

HANS-DETLEF HORN

Die grundrechts-  
unmittelbare Verwaltung

*Jus Publicum*

42

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 42





Hans-Detlef Horn

# Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung

Zur Dogmatik des Verhältnisses zwischen Gesetz,  
Verwaltung und Individuum unter dem Grundgesetz

Mohr Siebeck

*Hans-Detlef Horn*, geboren 1960; 1982–1987 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bayreuth; 1989 Promotion; 1989–92 Referendariat; 1992 Zweite Juristische Staatsprüfung; 1992–98 wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bayreuth; 1998 Habilitation; 1998–1999 Vertretung des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München; 1999 Ruf auf eine Professur für Öffentliches Recht an der Philipps-Universität Marburg.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Horn, Hans-Detlef:*

Die grundrechtsummittelbare Verwaltung: zur Dogmatik des Verhältnisses zwischen Gesetz, Verwaltung und Individuum unter dem Grundgesetz /

Hans-Detlef Horn. – Tübingen: Mohr Siebeck, 1999

(Jus publicum; Bd. 42)

ISBN 3-16-147221-7

978-3-16-158079-6 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1999 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Times-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Nieferrn gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

## Vorwort

Der Kampf um die Eigenständigkeit der Verwaltung ist wieder im Gange. Er zeigt die Notwendigkeit, auch nach 50 Jahren Grundgesetz das Verständnis der verfassungsstaatlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland fortwährend neu zu überdenken. Dieser Notwendigkeit stellt sich die vorliegende Untersuchung. Sie entstand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften von Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Schmitt Glaeser und wurde im Sommersemester 1998 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Habilitationsschrift angenommen. Für die Drucklegung sind die nötigen Aktualisierungen erfolgt.

Mit Freuden sage ich Dank: zuvörderst und besonders Herrn Schmitt Glaeser, meinem verehrten Lehrer, für das persönliche und fachliche Vertrauen, das er mir über all die Jahre als sein Assistent geschenkt und das nicht nur diese Arbeit in vielfältiger Weise fordernd wie fördernd begleitet hat; sodann Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Häberle für die überaus schnelle Erstellung des Zweitberichts, den Herren Professoren Dr. Wilfried Berg und Dr. Dr. Wilhelm Mößle für ihre gutachtlichen Stellungnahmen sowie der gesamten Professorenschaft der Bayreuther Fakultät, dabei namentlich ihrem damaligen Dekan, Herrn Prof. Dr. Andreas Remer, für die zügige Durchführung des Habilitationsverfahrens. In verschiedenen Entwicklungsstadien der Arbeit erfuhr ich hilfreiche Unterstützungen von Frau Assessorin Katja Tovarek und Herrn Dr. Arnd-Christi-an Kulow; auch ihnen gilt mein Dank. Schließlich danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Gewährung einer Druckbeihilfe und dem Verlag Mohr Siebeck für die ansprechende Publikation.

Bayreuth, im April 1999

Hans-Detlef Horn



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Einführung .....	1

## *Erster Teil*

### Die doppelte Rechtsbindung der „vollziehenden Gewalt“ als verfassungsrechtlicher Befund

<i>I. Kapitel: Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzmäßigen Verwaltung</i> .....	21
I. Der Vorrang des Gesetzes .....	22
II. Der Vorbehalt des Gesetzes .....	28
1. Grundaussagen .....	28
2. Kein allgemeines Vorbehaltsprinzip .....	31
3. Die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte und der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes .....	33
III. Vom Vorbehalt des Gesetzes zum Vorenthalt des Wesentlichen .....	43
1. Die Lösung von überholten Formeln .....	43
2. Der Vorenthalt der „Gesetzgebung“ in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG .....	46
3. Der Wechsel der Vorbehaltsfrage als Verschiebung der Vorbehaltsdogmatik .....	49
4. Zum Gesetzgebungsbegriff der Wesentlichkeitslehre .....	55
5. Die Wesentlichkeitslehre als Funktionenlehre auch zur anderen Seite hin .....	62
a) Der originäre Funktionsbereich der vollziehenden Gewalt .....	62
b) Das Ordnungs„recht“ der Exekutive .....	64
c) Das Anordnungs„recht“ der Exekutive .....	73
6. Das Wesentliche und sein Kriterium der Grundrechtsrelevanz ...	80
a) Die politische Teilhabe als Grund .....	80

b) Die Grundrechte als Anlaß .....	84
7. Fazit und Ausblick .....	89
2. Kapitel: Die unmittelbare Grundrechtsbindung der Verwaltung .....	93
I. Verfassungsstaatliche Grundlegung des Art. 1 Abs. 3 GG .....	96
1. Menschenrechte und Grundrechte .....	96
2. Grundrechte und Gewaltenteilung .....	100
a) Der Brückenschlag zu Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG .....	100
b) Organe oder Funktionen? .....	105
II. Inhalt und Bedeutung der Grundrechtsbindung, insbesondere der vollziehenden Gewalt .....	111
1. Hermeneutische Annäherungen .....	111
a) Die vollziehende Gewalt als Grundrechtsadressat .....	111
b) Die Grundrechte als unmittelbar bindendes Recht .....	114
2. Der Bindungsfaktor: die „nachfolgenden Grundrechte“ .....	124
a) Die verfassungsrechtliche Geltungsqualität der Grundrechte ..	124
b) Der inhaltsneutrale Gehalt des Grundrechtsbegriffs .....	130
c) Der adressatenneutrale Selbststand des Grundrechtsbegriffs ...	138
aa) Grundrechtsbezogene Gesetzgebung .....	141
bb) Gesetzesbezogenheit von Grundrechten? .....	148
(1) Das Abwehrrecht .....	148
(2) Die grundrechtliche Schutzpflicht .....	150
Exkurs: Die Wesentlichkeitstheorie im (Grund-)	
Rechtsdreieck Staat – Opfer – Störer .....	154
Fortsetzung: Die These von der „Gesetzes-	
mediatisierung“ .....	157
3. Die Bindungsmodalität: „unmittelbar“ .....	169
a) Die Doppeldeutigkeit des Begriffs .....	169
b) Die unmittelbare Bindung der Gesetzgebung .....	175
c) Die unmittelbare Bindung der vollziehenden Gewalt .....	178

### Zweiter Teil

## Von der Gesetzesmediatisierung der Grundrechtsbindung zur Grundrechtsgemäßheit der Gesetzesbindung

1. Kapitel: Die Doppelbindung als verfassungsrechtliches Problem ...	185
I. Verdrängung und Konfrontation .....	186
1. Das Gesetz als der primäre Bindungsfaktor .....	186
2. Das latente Dilemma im dogmatischen „Ausnahmestand“ .....	194

II. Gründe und Gegengründe .....	199
1. Der Vorrang der Grundrechte in der Rechtsanwendung .....	199
a) Stufenbauprobleme .....	199
b) Die Derogationsnorm des Art. 1 Abs. 3 GG .....	203
c) Die Nichtanwendung des grundrechtswidrigen Gesetzes unter „Kompetenz“vorbehalt .....	210
d) Fazit .....	218
2. Grundrechtssicherung und -verwirklichung durch Gesetzmäßigkeit .....	220
a) Die Schutzschirmdoktrin .....	220
b) Gesetzliche Freiheit und gesetzmäßige Verwaltung .....	222
c) Grundrechtliche Freiheit und gesetzmäßige Verwaltung .....	228
d) Fazit .....	234
2. Kapitel: Die Gesetzmäßigkeit als Staatsorganisationsprinzip verfassungsrechtlicher Legitimität .....	235
I. Gesetzmäßigkeit und Gewaltenteilung .....	240
1. Art. 1 Abs. 3 GG als Anhalt grundrechtlicher Rekonstruktion . . .	240
2. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip im Wandel des Gewaltenteilungs- verständnisses .....	249
a) Grundpositionen .....	249
b) Die materielle Funktionentheorie .....	257
c) Die Gewaltenteilung als Prinzip der demokratischen Verfassung .....	260
3. Gewaltenteilung und Prinzip der Gesetzmäßigkeit im demokratischen Grundrechtsstaat .....	263
II. Explikationen und Perspektiven .....	269
1. Die aufgelöste Spannung .....	269
2. Die bleibende Aufgabe .....	270
Literaturverzeichnis .....	273
Sachverzeichnis .....	301



## Einführung

(1) Art. 1 Abs. 3 GG bindet Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht. Was das Bundesverfassungsgericht als „Leitnorm“ bezeichnet,<sup>1</sup> bildet im Verbund mit der Menschenwürdegarantie und dem Menschenrechtsbekenntnis in Art. 1 Abs. 1 und 2, der Verfassungsvorrangsregel des Art. 20 Abs. 3, der Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 und der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG das „Herzstück des grundgesetzlichen Verfassungswerks“<sup>2</sup>. Die Anordnung der unmittelbaren Grundrechtsgeltung und Grundrechtsverpflichtung aller Staatsgewalt entfaltet die deutsche Staatlichkeit zu moderner Verfassungs-Staatlichkeit, die sich über das konstitutionelle Staatsdenken der Vergangenheit grundlegend erhebt. In den Anfangsjahren des Grundgesetzes noch deutlich hervorgehoben, gilt der (Sinn- und Wert-)Gehalt des Art. 1 Abs. 3 GG heute als Selbstverständlichkeit.<sup>3</sup> Er bildet so das ebenso epochale wie mittlerweile fraglose Identitätsmerkmal des grundgesetzlichen Staates.

Doch hieße es Fraglosigkeit mit Problemlosigkeit verwechseln, ließe man es dabei bewenden. Denn besteht auch über die Bedeutung des „Herzens“ kein Zweifel, so gilt gleiches doch nicht für seine Wirkungsweise im „Körper“ der Verfassung.<sup>4</sup> Die Feststellung gewinnt Brisanz vor dem Hintergrund, daß sich die verfassungsstaatliche Identität der Bundesrepublik Deutschland im Sog der internationalen Kooperation und europäischen Integration darstellen und behaupten will. Betroffen ist die Frage, um die die mehr als zweihundertjährige Entwicklungsgeschichte des verfaßten Staates kreist: das Verhältnis zwischen der staatlichen Herrschaftsordnung und der individuellen Statusordnung.<sup>5</sup> Sie ist durch Art. 1 Abs. 3 GG verfassungspositiv entschieden und ist es doch wieder nicht. Gewiß kehrt sich das Grundgesetz hier definitiv gegen das Modell der Über- und Unterordnung, wie es für den Konstitutionalismus monarchisch-ab-

---

<sup>1</sup> BVerfGE 31, 58 (72).

<sup>2</sup> K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 1195.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. R. Herzog (1980), in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20, VI Rn. 3.

<sup>4</sup> Vgl. auch G. Dürig (1958), in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. III Rn. 100: „... in der Exegese des Art. 1 III vieles zweifelhaft“.

<sup>5</sup> Analytisch im Blick auf den Ersten und Zweiten Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung: C. Schmitt, in: HdbDStR, Bd. II, 1932, S. 579ff. (= Verfassungsrechtliche Aufsätze, 3. Aufl. 1985, S. 181ff.). Vgl. auch statt vieler K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 181ff.

solutistischer Provenienz kennzeichnend war. An der exponierten Stelle des Eingangartikels überwindet es die vorgängige, auf die Organisation der politischen Herrschaft bezogene wie vornehmlich beschränkte Verfassungsfunktion. Sie formt die staatliche Ordnung zur verfassungs- und besonders zur grundrechtsgemäßen Ordnung, weil und indem sie in Anerkennung der (Grund-) Rechtssubjektivität des Menschen die Staatsorganisationsordnung und die Grundrechtsordnung der Verfassung aufeinander bezieht. Die Grundrechtsverpflichtung, die Art. 1 Abs. 3 GG anordnet, meint zwar sämtliche Erscheinungen der Staatsgewalt – in Übereinstimmung mit der Verpflichtung „aller staatlichen Gewalt“, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG).<sup>6</sup> Aber doch benennt hier die Verfassung die Passivlegitimation der Grundrechte<sup>7</sup> ausdrücklich in ihrer klassischen Dreiteilung. Art. 1 Abs. 3 GG führt das „tragende Organisations- und Funktionsprinzip des Grundgesetzes“<sup>8</sup>, die Aufgliederung „aller Staatsgewalt“ in Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung, in die Verfassungsordnung ein, verknüpft es mit und knüpft es an die grundrechtliche Wertordnung des Staates, noch bevor es in der Staatsorganisationsnorm des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG seinen Niederschlag findet.<sup>9</sup> Mit dieser Formulierung schlägt das Grundgesetz bewußt eine Brücke über die zurückliegende deutsche Verfassungsgeschichte seit Beginn des 19. Jahrhunderts. Es behauptet – unter Einbezug des Verfassungsimpulses von 1848/49 – eine direkte Verbindung mit dem Verfassungsstaatsdenken, das in den amerikanischen und den französischen Rechteerklärungen seit 1776 und 1789 zum Ausdruck kam und den „entscheidenden Durchbruch zum modernen Verfassungsstaat“ lieferte: „Die Synthese eines Grundrechtskatalogs mit der wesentlichen Organisationsordnung des Staates in einer geschriebenen Verfassungsurkunde, die höheren Rang besitzt als das Gesetz“.<sup>10</sup> So entsprechen die beiden Hauptaussagen des Art. 1 Abs. 3 GG – Geltung der Grundrechte und Bindung der gegliederten Staatsgewalt – ersichtlich dem Kriterium des Verfassungsstaats, das die französische Revolution in Art. 16 der „Déclaration des droits de l’homme et du citoyen“ vom 26. August 1789<sup>11</sup> auf die seither „unwiderstehliche“ Formulierung gebracht hat: „Toute société, dans laquelle la ga-

<sup>6</sup> Vgl. etwa K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 1202f., 1322 m. w. N.; J. Isensee, in: HStR V, 1992, § 115 Rn. 60.

<sup>7</sup> Zur dogmatischen Konstruktion: J. Isensee, in: HStR V, 1992, § 115 Rn. 54ff.

<sup>8</sup> BVerfGE 34, 52 (59).

<sup>9</sup> Die nicht von Anfang an gegebene Wortgleichheit des Gliderungsschemas wurde im Zuge der (zweiten) Wehrverfassungsnovelle mit dem 7. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19. 3. 1956 (BGBl. I S. 111) korrigiert.

<sup>10</sup> K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 83; vgl. auch ders., in: FS für K. Eichenberger, 1982, S. 197ff., insbes. S. 203f.

<sup>11</sup> Mit der Aufnahme in die Verfassung von 1791 zum Bestandteil des positiven französischen Verfassungsrechts geworden.

rantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution“.

Damit ist vom Grundgesetz die Frage des Verhältnisses von Staatsorganisation und Grundrechtsordnung zwar nicht offengehalten, aber durch Art. 1 Abs. 3 GG auch noch nicht gelöst. Denn die neue Verknüpfung impliziert nicht, wie es den flüchtigen Anschein haben könnte, eine Überordnung der Grundrechte und eine Unterordnung der Organisationsnormen.<sup>12</sup> Wohl sind die Grundrechte in ihrem traditionell liberalen Verständnis Grenzen des staatlichen Handelns. Doch schon in ihrer Abwehrriktion sind sie bedingt durch den Staat, sein Recht, seinen Schutz und seine Förderung.<sup>13</sup> Noch viel mehr gilt dies im Blick auf die Gemeinwohlkonzeption der grundgesetzlichen *res publica*. Sie wird dirigiert durch die normativen Grundentscheidungen zugunsten der Würde des Menschen und der Grundrechte und erstrebt nach deren Maß die Integration der grundrechtlichen Individualfreiheiten zu einem Zustand allgemeiner und gleicher Freiheit. Die Anerkennung der Grundrechte als Grenze des Staates und zugleich als Grundlage des Gemeinwesens verwehrt die inhaltliche Regulierung der Freiheit, verlangt aber Möglichkeitsbedingungen und Rahmensetzungen, die die Organisationsform des Staates bereitstellt. Daraus bezieht das verfassungsrechtliche Organisationsrecht seine materiell-rechtliche Bedeutung und werterfüllte Qualität.

In diesem Sinne bilden Grundrechts- und Staatsorganisationsordnung des Grundgesetzes einen integralen Bestandteil der einen Verfassung, nehmen beide Teil an ihrem Vorrang, sind innerlich aufeinander bezogen und bedingen sich wechselseitig in der freiheitlich verfaßten Ordnung. Weder eine hierarchische Rangordnung noch ein beziehungsloser Dualismus beschreibt das verfassungsstaatliche Verhältnis beider Ordnungen, sondern ein beziehungsvolles Miteinander zum Zwecke individueller und gesellschaftlicher Freiheit.<sup>14</sup> Die Unterscheidung meint mithin keine strikte Trennung, sondern ein „komplementäres Verhältnis beider Ordnungsbereiche“<sup>15</sup>. Darin liegt die normative Grundentscheidung der freiheitlichen Verfassungsordnung des Grundgesetzes, im ersten Artikel sogleich prinzipiell und unabdingbar festgelegt. Doch in der Vorgabe des Prinzips erschöpft sich die Aussage der Norm. Art. 1 Abs. 3 GG begründet die Unterscheidung der beiden Ordnungen, bestimmt ihre Komplementarität und bezeichnet deren Sinnrichtung, gestaltet sie aber nicht im einzelnen. Die

<sup>12</sup> Ebenso C. Starck, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Rn. 133; K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 190.

<sup>13</sup> P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, S. 180ff.; J. Isensee, in: HStR V, 1992, § 115 Rn. 137ff.

<sup>14</sup> Siehe dazu auch R. Schmidt, in: FG für O. Mayer, 1916, S. 98; H. Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 339ff.; M. Kriele (1973), in: Recht – Vernunft – Wirklichkeit, 1990, S. 78; K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 181ff.; ders., in: HStR V, 1992, § 108 Rn. 32ff.; J. Isensee, in: HStR V, 1992, § 115 Rn. 102ff.

<sup>15</sup> E. Schmidt-Aßmann, in: HStR I, 1987, § 24 Rn. 46.

konkrete Zuordnung von Staatsorganisations- und Grundrechtsordnung wird durch Art. 1 Abs. 3 GG nicht geleistet. Sie ergibt sich im Kontext des „nachfolgenden“ Verfassungsrechts. Diese Verwiesenheit auf die Gesamtheit und Einheit der Verfassung zeigt an, daß sich das Miteinander weder in schlichte Gleichordnung auflösen<sup>16</sup> noch überhaupt in einem starren Dogma einfangen läßt. Es findet seine volle Ausprägung und Entfaltung erst durch und mit den anderen materiell- und organisationsrechtlichen Vorschriften der Verfassung. Das „Herz“ ist lebendiges Organ im zugehörigen Körper, nicht außerhalb.

(2) Hier eröffnet sich das Betätigungsfeld der (Verfassungs-)Rechtsdogmatik. Das positive Recht ist der Gegenstand ihrer Aufgabe und die Grundlage ihrer Leistungsfähigkeit. Geleitet von den Kunstregeln juristischer Methodik ordnet sie das Recht in Systeme und Begriffe und bezieht die Überzeugungskraft ihrer Sätze aus seiner Autorität.<sup>17</sup> Darin stellt sie sowohl Mittel zur Erkenntnis wie auch Maßstäbe zur Kritik des geltenden Rechts, der Rechtspraxis und der Rechtsentwicklung bereit. Diese „praktische Leistung“<sup>18</sup> juristischer Dogmatik impliziert, daß in das Lehrgebäude der Rechtsdogmatik stets auch die prägenden Rechtsgedanken und fundamentalen Prinzipien, die eine positive Rechtsordnung beherrschen, Eingang finden. Das gilt zumal für die Dogmatik des Staats- und Verfassungsrechts. Will dieses dem nie ruhenden, politischen Leben eine von bestimmten Geltungen und Haltungen getragene rechtliche Form geben, so erschöpft sich die Leistung der Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft nicht in einer „reinen“ Erkenntnis des grammatisch-logischen Aufbaus des gegenwärtig geltenden Rechts. Vielmehr dient die rechtswissenschaftliche Forschung unvermeidlich, weil sie mit der konstruktiv-systematischen Analyse des ins Wort gesetzten, positiven Rechts notwendig zugleich die in ihm wirkenden Rechtsgedanken herauschält und zu Ende denkt, auch der Erkenntnis der Bedeutung des Rechts, „dem erkennenden Verstehen der Wandlungen des Rechts und der kritischen Fortbildung des Rechts“.<sup>19</sup> Hieraus erklärt sich der

<sup>16</sup> Vgl. ausdrücklich *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 190.

<sup>17</sup> Vgl. die prägende Formulierung von *W. Brohm*, VVDStRL 30 (1972), S. 246: „Rechtsdogmatik als ein innersystematisch erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln ..., die als Bestandteil der positiven Rechtsordnung unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen“; ebenso für das Staatsrecht im besonderen *E.-W. Böckenförde* (1983), in: Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 18ff.; für das Verwaltungsrecht *M. Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 9f.

<sup>18</sup> *F. Wieacker*, in: FS für H.G. Gadamer, Bd. 2, 1970, S. 311ff.; auch *R. Thoma*, JÖR IV (1910), S. 215: „praktische Aufgabe“; ebenso die Praxisbezogenheit der Rechtsdogmatik betonend *O. Bachof*, VVDStRL 30 (1972), S. 197f. m.w.N.

<sup>19</sup> *R. Thoma*, JÖR IV (1910), S. 216. Die Tübinger Antrittsrede *Thomas* (1909) arbeitet diese praktische Aufgabe der rechtsdogmatischen Arbeit in bestechender Weise heraus und schlägt für sie die Bezeichnung „immanente Rechtskritik“ vor (vgl. ebd., S. 215ff., 217). – Das kategorische Postulat der „reinen“, wertindifferenten Rechtserkenntnis der *Kelsen/Merkl-Schule* (vgl. stellvertretend *A.J. Merkl*, Zum Interpretationsproblem, 1916, in: Gesammelte Schriften, Bd. 1, Teilbd. 1, hrsg. von D. Mayer-Maly/H. Schambeck/W.-D. Grussmann, 1993,

Wandel, den die staatsrechtliche Dogmatik in Deutschland nicht nur mit dem Wechsel der positiven Verfassungsordnungen seit dem 19. Jahrhundert, sondern ebenso unabweisbar auch seit 1949 vollzogen hat, also auf der Basis der einen, von den zahlreichen Textänderungen in ihrer Substanz unberührt gebliebenen Verfassung des Grundgesetzes.

S. 63ff.; *ders.*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, 1916, ebd., S. 85ff.; *ders.*, Das doppelte Rechtsantlitz, 1918, ebd., S. 227ff.; *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, insbes. S. 72ff.) hat unbestreitbare theoretische Brillanz, Erkenntnisgegenstand und Erkenntnismethoden der dogmatischen Rechtswissenschaft disziplinierende, den Rechtswissenschaftler von wunschrechtlichen Versuchen distanzierende und die spezifischen juristisch-dogmatischen Kunstregeln ausformende Funktion. Gleichwohl kann es heute als Gemeingut der Methodenlehre gelten, daß das Erkenntnisobjekt Recht nicht „rein“ grammatisch-logisch erfaßt werden kann. Stets ist ein solcher Interpret zur Begriffs- und Systembildung auf das verwiesen, „was der normale Sprachgebrauch unter einem Wort [der positiven Norm] versteht“ (*A.J. Merkl*, ebd., S. 79), damit aber zuletzt der Gefahr des Zirkels vom Wortlaut als Grenze (dazu *O. Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, 1988) unterworfen. Das ist das bleibende, weil unüberwindbare Grunddilemma einer allein – auf der Basis von konstruktiven Rechtswesensbegriffen – formallogisch operierenden Rechtslehre. Es ist indes ein Irrtum zu meinen, hier höre die erkennende Rechtswissenschaft als dogmatische Wissenschaft auf. Bedient sich das Recht der Sprache (zum Thema: *E. Forsthoff*, Recht und Sprache, 1940; *P. Kirchhof*, in: HSTR I, 1987, § 18; *ders.*, 1987, in: Stetige Verfassung und politische Erneuerung, 1995, S. 9ff.; *J. Isensee*, in: FS 180 Jahre Heymanns Verlag, 1995, S. 571ff.) und ist die Sprache menschliches Kulturprodukt, so ist logisch auch das Recht ein Kulturphänomen, in der 3-Welten-Lehre *K.R. Poppers* über die Wirklichkeit der „Welt 3“ zugehörig (vgl. *ders.*, Objektive Erkenntnis, 4. Aufl. 1984, dt. 1993, S. 123ff.), und ist notwendig die Wissenschaft vom Recht nicht bloß eine technizistische, sondern auch eine Erfahrungswissenschaft, die im Verstehen des Rechts eine Erkenntnis des Rechts erblickt, in diesem Sinne eine Kulturwissenschaft. Jurisprudenz ist kein Glasperlenspiel um Worte. Vielmehr: „Die Erforschung der Rechtskultur um der Erkenntnis willen ist somit die allgemeinste Aufgabe der Jurisprudenz als Wissenschaft“, wie *R. Thoma*, ebd., S. 215, schreibt. Vgl. auch das Hölderlin-Wort, das die beiden Herausgeber, *J. Isensee* und *P. Kirchhof*, dem Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland beigegeben haben (ebd., Bd. I, 1987, S. VII): „... daß gepflegt werde / Der feste Buchstab, und Bestehendes gut / Ge-deutet.“ Auch und gerade die Wissenschaft vom öffentlichen, gegenständlich politikbezogenen Recht (dazu *H. Triepel*, Staatsrecht und Politik, 1927; *ders.*, VVDStRL 5, 1929, S. 8; *E.-W. Böckenförde*, 1983, in: Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 11ff.) kann sich daher gegenüber seiner Substanz, den im Rechtstext um Gestaltung ringenden und zum Ausdruck gelangenden Sinn-, Wert- und Interessengehalten nicht indifferent verhalten und muß ihre Erkenntnis-methode darauf einstellen, andernfalls sie einem begriffsrealistischen Irrtum verfielen und den Bezug zur Realität ihres Sujets verlöre, folgeweise ihren Beruf verfehlte. Ihren Selbststand gegenüber Historie und Philosophie, gegenüber Politik und Praxis, gegenüber Religion und Spekulation (vgl. dazu das berühmte Vorwort *P. Labands* zur 2. Auflage, 1887, seines „Staatsrecht des Deutschen Reiches“) begründet sie durch die Konzentration ihres Erkenntnisinteresses auf das geltende Recht, auf den beschlossenen Rechtsgedanken als Rechtstatsache, nicht auf das „Rechtsgefühl“, das sich im „Kampf ums Recht“ (im Sinne der gleichnamigen Schrift von *R. v. Jhering*, 1872) erst noch durchsetzen muß (in diesem Sinne das unbedingte und unbedingte richtige Methodenpostulat der Wiener Rechtsschule, vgl. nur *H. Kelsen*, ebd., Reine Rechtslehre, S. 75 Fn. \*\*: „Rechtswissenschaft ist Erkenntnis, nicht Gestaltung des Rechts“); ferner durch die Bildung ihrer Sätze *de lege lata*, nicht *de lege ferenda*; durch den Begriff juristisch-dogmatischer Tätigkeit als analytisch-systematisierenden Nachvollzug von Vorentschiedenem und durch die dementsprechende methodische Disziplinierung ihrer Persönlichkeiten gegen-

Der Wandel betrifft die Dogmatik des Verhältnisses zwischen den drei Staatsfunktionen und den grundrechtlichen Freiheiten unmittelbar. Der Ausbau und die Fortbildung der Grundrechtsgehalte und ihrer Geltungsdimensionen in der Folge eines erweiterten Freiheitsverständnisses, die Fortführung der Staatsformbestimmung Demokratie zu einem Staat und Gesellschaft durchdringenden demokratischen Prinzip mit (neben anderen) der Folge eines veränderten Begriffs von Gesetz und Gewaltenteilung, beides verbunden mit einer gewandelten Auffassung über die Funktion der Verfassung – dies sind die greifbarsten und zugleich einschlägigen wie in ihrem Kern unumkehrbaren Entwicklungen, die den gegenwärtigen Stand der staats- und verfassungsrechtlichen Dogmatik unter dem Grundgesetz prägen. Eine allein staatsausgrenzende Interpretation des Zusammenhangs von Grundrechts- und Staatsfunktionenordnung, wie sie noch C. Schmitt unternahm,<sup>20</sup> vermag diese Rechtswirklichkeit des demokratischen Grundrechtsstaats der Gegenwart nicht mehr vollends einzufangen. Sie ist auf den überkommenen bürgerlich-rechtsstaatlichen Freiheits- und Verfassungsbegriff fixiert. Auf die Notwendigkeit veränderter Sichtweise deutet E.

---

über den individuellen Anfechtungen von „Wille und Vorstellung“ (im Sinne von *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972, insbes. S. 90ff.). Indem Rechtswissenschaft so erarbeitet, was rechtens, was die übergreifende „ratio iuris“ (*W. Brohm*, VVDStRL 30, 1972, S. 247) sein soll, entfaltet sie das praktische Potential juristisch-dogmatischen Erkenntnisstrebens, wiederum mit den prägnanten Worten *R. Thomas*, ebd., S. 216: „zunächst einer kritischen Betrachtung daraufhin, ob das Gesetz den adäquaten Ausdruck des Gedankens enthalte, oder als technische Regel verfehlt sei, sodann darauf hin, ob sich diese Gedanken und Tendenzen harmonisch einfügen in die Gesamtheit des geltenden Rechts, oder ob sie im Widerstreit mit anderen Elementen des geltenden Rechts stehen; endlich daraufhin, ob die Gedanken und Tendenzen in sich selbst folgerichtig sind, oder, zu Ende gedacht, ganz andere legislatorische Impulse auslösen müßten, ob sie sich als Fortwirkung althergebrachter, oder als Erfolge neuerer gesellschaftlicher Entwicklungen darstellen“. Dadurch entlastet sie die Rechtsanwendung von fortwährenden Deutungsunsicherheiten und immer neuen Deutungsgesichtspunkten (vgl. *J. Esser*, ebd., S. 88f.) und gibt der Rechtspolitik die rationalen Grundlagen und vorhandenen Impulse für die zukünftige Gestaltung des Rechts an die Hand (vgl. auch *H. Dreier*, in: *R. Walter*, Hrsg., *Adolf J. Merkl – Werk und Wirksamkeit*, 1990, S. 56ff.). – Die Verankerung in und die Orientierung an der Wirklichkeit des Rechts bewirkt und bedingt eine *relative* Wandlung und Flexibilität der wissenschaftlichen Methode wie des dogmatischen Systems in der Zeit (zum Methodenwandel als wissenschaftsgeschichtliche Kategorie vgl. *W. Pauly*, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, 1993, S. 1ff.). Dies ist möglich, weil und soweit die Rechtsdogmatik in ihrer juristischen Arbeit am objektiven Sollen-Sein der positiven Normen auf Begriffe trifft, die neben einem Begriffskern auch einen Begriffshof aufweisen. Die Grenze ist dort erreicht, wo sich Methodik und Dogmatik gegen das gesatzte Recht wenden, es derart überformen, daß sie gesetzesdispensierenden Charakter annehmen. Denn Rechtsdogmatik ist nicht Rechtserzeugung, sondern dient der Rechtskenntnis und der Rechtskritik. Weil freilich im freiheitlichen Staat auch die analytische Arbeit am Recht notwendig plurale Ergebnisse hervorbringt, ist insoweit auch die Rechtswissenschaft unvermeidbar eine kritische Wissenschaft im Prozeß der „Vermutungen und Widerlegungen“ (im Sinne von *K. R. Popper*, *Vermutungen und Widerlegungen*, dt. 1994/97).

<sup>20</sup> *C. Schmitt*, *Verfassungslehre* (1928), 8. Aufl. 1993, S. 126ff.: Verteilungs- und Organisationsprinzip als Elemente des *bürgerlichen* Rechtsstaats.

Schmidt-Aßmann hin, wenn er in Abgrenzung dazu Status- und Funktionsordnung als „ordnungskonstituierende Elemente“ kennzeichnet.<sup>21</sup> Doch erst die dogmatische Substanz erhellt die verfassungsrechtliche Valenz der Formel. Insofern aber steckt die (Rechts-)Erkenntnis des ordnungskonstituierenden Zusammenwirkens beider Ordnungsbereiche im Verfassungsstaat des Grundgesetzes noch in den Anfängen. Zu sehr ist auch und besonders hier die gegenwärtige Staatsrechtslehre noch von dualistischen Modellvorstellungen beeindruckt, wie sie die Verfassungssituation des 19. Jahrhunderts prägten und der Programmatik des „Gesetzgebungsstaates“<sup>22</sup> zugrunde liegen. Indes, der „Eule der Minerva“ ist zuzugestehen: Ihr Flug nimmt eine Richtung, die einer kopernikanischen Wende gleicht, deren Konturen in der Dämmerung aber erst allmählich erkennbar werden.

Als seine (Dreh-)Achse wird hier die „Ordnung des Verhältnisses zwischen Gesetz, Verwaltung und Individuum“<sup>23</sup> gesehen. Denn nicht nur daß die rechtlichen Begriffe und normativen Bedeutungen von Gesetz, Verwaltung und individueller Freiheit in der vorgrundgesetzlichen Ära gänzlich andere waren. Vielmehr stellt die Untersuchung damit auch einen Wirkbereich des Zusammenstehens der dreigliederten Staatsorganisations- mit der grundrechtlichen Statusordnung in den Mittelpunkt, der im Zuge der jüngeren Diskussion um das Verhältnis von Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Hintergrund geraten ist. Indem diese Diskussion ihre grundlegende Problemstellung darin findet, daß der demokratische Rechtsstaat die „tunlichste Justizförmigkeit“ (O. Mayer) des (verfassungs)staatlichen Lebens befördert hat, so geht dabei der Kampf zwar gerade um die Behauptung, die rechtsprechende Gewalt sei in der (objektiven) Gewaltenteilungslehre „gewissermaßen nicht vorhanden“, „en quelque façon nulle“ (Montesquieu). Dennoch ist und bleibt die Justiz durch die Verfassung ausdrücklich von der politischen Staatsleitung unabhängig gestellt und funktional allein dem „Rechtswert“ (R. Smend) positiv verpflichtet. Hingegen ist das *staatliche* Gewaltenteilungssystem in seiner verfassungstheoretischen Bedeutung als integrierende Organisationsform der politischen Staatsgemeinschaft<sup>24</sup> ebenso wie nach seiner staatsphilosophischen und verfassungsgeschichtlichen Herkunft bestimmt durch die Trennung und das Verhältnis von Legislative und Exekutive.<sup>25</sup> Sie ist es, von der man sich in der Staatslehre ursprünglich jenen Frei-

<sup>21</sup> E. Schmidt-Aßmann, in: HStR I, 1987, § 24 Rn. 46 Fn. 126.

<sup>22</sup> Zum Typus: C. Schmitt (1932), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 3. Aufl. 1985, S. 263 ff., 274 ff.

<sup>23</sup> Zitat: G. Anschütz, in: G. Meyer/G. Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 29 Fn. b.

<sup>24</sup> Der Begriff des Politischen ist hier allein als Kennzeichnung eines Gegensatzes zum (Rechtsprechungs-)Bereich des nur Normativen gebraucht. Ein näheres Eingehen auf das Problem kann an dieser Stelle nicht erfolgen.

<sup>25</sup> Vgl. dazu R. Smend (1928), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 207 ff.; C.

heitsschutz erhoffte, der heute allein in den Händen der Gerichte zu liegen scheint. Auch und gerade der demokratische Verfassungsstaat ruht (statisch) auf und lebt (dynamisch) in dieser strukturellen Unterscheidung zwischen (zweigeteilter) gestaltender Staatlichkeit und kontrollierender Rechtlichkeit. Und so kann der Satz R. Redslobs auch auf ihn Anwendung finden, daß „ein Staat seine Individualität durch die besondere Art der Wechselwirkung gewinnt, die sich zwischen der Exekutive und der Legislative vollzieht“<sup>26</sup>. Die Frage aber nun, die sich auf der Folie der verfassungsrechtlichen Legitimationsordnung des grundgesetzlichen Staates stellt, ist die: Ist aus dieser Wechselwirkung der beiden politischen Staatsfunktionen gewissermaßen die Teleologie der „Rechtsfunktion“<sup>27</sup> verbannt? Oder ist jene mit dieser – und inwiefern – verwachsen? Das ist die Frage, die das Verhältnis zwischen Legislative, Exekutive und Individuum zum Prüfstein des ordnungskonstituierenden Zusammenwirkens von Staatsfunktionen- und Grundrechtsordnung im und unter dem Grundgesetz erhebt.

(3) Art. 1 Abs. 3 GG bindet die legislative, aber auch die exekutive Gewalt unmittelbar an die Grundrechte, stellt auch sie in unmittelbare Grundrechtsverantwortung. Dem wurde in der Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit indes nur vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit zuteil. Im Mittelpunkt des Interesses stand das Verhältnis zwischen Gesetz(geber) und Grundrechten. Dabei handelt es sich gewiß um eine zentrale Fragestellung des grundgesetzlichen Ordnungswerks. Vor dem Hintergrund des früher gegenteiligen Verständnisses forderten Aufgabe und Funktion des „einfachen“ Gesetzgebers im Grundrechtsbereich einen grundlegenden Neuansatz ebenso wie sie heute im Wandel der Anschauungen und Herausforderungen beständige Überprüfung verlangen. Neben der Begrenzung sind die Konkretisierung, Ausgestaltung oder Prägung der Grundrechte durch Gesetz die Stichworte, bestimmte Grundrechtstheorien und Grundrechtsdogmatiken, je nach Akzentuierung, der Ertrag.

Dies mag erklären, nicht aber zugleich rechtfertigen, daß der Gesichtspunkt der ebenfalls grundrechtsgebundenen Verwaltung demgegenüber ein Schatten-dasein fristet(e). Vielmehr drückt sich darin nebenbei auch eine – durch alle „Methoden“ und „Richtungen“ hindurch wirkkräftige – gesetzgebungsstaatliche Affektion aus, die je nach politischem Vorverständnis und/oder metho-

---

*Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993, S. 184f. mit Fn. 1; *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. 56.

<sup>26</sup> Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form, 1918, S. 1.

<sup>27</sup> Der Begriff ist hier im Sinne der *Smend*schen Unterscheidung zwischen Staats- und Rechtsgemeinschaft, zwischen Integrations- und Rechtswert als je besondere „Provinzen“ des verfaßten Staates gebraucht (vgl. *R. Smend*, 1928, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 207ff.) und darin gänzlich anderen Sinngehalts als der im Sinne überpositiver, sittlich-vernünftiger Rechtfertigung des Staates verwendete, von der „Staatsfunktion“ formaler Rechtsförmigkeit und Rechtssicherheit geschiedene Begriff der „Rechtsfunktion“ bei *H. Heller* (Staatslehre, 1934, 6. Aufl. 1983, S. 245ff.).

disch-dogmatischem Hintergrund mit verfassungsstaatlichen Strukturentscheidungen, wie formaler oder materialer, liberaler oder sozialer Rechtsstaat oder dem demokratischen Prinzip, amalgamiert wird und so unerschütterlich scheint. Doch die Leitnorm des Art. 1 Abs. 3 GG ist in bezug auf die vollziehende Gewalt, wie K. Stern zu Recht anführt, „in ein schwieriger zu erfassendes verfassungsrechtliches Koordinatensystem eingebunden als gemeinhin angenommen wird“.<sup>28</sup> So deutet schon der „reine“, von Implikationen der Begriffs- und Dogmenbildung noch unberührte Textbefund des Grundgesetzes auf einen relativ zur grundrechtlichen Legislativbindung kaum geringeren Problemgehalt der grundrechtlichen Exekutivbindung hin. Hat die Rationalität der Verfassungsrechtsdogmatik dort eine so bezeichnete „Bindungsparadoxie“<sup>29</sup> aufzulösen, in der der Gesetzgeber einerseits an die Grundrechte gebunden, andererseits durch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte dazu ermächtigt ist, grundrechtsbegrenzend und grundrechtsausgestaltend zu wirken,<sup>30</sup> so hat sie es hier mit einem (latenten) Bindungsdilemma zu tun.<sup>31</sup> Die vollziehende Gewalt wird von der Verfassung zum einen an die Grundrechte, zum anderen und zugleich an das („einfache“) Gesetz – im (traditionellen) Sinne seines Vorrangs wie seines Vorbehalts – gebunden (Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG, grundrechtliche Gesetzesvorbehalte). Das Dilemma entsteht im Konfliktfall:<sup>32</sup> Die „zweite“ Gewalt wird zum Adressaten gegenläufiger Verfassungsbefehle; die Zuordnung von objektiver Funktionen- und subjektiver Grundrechtsordnung gelangt zu konkreter rechtlicher Relevanz, erfährt unmittelbar praktische Zuspitzung.

<sup>28</sup> Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 1345.

<sup>29</sup> *Th. Wülfing*, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, 1981, S. 57; s. etwa auch schon *H. Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 296: „dialektische Spannungslage“; *ders.*, Der Staat 24 (1985), S. 365: möglicher „Zirkel“; *F. Ossenhühl*, Der Staat 10 (1971), S. 73: „circulus vitiosus“; auch *R. Herzog*, in: FS für W. Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1420, spricht wieder von einem verfassungsrechtlichen Zirkel. Dazu neuerdings *M. Nierhaus*, AöR 116 (1991), S. 72ff.

<sup>30</sup> Das ist – nebenbei bemerkt – kein ausschließlich, wenn auch überwiegend den Gesetzgeber treffendes Problem. Das Grundgesetz kennt bekanntlich auch Vorbehalte für Grundrechtsbeschränkungen ohne Zwischenschaltung des Gesetzgebers; vgl. zugunsten der Exekutive Art. 13 Abs. 3 Hs. 1, Art. 132 Abs. 1 S. 1, 2, 3 GG; zugunsten der Judikative Art. 16 a Abs. 4 S. 1, Art. 18 S. 2 GG; zugunsten beider Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 3 S. 2 1. Alt. WRV, Art. 36 Abs. 1 S. 1, 2 GG (gegenüber Art. 33 Abs. 1 GG); sowie zugunsten von Verfassungsorganen Art. 42 Abs. 1 S. 2, Art. 44 Abs. 1 S. 2, Art. 52 Abs. 3 S. 4 GG (sofern man eine grundrechtsähnliche Garantie der Öffentlichkeit anerkennt). Vgl. zum Ganzen *M. Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, S. 509ff.

<sup>31</sup> Zur Möglichkeit eines solchen „Dilemmas“ auch *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 44; *ders.*, in: HStR V, 1992, § 111 Rn. 161; *D. Rauschnig*, Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht, 1969, S. 142.

<sup>32</sup> Von „Konflikt“ zwischen Gesetzes- und Verfassungsbindung spricht auch *R. Herzog* (1980), in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20, VI Rn. 28; ähnlich *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, S. 1169: „doppelte Gebundenheit“; *E. Schmidt-Aßmann*, in: FS für K. Stern, 1997, S. 756; *ders.*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo, 1998, S. 47: „erhebliches Konfliktpotential“.

(4) Und doch fehlt es bis heute an einer „tieferdringenden Betrachtung des Zusammenhangs von Grundrechten und Exekutive“,<sup>33</sup> sieht man von K. Sterns hundertseitiger Erörterung im Band III/1 seines „Staatsrechts“ einmal ab.<sup>34</sup> Eine umfangreiche und kaum mehr überschaubare Literatur zur Grundrechtsbindung behandelt wohl die Frage, welche Handlungs- und Erscheinungsformen der Verwaltung ihr unterliegen.<sup>35</sup> Aber wie sich jene im Verhältnis zur Gesetzes(vorbehalts)bindung der Verwaltung darstellt, dazu ermangelt es dogmatischer Ausformung. Dieses Versäumnis, die Grundrechtsbindung der Verwaltung in der Lehre von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung „untergebracht“ zu haben, ist denn auch der Grund, weshalb die zeitgenössische Staats- und Verwaltungsrechtslehre die zunehmenden grundrechtlichen Einwirkungen auf Verwaltung und Verwaltungsrecht mit anhaltender Unsicherheit und Skepsis verfolgt. Von der grundrechtlichen Durchdringung der Lehrgebäude des allgemeinen Verwaltungsrechts, wie insbesondere der Lehre von der administrativen Gesetzesanwendung, ihren Maßstäben und Grenzen, über die Lehre vom subjektiven-öffentlichen Recht, namentlich in der tri- oder multipolaren Verwaltungssituation, und die Begründung neuer (Beseitigungs-, Unterlassungs-, Herstellungs- und anderer) Ansprüche bis hin zu den Ansätzen eines Umbaus der überkommenen Gesetzesvorbehaltslehre in der Rechtsprechung zum Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung neuer Technologien und Anlagen<sup>36</sup> wie zu den behördlichen Warnungen<sup>37</sup>: stets kämpft man mit den, gelegentlich auch gegen die „Züge(n) einer fortgesetzten ‚Überformung‘“, die die Grundrechte den eingefahrenen dogmatischen Strukturen im Verhältnis der Verwaltung zum Gesetz bescheren.<sup>38</sup> Ein systembildender Durchgriff auf die

<sup>33</sup> So K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S.1321; vgl. auch W. Fiedler, in: J. Burmeister (Hrsg.), Die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung ..., 1991, S.12: „in ihren Auswirkungen noch nicht bewältigt“.

<sup>34</sup> Vgl. dort auch (K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S.1349 mit Fn.134) die Klage über „die seltenen oder spärlichen Bemerkungen zum Thema in den Kommentaren und Lehrbüchern“: „Dieser Problembereich ist von grundrechtlicher Brisanz, wenngleich er im Rahmen des Art.1 Abs.3 GG meist nur lapidar abgehandelt und an das Verwaltungsrecht abgeschoben wird.“

<sup>35</sup> Mit dem hiesigen Untersuchungsthema ist immer schon vorausgesetzt, daß das Handeln der Exekutive von grundrechtlicher Relevanz ist. Ob und inwieweit das der Fall ist, ist ein andere, hier nicht zu vertiefende Frage.

<sup>36</sup> Siehe vor allem den vielumstrittenen Gentechnikanlagen-Beschluß des Hess.VGH vom 6.11.1989, NJW 1990, S.336ff. = JZ 1990, S.88ff. = DVBl. 1990, S.63ff. = NVwZ 1990, S.276 (weit. Nachw. bei M. Kloepfer, in: FS für P. Lerche, 1993, S.755 Fn.2). Sodann die jüngste Rspr. jene Anlagen betreffend, die elektromagnetische Felder erzeugen: VG Gelsenkirchen vom 18.2.1993, NUR 1993, S.119ff.; Hess.VGH vom 30.12.1994, NVwZ 1995, S.1010ff.; BVerfG v. 17.2.1997, JZ 1997, S.897f. mit Anm. H. Kremser, ebd., S.898ff. (m.w.N. in Fn.2).

<sup>37</sup> BVerwGE 82, 76ff. (= vom 23.5.1989, NJW 1989, S.2272ff.); BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) vom 15.8.1989, NJW 1989, S.3269ff.; BVerwGE 87, 37ff. (= vom 18.10.1990, JZ 1991, S.625ff.); BVerwG v. 27.3.1992, JZ 1993, S.33ff.

<sup>38</sup> Siehe hierzu vorläufig nur E. Schmidt-Aßmann, in: FS für K. Redeker, 1993, S.225ff. (Zitat: S.226).

# Sachverzeichnis

## Art. 1 Abs. 3 GG

- Aktualisierungsnorm 94 Fn. 6, 115  
Fn. 108
- Derogationsnorm 203ff., 218
  - Geltungs- und Anwendungsvorrangsregel 207ff.
- Entstehungsgeschichte 106f. mit Fn. 77, 116ff.
- Geltung der Grundrechte 121f., 124ff., 128, 129, 139f., 143
  - funktionendifferenziert 148ff.
  - und Bindung 116, 121f., 128
- Geltungskraft der Grundrechte 122f., 168, 177
- Geltungs- und Bindungsnorm 115f., 130, 140, 230, 266
- Gewaltenteilung und Grundrechte 1f., 3f., 100ff., 240ff., 248f., 266
- Grundrechtsbegriff 130ff.
  - adressatenneutral 138ff.
  - inhaltsneutral 130ff.
  - Normgehaltsbegriff 132f., 136, 145
- Grundrechtsverwirklichungs- und Grundrechtsentwicklungsklausel 97  
Fn. 22
- Herzstück des Grundgesetzes 1, 97
- Leitmaxime 100
- Leitnorm 1, 9, 96, 104, 114, 129, 139, 168
- Lückenlosigkeit der Grundrechtsbindung 102, 105
- Maxime der Grundrechtsinterpretation 129
- Normativität der Normativität 145
- Normgehalt 123
- Norminhalt 123
- Norm über Grundrechte 98, 177
- organbezogene (formelle) Interpretation 105ff., 175 Fn. 351, 181
- Passivlegitimation der Grundrechte 2, 98f., 123
- Störung der rechtsstaatlichen Ordnung 16, 249
- und Einheit der Verfassung 112ff.
- und Europarecht 97f.
- und Grundrechtstheorien 129, 136  
Fn. 200, 140, 146f., 148

- und Idee der Menschenrechte 98f., 124
- und Menschenrechtsbekenntnis 98f., 124
- und Menschenwürde 98
- und Unbestimmtheit von Grundrechtsnormen 129
- und Verfassungsbegriff 103f.
- unmittelbare Bindung der Grundrechte 114ff.
  - Doppeldeutigkeit 169ff.
  - Gesetzgeber 175ff.
  - vollziehende Gewalt 178ff.
- verfassungsgeschichtliche Neuheit 93, 100, 169f., 174f.
- Vollregelung 94
- vollziehende Gewalt (*s. auch Grundrechtsbindung der Verwaltung*) 9, 92, 93, 111ff., 178ff.

## Bindungsdilemma / Bindungskonflikt *s. Doppelbindung der Verwaltung*

## Derogation

- Anwendungsvorrang 206ff.
  - Geltungsvorrang 206ff.
- ## Dogmatik *s. Rechtsdogmatik*
- ## Doppelbindung der Verwaltung 17, 185ff., 193f., 197f., 218, 220
- Bindungsdilemma / Bindungskonflikt 9, 185f., 187, 194ff., 198, 200, 214, 218, 270f.
    - als Normenanwendungskonflikt 203ff., 211f.
  - und Stufenbau der Rechtsordnung 199ff.

## Einheit der Verfassung *s. Verfassung*

## Einzelanordnungs„recht“ der Exekutive 73f.

## Ermächtigungslehre, normative 78f.

## Exekutive *s. vollziehende Gewalt, Verwaltung*

## Funktionenlehre 49, 256, 257ff.

- und Gesetzesvorbehaltslehre 49f.
- und Wesentlichkeitstheorie 53ff., 62ff., 90, 251, 261

## Funktionenordnung *s. Gewaltenteilung*

## Funktionsbereich der Exekutive

- Einzelanordnung 77ff.
- originärer 62f., 90
- und Primat des Gesetzgebers 64
- Verordnungsgebung 64ff.
- Funktionsgerechte Organstruktur 60
- Funktionsgerechtigkeit 60, 91, 250
  
- Geltung des Rechts *s. Rechtsgeltung*
- Gemeinwohl
- Konzeption im Grundgesetz 3
- Gesetz
- Gesetzesflut 14, 188
- grundrechtswidriges 201ff.
  - Nichtigkeitslehre 205f. Fn.80, 211, 213
  - Vernichtbarkeitslehre 202, 211, 213
- Herrschaft des Gesetzes *s. Gesetzgebungsstaat*
- im formellen Sinne 47, 57
- im materiellen Sinne 47, 57
- primärer Bindungsfaktor 186ff.
- sinkende Steuerungskraft 14f., 188f.
- und Verfassungsgesetz *s. dort*
- Vermutung der Verfassungsmäßigkeit 231ff., 245f.
- Gesetzesbegriff, Gesetzgebungsbegriff 47f., 55ff., 74f.
  - Akt der Rechtsetzung 47
  - Allgemeinheit 57, 61f., 225, 226, 241, 244
  - demokratischer 59f., 225
  - doppelter 57
  - einheitlicher 57, 225
  - formeller 58f.
  - Impermeabilitätslehre 58
  - juristischer 58
  - materieller 59, 226
  - oberster Staatswille 58
  - offener 58
  - Rechtssatz *s. dort*
  - rechtssatzschaffende Kraft 16, 58, 226, 243
  - rechtsstaatlicher 228
  - Verlust der inhaltlichen Qualitäten 57ff., 61f.
  - Vorbehalt des Gesetzes *s. dort*
  - Vorrang des Gesetzes *s. dort*
  - Wesentlichkeitstheorie *s. dort*
- Gesetzesvorbehalt *s. Vorbehalt des Gesetzes*
- Gesetzgeber, Gesetzgebung
  - Grundlagen-entscheidende Zuständigkeit 59f., 61, 250f.
  - Herrschaft des Gesetzgebers *s. Gesetzgebungsstaat*
  - Hüter allen Rechts 175f.
  - Legitimation durch Verfahren 59f. mit Fn.146, 239f.
  - Rechtsnormsetzung 47, 57
  - selbstherrliche(r) 175, 244
  - und Grundrechte *s. dort*
  - und Verfassungsgerichtsbarkeit 7
  - Vertrauen 176, 232, 244
  - Wesentlichkeitstheorie *s. dort*
  - Zugriffspflicht 53, 72f., 89
  - Zugriffsrecht 15, 52f., 64, 90
- Gesetzgebungsstaat 7, 17, 74, 170, 176, 178, 181, 222, 232f., 234, 243
  - antiexekutivischer Affekt 12, 249
  - Dependenzsystem 239
  - Gesetzesbegriff 241
  - gesetzliche Freiheit 222ff., 242f.
  - Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 222ff., 240ff.
  - Herrschaft des Gesetzes 91, 170, 223, 226, 229f., 232, 240f., 243, 245
  - Herrschaft des Gesetzgebers 91, 230
  - Trennung von Grundrechten und Gewaltenteilung 238f.
  - Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung 12f., 17, 74, 181f., 223, 227, 240f., 242
  - und demokratischer Verfassungsstaat 111, 239f., 249f.
  - und Gesetzesstaat 222 mit Fn.124, 243
  - und Vorrang der Grundrechte 12f., 94f., 170ff., 239, 249
  - Würde des Gesetzes 232
- Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
  - als Grundrechtsverwirklichungsgrenze 220, 270
  - demokratische Funktion 263
  - Eingriffsvorbehalt für Einzelakte 29 Fn.32, 75
  - Gesetzgebungsstaat *s. dort*
  - grundrechtliche Fundierung 245ff.
  - grundrechtliche Sperrwirkungen 15, 233
  - grundrechtliche Überformung 10, 14, 186, 193
  - Grundrechtsgebundenheit der G. 220, 234, 272
  - Grundrechtsverwirklichung durch G. 180, 186f., 220ff., 230ff., 245f.
  - im bürgerlichen Rechtsstaat 222ff., 240ff.
  - Organisationsprinzip verfassungsrechtlicher Legitimität 235ff., 263ff.
  - Schutz der Grundrechte / der Verwaltung 220ff., 230
  - selektive 14, 188, 198

- und gesetzliche Freiheit 222ff.
- und Gewaltenteilung 240ff., 251 mit Fn.58, 260 Fn.96, 263ff.
- und grundrechtliche Freiheit 228ff.
- und Grundrechtsbindung der Verwaltung *s. dort*
- Vorenthalt der Gesetzgebung (*s. auch dort*) 90
- Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes (*s. auch dort*) 22, 90, 241
- Weimarer Verfassung(srechtslehre) 149, 174, 179, 223f.
- Gewaltengliederung *s. Gewaltenteilung*
- Gewaltenteilung
  - als Gewaltenverantwortung 17
  - Bedingung staatlicher (Grund-)Rechtsbindung 101f., 104, 244, 266
  - Funktion der grundrechtlichen Verfassung 248, 266
  - Funktionenlehre 257ff.
  - gestaltende Staatlichkeit und kontrollierende Rechtlichkeit 8
  - gewaltenteilende Demokratie 254f., 256, 264
  - integrierende Organisationsform der politischen Staatsgemeinschaft 7
  - Kernbereichslehre 259
  - Organisationsprinzip verfassungsrechtlicher Legitimität 263ff.
  - Prinzip der demokratischen Verfassung 252f., 260ff.
  - Prinzip der Gewaltenkonstituierung und der Gewaltenbalancierung 267
  - Prinzip der rechtsstaatlichen Verfassung 252, 257ff.
  - *séparation des fonctions / des pouvoirs* 48, 255
  - tragendes Organisations- und Funktionsprinzip 2, 258, 265, 267
  - Trennung von Legislative und Exekutive 7f., 240ff.
    - Schutz grundrechtlicher Freiheit 8, 240ff.
  - und Art 1 Abs.3 GG 1f., 3f., 100ff., 240ff., 248f., 266
  - und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 240ff., 251 mit Fn.58, 260 Fn.96, 263ff.
  - und Grundrechte 1f., 94f., 100ff., 168, 178, 181, 235ff., 244, 246ff., 263ff.
    - als integraler Bestandteil der Verfassung 3
    - als ordnungskonstituierende Elemente 7, 269
  - Grundrecht auf Gewaltenteilung 104, 247
  - Impermeabilität 16, 247
  - komplementäres Verhältnis 3, 16, 238f., 249, 269f.
  - Trennung 238
  - und (Volks-)Souveränität 254f.
  - Versionen des Gewaltenteilungsverständnisses 252ff.
- Grundrechte
  - Abwehrrecht 3, 134, 148ff., 161f.
  - Aktivlegitimation 123
  - Allgegenwart 14, 193
  - als Prinzipien 135 Fn.196, 162, 166
  - als Staatsaufgaben 162, 163
  - als statusbegründende Rechte 137f. Fn.202
  - als unmittelbar bindendes Recht 114ff.
  - als Vorbehalt des verfassungsmäßigen Gesetzes 149
  - Dimensionen 134f. mit Fn.194ff.
  - Doppelcharakter 134f.
  - echte / unechte 145f.
  - Eingriffsbegriff 152f. Fn.250
  - Fiskalgeltung 109f.
  - Geltungsqualität, verfassungsrechtliche 120ff., 124ff., 139f., 143
    - funktionendifferenzierte 148ff., 162ff., 168
    - und Bindung 116, 121f., 128
    - und Grundrechtsinhalte 129, 132ff., 136, 145f., 164
  - Generalklauselcharakter 127, 141
  - Geschichte 126
  - grundrechtliche Gewährleistungspflichten 135 Fn.196
  - Grundrechtsbegriff 130ff.
    - adressatenneutral 138ff.
    - inhaltsneutral 130ff.
    - Normgehaltsbegriff 132f., 136, 145
  - (Grund-)Rechtsdreieck 152f., 154ff., 197
  - identische Normenkategorie 130 Fn.176
  - Justitiabilität 127ff., 162ff., 165ff.
  - Konstitutionalismus vs. Legalismus 134 Fn.194, 136 Fn.200
  - objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte 134ff. mit Fn.194ff.
  - Passivlegitimation 2, 98f., 123
  - Schutz-/Normbereich 145
  - Schutzpflicht 150ff.
    - Gesetzesmediatisierung 151f., 153f., 157ff.
    - Justitiabilität 162ff., 165ff.

- Optimierungsgebot 162
- Schutz durch Eingriff 154ff.
- Unbestimmtheit 161f.
- und Wesentlichkeitstheorie 154ff.
- Untermaßverbot 159f. mit Fn. 283
- Statuslehre 137f. mit Fn. 202
- steigende Steuerungsintensität 15
- (Un-)Bestimmtheit 127ff.
- und Demokratie 264ff.
- und Gesetz(geber) 138ff.
  - Beziehungsverhältnis 138, 140, 147
  - Bindungsparadoxie 9
  - funktionspezifische Grundrechtswirklichkeit 148, 165, 168
  - Gesetze nur im Rahmen der Grundrechte 139, 175
  - Gesetzesbezogenheit von Grundrechten 148ff.
  - Gesetzesmediatisierung der Grundrechte 140, 144, 157ff.
  - Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers 139, 140, 144, 163f.
  - Grundrechte nur im Rahmen der Gesetze 139, 173
  - Grundrechtsbezogene Gesetzgebung 141ff., 165
  - Rangunterschied 125ff., 144, 163ff.
  - unmittelbare Bindung 175ff.
  - verfassungsrechtlicher Zirkel 9, 138
  - Weimarer Verfassung(srechtslehre) 169ff., 175f.
    - Wesentlichkeitstheorie *s. dort*
- und Gesetzgebungsstaat 12f., 94f., 170ff.
- und Gewaltenteilung *s. dort*
- und Menschenrechte 96ff., 124
- Vorrang der G. *s. dort*
- vorstaatliche Freiheit 124f. Fn. 149
- Weimarer Verfassung(srechtslehre) 116, 125, 126f. Fn. 159, 128, 139, 149, 170ff., 177f., 179
- Grundrechtmäßigkeit
  - als Prinzip 17, 94
  - der Gesetzmäßigkeit 234
  - durch Gesetzmäßigkeit 234
- Grundrechtsbindung der Verwaltung 111ff.
  - Abwehrrecht 150
  - durch Gesetzesbindung mediatisiert 11f., 112, 113, 151f., 187, 220, 239, 269
  - Neuheit des Grundgesetzes 179, 182
  - Reichweite 95 mit Fn. 12, 108ff., 178
  - Schutzpflicht 152, 155f., 158f., 160f.
  - und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (*s. auch dort*) 9, 11, 95f., 180, 245f., 268, 270
  - unmittelbare 16, 92, 96, 178ff.
  - Weimarer Verfassung(srechtslehre) 149, 174
- Grundrechtsvoraussetzung 165, 247
- Legislative *s. Gesetzgeber*
- Maßnahmegesetz 58
- Nichtabwartungskompetenz der Verwaltung (*s. auch Verwerfungskompetenz*) 197, 219f., 270ff.
- Nichtanwendungskompetenz der Verwaltung (*s. auch Verwerfungskompetenz*) 195, 210ff., 270ff.
- Normenkonflikt 199ff.
  - als Normenanwendungskonflikt 206
- Normenkontrolle der Verwaltung *s. Verwerfungskompetenz*
- Parlamentsvorbehalt *s. Wesentlichkeitstheorie*
- Rechtsdogmatik (Verfassungs-)
  - Aufgabe 4ff. mit Fn. 19
  - Autorität 4 mit Fn. 17
  - immanente Rechtskritik 4 Fn. 19
  - praktische Leistung 4, 185, 198 Fn. 59
  - Wandel 4f., 6 Fn. 19
- Rechtsgeltung
  - Begriff 121f.
  - Geltungskraft 122
  - und Bindung 128
  - und Wirksamkeit 121 Fn. 137, 141f. Fn. 213, 208f.
- Rechtsprechende Gewalt
  - dem Rechtswert verpflichtet 7
  - von Staatsleitung unabhängig 7
- Rechtssatz, Rechtssatzbegriff
  - Allgemeinheit 57, 75f.
  - deskriptiver / präskriptiver 132 Fn. 182
  - Eingriff in Freiheit und Eigentum 47, 226
  - historisch-konventioneller Begriff 47
  - Scheidung des Rechts vom Nicht-Recht 48, 57f.
  - Schrankenziehungsregel zwischen Staats- und Privatperson 47, 226
  - zur Funktionsbestimmung von Gesetzgebung 61f.
  - zur Unterscheidung von Gesetz und Einzelakt 75f.
- Rechtsstaat
  - bürgerlicher (*s. auch Gesetzgebungsstaat*) 232, 235f., 240ff.

- der Aufklärung 235f. mit Fn. 7
- der wohlgeordneten Freiheit 225
- des wohlgeordneten Verwaltungsrechts 226
- formaler 224ff., 242ff.
- grundgesetzlicher 236ff.
- Grundrechte und Gewaltenteilung 238f.
- konstitutioneller 222ff.
- materieller 229, 244
- Naturrechtslehren 242f. Fn. 33
- Neuordnung im Grundgesetz 228f.
- vernunftrechtlicher 224f., 241f.
- Rechtswissenschaft
  - dogmatische Wissenschaft 5 Fn. 19
  - Erkenntnis (der Bedeutung) des Rechts 4 mit Fn. 19
  - kritische Wissenschaft 6 Fn. 19
  - Normwissenschaft 113
- Republiklehre (I. Kant) 235f. Fn. 7, 267
  
- Schutzschirmdoktrin 12, 220ff.
- Staatsorganisation *s. Gewaltenteilung*
- Stufenbau der Rechtsordnung
  - nach der derogatorischen Kraft 202f.
  - nach der rechtlichen Bedingtheit 202
  - Normenkonflikt 199ff.
  - permanenter Rechtserzeugungs- und Rechtskonkretisierungsprozeß 76
  - und Vorrang der Verfassung 13
  
- Verfassung
  - Einheit der V. 4, 112ff., 181
  - Grundrechte und Gewaltenteilung 103f., 235f.
  - materielle 100
  - normative 100
  - rechtliche Grundordnung des Staates 125f. mit Fn. 156, 135 Fn. 196
  - republikanische 235f. Fn. 7
  - Rigidität der V. 114
  - sektoraler Staat 126 Fn. 156
  - Selbststand des Verfassungsrechts 100
  - und Verfassungsgesetz *s. dort*
- Verfassungsbindung der Exekutive 26 Fn. 23
- Verfassungserwartung 176
- Verfassungsgerichtsbarkeit
  - Gesetzesverwerfungsmonopol 209, 215ff.
  - und Gesetzgeber 7
- Verfassungsgesetz
  - und Gesetz 179
  - und Verfassung 179
- Verordnungs„recht“ der Exekutive 64ff.
  - gesetzesabhängig 70ff.
  - gesetzesunabhängig 72f.
- Verteilungsprinzip
  - demokratisches 156, 251
  - rechtsstaatliches 103f. Fn. 62, 124f. Fn. 149, 150, 236, 247, 252 Fn. 61
- Verwaltung *s. auch vollziehende Gewalt*
  - als eigenständige Staatsgewalt 112, 190f., 270
  - gesetzesdirigierte 11, 191
  - Grundrechtsbindung *s. dort*
  - grundrechtsdirigierte 11, 192
  - (keine) grundrechtsfreie 220
  - grundrechtsunmittelbare 16, 111
  - Rechtsbindungsprogramm 93, 185, 192
  - und Verwaltungsgerichtsbarkeit 7, 218
  - Verwaltungsrechtsverantwortung 271
- Verwaltungsrecht
  - als konkretisiertes Verfassungsrecht 14
  - Gesetz und Grundrechte als Rechtsquellen 220, 271
  - grundrechtliche Durchdringung 10, 14, 186, 193, 197, 220
  - Wandel 188ff.
- Verwerfungskompetenz der Verwaltung 11, 195f., 210, 214, 219f.
  - Anwendungsvorrangskompetenz/-sperre 212f., 214, 270
  - Aussetzungskompetenz 196 Fn. 53
  - Nichtabwartungskompetenz *s. dort*
  - Nichtanwendungskompetenz *s. dort*
  - Prüfungskompetenz 195
  - und Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts 209, 215ff.
- Vollziehende Gewalt *s. auch Verwaltung*
  - Doppelbindung *s. dort*
  - (nicht nur) gesetzesvollziehende Gewalt 90, 187, 191f.
  - Grundrechtsadressat 111ff.
  - Grundrechtsbindung *s. dort*
  - Komplementärgewalt 79, 191f.
  - Stellung in der gewaltengegliederten Ordnung 265ff., 270
  - unmittelbare Grundrechtsverantwortung 8, 192
  - verfassungsunmittelbar konstituierte Gewalt 111, 240, 256
- Vorbehalt des Gesetzes *s. auch Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*
  - (keine) Ableitung aus Art. 20 Abs. 3 GG 31f.
  - allgemeiner 32f., 33ff.

- Allgemeinvorbehalt (Rechtsetzungsvorbehalt) 44, 47f., 68ff., 227 Fn. 148
- als bewehrtes Zugriffsrecht des Gesetzgebers 52f.
- als Eingriffserlaubnis 35
- als Vorbehalt zur Gesetzgebung 49, 89
- als Zuständigkeitsregel 13f., 34f., 41, 46
- Eingriffsvorbehalt 32f., 35ff., 44, 75, 226f.
- Entwicklung unter dem Grundgesetz 38ff.
- „Freiheit und Eigentum“-Klausel 47, 53
- genitivus obiectivus 28
- Gesetzesänderungsvorbehalt 28 mit Fn. 28, 30
- Gesetzesbegriff 29, 50
- Grundaussagen 28ff.
- Rechtssatzvorbehalt 29, 44
- rechtsstaatlicher 86 Fn. 241
- Totalvorbehalt 38, 39
- Umkehrung der Vorbehaltsfrage 50ff.
- unbenannter 31
- und (Anwendungs-)Vorrang der Grundrechte 219f.
- und Funktionenlehre 49f., 89f.
- und grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt 33ff.
- und Grundrechtsbegriff 147, 150
- und Grundrechtsbindung der Verwaltung *s. Nichtabwartungskompetenz*
- und Idee bürgerlicher Freiheit 241
- und Verordnungsgebung 66f.
- und Vorenthalt der Gesetzgebung *s. dort*
- verfassungsmäßiger 17, 220
- Wesentlichkeitstheorie *s. dort*
- Vorenthalt der Gesetzgebung 46ff., 89
- kein Vorenthalt jeglicher Rechtsnormsetzung 67ff.
- Vorrang der Grundrechte 125ff.
- Anwendungsvorrang 204ff., 270
- auf den Gesetzgeber fixiert 13, 148, 152, 163, 245
- Geltungsvorrang 204ff.
- in der Rechtsanwendung 199ff.
- und Vorrang der Verfassung 126f.
- Weimarer Verfassungs(rechtslehre) 139, 170ff.
- Vorrang der Verfassung 13, 17, 93, 126f. Fn. 159, 229
- Herrschaft des Rechts 101
- und Hierarchie der Normordnung 13
- und Vorrang der Grundrechte *s. dort*
- Vorrang des Gesetzes *s. auch Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*
- Abweichungsverbot 26ff.
- Anwendungsgebot 26ff.
- genitivus subiectivus 22
- Gesetzesbegriff 23ff.
- Grundaussagen 22f.
- im Konstitutionalismus 226f. Fn. 147
- und (Anwendungs-)Vorrang der Grundrechte 204ff., 218f.
- und bindende Kraft des Gesetzes 25 Fn. 21
- und Grundrechtsbindung der Verwaltung *s. Nichtanwendungskompetenz*
- und Idee bürgerlicher Freiheit 241
- und Vorbehalt des Gesetzes 31f.
- und Vorrang des Gesetzgebers 31f.
- verfassungsmäßiger 17, 220
- Wesentlichkeitstheorie 15, 30, 41ff.
- als Funktionenlehre 53ff., 62ff., 90, 251, 261
- als Staat und Gesellschaft umgreifendes Entscheidungs- und Kompetenzprinzip 82
- als Vorenthaltslehre 44f., 55, 89, 251
- Begründung im parlamentarisch-demokratischen Prinzip 53, 56f., 80ff., 250f., 261f.
- Gesetzgebungsbegriff 55ff., 250
- Grundrechtsrelevanz als Wesentlichkeitskriterium 15, 84ff.
- Dezision statt Argumentation 91
- grundrechtliche Sperrwirkungen 15, 91f.
- Mangel an Evidenz 240
- im (Grund-)Rechtsdreieck 154ff.
- Parlamentsvorbehalt 55, 62, 71ff., 76, 85f., 89f.
- (kein) Rechtsetzungsvorbehalt 68ff., 73f.
- (kein) Rechtssatzvorbehalt 61, 73f., 76ff.
- und Gesetzesvorbehaltslehre
- demokratische Anverwandlung der grundrechtlichen G. 85ff., 90f.
- Lösung von historischer G. 43ff., 251
- und grundlegende Schutzpflicht 154ff.
- und normative Ermächtigungslehre 78f.
- Vagheit 15, 80f., 83, 88f.
- Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 199

# Jus Publicum

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Alphabetisches Verzeichnis

- Bauer, Hartmut*: Die Bundestreu. 1992. *Band 3*.
- Böhm, Monika*: Der Normmensch. 1996. *Band 16*.
- Brenner, Michael*: Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union. 1996. *Band 14*
- Burgi, Martin*: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. 1999. *Band 37*.
- Claasen, Claus Dieter*: Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1996. *Band 13*.
- Danwitz, Thomas von*: Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration. 1996. *Band 17*.
- Detterbeck, Steffen*: Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht. 1995. *Band 11*.
- Di Fabio, Udo*: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. 1994. *Band 8*.
- Enders, Christoph*: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. 1997. *Band 27*.
- Epping, Volker*: Die Außenwirtschaftsfreiheit. 1998. *Band 32*.
- Felix, Dagmar*: Einheit der Rechtsordnung. 1998. *Band 34*.
- Gröschner, Rolf*: Das Überwachungsrechtsverhältnis. 1992. *Band 4*.
- Groß, Thomas*: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation. 1999. *Band 45*.
- Häde, Ulrich*: Finanzausgleich. 1996. *Band 19*.
- Heckmann, Dirk*: Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. 1997. *Band 28*.
- Hermes, Georg*: Staatliche Infrastrukturverantwortung. 1998. *Band 29*.
- Holznapel, Bernd*: Rundfunkrecht in Europa. 1996. *Band 18*.
- Horn, Hans-Detlef*: Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung. 1999. *Band 42*.
- Huber, Peter-Michael*: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. 1991. *Band 1*.
- Ibler, Martin*: Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 43*.
- Kadelbach, Stefan*: Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. 1999. *Band 36*.
- Korioth, Stefan*: Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern. 1997. *Band 23*.
- Kluth, Winfried*: Funktionale Selbstverwaltung. 1997. *Band 26*.
- Lehner, Moris*: Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht. 1993. *Band 5*.
- Lücke, Jörg*: Vorläufige Staatsakte. 1991. *Band 2*.

## *Jus Publicum*

- Manssen, Gerrit*: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. 1994. *Band 9*.
- Masing, Johannes*: Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte. 1998. *Band 30*.
- Morgenthaler, Gerd*: Freiheit durch Gesetz. 1999. *Band 40*.
- Morlok, Martin*: Selbstverständnis als Rechtskriterium. 1993. *Band 6*.
- Oeter, Stefan*: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. 1998. *Band 33*.
- Pauly, Walter*: Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. 1993. *Band 7*.
- Puhl, Thomas*: Budgetflucht und Haushaltsverfassung. 1996. *Band 15*.
- Reinhardt, Michael*: Konsistente Jurisdiktion. 1997. *Band 24*.
- Rossen, Helge*: Vollzug und Verhandlung. 1999. *Band 39*.
- Rozeck, Jochen*: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung. 1998. *Band 31*.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. 1999. *Band 38*.
- Schulte, Martin*: Schlichtes Verwaltungshandeln. 1995. *Band 12*.
- Sobota, Katharina*: Das Prinzip Rechtsstaat. 1997. *Band 22*.
- Sodan, Helge*: Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. 1997. *Band 20*
- Sommermann, Karl-Peter*: Staatsziele und Staatszielbestimmung. 1997. *Band 25*.
- Trute, Hans-Heinrich*: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. 1994. *Band 10*.
- Volkmann, Uwe*: Solidarität - Programm und Prinzip der Verfassung. 1998. *Band 35*.
- Voßkuhle, Andreas*: Das Kompensationsprinzip. 1999. *Band 41*.
- Ziekow, Jan*: Über Freizügigkeit und Aufenthalt. 1997. *Band 21*.

*Einen Gesamtkatalog erhalten Sie gerne von*

*Mohr Siebeck, Postfach 2040, D-72010 Tübingen.*

*Aktuelle Informationen im Internet unter <http://www.mohr.de>*

Mohr Siebeck