Funktionen auf die Europäische Union übertragen werden, ist eine der großen Fragen, vor der das öffentliche Recht in der Theorie wie auch in der Praxis steht und auf die über kurz oder lang eine Antwort gefunden werden muss.

---

Schlüsselbegriffe: Menschenrechte; Verfassung; Verwaltungsrecht; Subjektives Recht; Föderalismus.

## RESUM

**Revista catalana de dret públic**, 41, ISSN 1885-5709, 2010

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

---

342 (430)

Matthias Hartwig, doctor en dret, associat d'investigació de l'Institut Max-Planck de Dret Públic Comparat i Dret Internacional

### **de Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des öffentlichen Rechts in Deutschland**

ca Passat, present i futur del dret públic a Alemanya

p. 143-184

El dret públic alemany s'ha desenvolupat sota les influències estrangeres, particularment de França, en els últims dos segles. Tanmateix, les seves particularitats han estat modelades per les condicions específiques de la història alemanya. Això és vàlid tant per a la configuració de l'estructura federal, com per al paper central dels drets fonamentals en el sistema judicial, així com, finalment, per a la plena protecció jurídica contra qualsevol forma d'acte de sobirania de l'Estat, tant per part dels òrgans d'admi-

nistració, com pels tribunals constitucionals. Saber si es pot mantenir aquesta identitat constitucional de la República Federal d'Alemanya en el curs d'una major integració a nivell europeu, i és més, si es pot parlar encara d'estatalitat, quan cada vegada funcions més importants de l'Estat es transfereixen a la Unió Europea, és una de les grans preguntes davant de les quals es troba el dret públic tant en la teoria com a la pràctica i a la qual tard o d'hora s'ha de trobar una resposta.

---

Paraules clau: drets humans; Constitució; dret administratiu; dret subjectiu; federalisme.

**RESUMEN****Revista catalana de dret públic**, 41, ISSN 1885-5709, 2010

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

342 (430)

Matthias Hartwig, doctor en derecho, asociado de investigación del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional

**de Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des öffentlichen Rechts in Deutschland**

es Pasado, presente y futuro del derecho público en Alemania

p. 143-184

El derecho público alemán se ha desarrollado bajo las influencias extranjeras, particularmente de Francia, en los últimos dos siglos. Sin embargo, sus particularidades han sido moldeadas por las condiciones específicas de la historia alemana. Esto es válido tanto para la configuración de la estructura federal, como para el papel central de los derechos fundamentales en el sistema judicial, así como, finalmente, para la plena protección jurídica contra cualquier forma de acto de soberanía del Estado, tanto por parte de los órganos de administración, como por los tri-

bunales constitucionales. Saber si se puede mantener esta identidad constitucional de la República Federal de Alemania en el curso de una mayor integración a nivel europeo, y es más, si se puede hablar todavía de estatalidad, cuando cada vez funciones más importantes del Estado se transfieren a la Unión Europea, es una de las grandes preguntas ante las cuales se encuentra el derecho público tanto en la teoría como en la práctica y a la cual tarde o temprano debe encontrarse una respuesta.

Palabras clave: derechos humanos; Constitución; derecho administrativo; derecho subjetivo; federalismo.

## ABSTRACT

**Revista catalana de dret públic**, 41, ISSN 1885-5709, 2010

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

---

342 (430)

Matthias Hartwig, Doctor of Law, Research Fellow at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law

### **de Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des öffentlichen Rechts in Deutschland**

en The Past, Present and Future of Public Law in Germany

p. 143-184

Over the last two centuries, German public law has developed under foreign influences, particularly from France. Nevertheless, its particularities have been molded by the specific conditions of German history. This is valid both for the configuration of federal structure and for the central role of basic rights in the judicial system, as well as, lastly, for full legal protection against any type of act of State sovereignty, from administrative bodies as well from the constitutional courts.

Knowing whether it will be possible to maintain this constitutional identity of the Federal Republic of Germany in the midst of increasing integration in Europe, and furthermore, if one can still speak of statehood, when increasingly important functions of the State are being transferred to the European Union, is one of the major questions facing public law both in theory and in practice, a question to which, sooner or later, an answer must be found.

---

Key words: human rights; Constitution; administrative law; subjective law; federalism.