

ANDREAS FISAHN

# Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung

*Jus Publicum*

84

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 84





Andreas Fisahn

# Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung

Mohr Siebeck

*Andreas Fisahn*, geboren 1960; Studium in Würzburg, Köln, Marburg und Göttingen. Promotion in Göttingen zur Rechtstheorie von Franz L. Neumann. Juristischer Vorbereitungsdienst beim OLG Bremen Wiss. Assistent an der Universität Bremen.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Bremen gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Fisahn, Andreas:*

Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung / Andreas Fisahn. – Tübingen :

Mohr Siebeck, 2002

(Jus publicum ; Bd. 84)

ISBN 3-16-147781-2

978-3-16-158010-9 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 2002 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 Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

## Vorwort

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um die überarbeitete Fassung meiner Habilitationsschrift, die dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen im Winter 2000/ 2001 zur Begutachtung vorgelegen hat. Mein Dank gilt Professor Gerd Winter, der die Arbeit betreut hat und im Zusammenhang der Arbeit in der Forschungsstelle Umweltrecht viele interessante und weiterführende Diskussionen möglich gemacht hat und auch meine sonstige wissenschaftliche Arbeit sehr gefördert hat. Der Dank gilt so auch den Kolleginnen und Kollegen der Forschungsstelle, mit denen ein intensiver Austausch über viele umweltrechtliche, allgemein rechtliche, politische und persönliche Fragen stattgefunden hat.

Ein Dank sei auch dem Fachbereich Rechtswissenschaft insgesamt gewidmet, der ein gutes Klima der Diskussion und des wissenschaftlichen Austausches pflegt, so dass viele aktuelle, politisch relevante Aspekte der Rechtsentwicklung aus unterschiedlichen, aber für alle gewinnbringenden Perspektiven erörtert werden.

Ein Dank geht auch an meinen Bruder Henning Fisahn und seine Frau Christina Fisahn, die sich die Mühe gemacht haben, die gesamte Arbeit Korrektur zu lesen, um die – unvermeidbaren – Fehler auszumerzen.

Bremen, im Mai 2002

Andreas Fisahn



# Inhalt

<i>Einleitung: Problemstellung und Methodisches</i> .....	1
A. Dezentrale Beteiligung als Kompensation für die verspätete Demokratie in Deutschland .....	10
I. Umbrüche am Ende des 18. Jahrhunderts – Preußisches Allgemeines Landrecht .....	10
1. <i>Müller Arnold und das ALR</i> .....	10
2. <i>Mühlen- und Wasserrecht im ALR</i> .....	12
II. Wasserstauen um 1811 .....	16
1. <i>Die Regelung des Vorflutgesetzes</i> .....	16
2. <i>Historischer Kontext – Französische Revolution und Selbstverwaltung in Deutschland</i> .....	20
III. Restaurationsphase – Infrastrukturerweiterung ohne Beteiligung ...	25
1. <i>Das preußische Eisenbahngesetz</i> .....	25
2. <i>Privatflussgesetz – Informationsrechte des Unternehmers</i> .....	26
3. <i>Historischer Kontext – die Restaurationsphase</i> .....	28
IV. Beteiligung im Zeitalter des erstarkenden Liberalismus .....	30
1. <i>Historischer Kontext – Gründerjahre und Hegemonie des Liberalismus</i> .....	31
2. <i>Einwendungsrechte in der Gewerbeordnung</i> .....	39
3. <i>Das preußische Enteignungsgesetz</i> .....	43
4. <i>Eisen- und Kleinbahnen sowie Wasser- und andere Straßen</i> .....	51
B. Funktionswandel der Beteiligungsrechte im Kontext autoritärer Vergemeinschaftung .....	55
I. Der historische Kontext – Niedergang des Liberalismus im deutschen Kaiserreich .....	55
1. <i>Entwicklung der politischen und gesellschaftlichen Kräfte</i> .....	55
2. <i>Theoretische Reflexionen zum Niedergang des Liberalismus</i> .....	63



3. Wandel der Öffentlichkeit und Funktionswandel der Beteiligungsrechte .....	70
4. Wandel der Staatstheorie .....	75
II. Gesetzgebung und Rechtsprechung im Kaiserreich .....	85
1. Das Wassergesetz von 1913 .....	85
2. Telegraphen- und andere Gesetze .....	94
3. Die Ausdehnung der Präklusion durch die Dogmatik .....	96
III. Weimarer Republik .....	98
1. Kein Ausbau der Beteiligungsverfahren .....	98
2. Interpretation nach dem historischen Kontext .....	99
IV. Nationalsozialismus .....	110
C. Übernahme der tradierten Öffentlichkeitsbeteiligung in der Bundesrepublik .....	117
I. Beteiligungsrechte in der Gesetzgebung .....	118
1. Eisenbahnrecht .....	118
2. Bundesfernstraßengesetz .....	120
3. Wasserrecht .....	121
4. Weitere Gesetze .....	123
II. Status der Beteiligungsrechte .....	124
1. Planfeststellung in der Bewertung .....	125
2. Informationsgenerierung contra Rechtsschutz .....	129
3. Staatstheoretische Grundlagen .....	132
a) Staatsverständnis der formierten Gesellschaft und die Bestimmung des Gemeinwohls .....	132
b) Der Staat der pluralistischen Gesellschaft und das Gemeinwohl .....	147
III. Beteiligungsrechte und gerichtliche Kontrolle .....	160
1. Konzentrationswirkung und Effizienz .....	160
2. Klagebefugnis und Präklusion .....	161
3. Planung und Ermessen .....	164
4. Durchbruch der Abwägungsdogmatik .....	165
5. Verfahrensfehler und die Anfechtbarkeit eines VA .....	167
6. Verfahrensfehler und Klagebefugnis .....	172

D. Beteiligungsrechte in der Diskussion .....	175
I. Beteiligungsrechte in der Gesetzgebung .....	176
1. Abfallgesetz .....	176
2. Bundesimmissionsschutzgesetz .....	177
3. Das Verwaltungsverfahrensgesetz .....	185
4. Bundesnaturschutzgesetz .....	190
5. Frühzeitige Bürgerbeteiligung im Baurecht .....	192
6. Bürgerbeteiligung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung .....	195
II. Status der Beteiligungsrechte .....	198
1. Vorgelagerter Rechtsschutz .....	200
2. „Funktionen“ der Öffentlichkeitsbeteiligung .....	209
a) Information .....	210
b) Kontrolle und Transparenz .....	211
c) Effektivität .....	212
d) Ausgleich und Integration .....	213
(1) Die Kontroverse .....	213
(2) Subjektive Akzeptanz .....	214
(3) Technokratische Integration .....	214
(4) Widersprüchlichkeit des Verfahrens .....	215
3. Öffentlichkeitsbeteiligung und Demokratie .....	216
a) Staatstheoretische Grundlegung – hierarchische Demokratie .....	216
(1) Trennung von Staat und Gesellschaft .....	217
(2) Legitimation abstrakter Staatlichkeit .....	221
(3) Einheit des Staates und relative Homogenität des Volkes .....	223
(4) Demokratie als Legitimationsmodus – Legitimationketten .....	228
(5) Empirische Interessen und Gemeinwohl .....	234
b) Hierarchische Demokratie und Status der Beteiligungsrechte .....	236
(1) Keine demokratische Legitimation durch Beteiligung .....	237
(2) Die Position demokratischer Beteiligung .....	244
III. Beteiligungsrechte und gerichtliche Kontrolle .....	249
1. Verfahrensfehler .....	249
a) Grundzüge der gesetzlichen Regelung .....	250
b) Die Beurteilung von Verfahrensfehlern durch die Rechtsprechung ..	253
c) Kritik des Grundsatzes der konkreten Kausalität .....	261
(1) Logische und praktische Inkonsistenzen .....	261
(2) Methodologische Kritik der Auslegung des §46 VwVfG .....	264
d) Alternative Vorschläge zur Rechtsfolge von Verfahrensfehlern .....	266
(1) Rechtliche Alternativlosigkeit – abstrakte Kausalität .....	266
(2) Wesentlichkeit des Fehlers .....	267
(3) Absolute und relative Aufhebungsgründe .....	268

2. <i>Klagebefugnis und Verfahrensfehler</i> .....	269
a) Subjektiv-öffentliches Recht und die Rüge von Verfahrensfehlern ...	269
b) Rüge von Verfahrensfehlern ohne subjektiv-öffentliches Recht .....	274
E. Aktuelle Entwicklungen und Neubestimmungen .....	278
I. Beteiligung als Opfer der Beschleunigungsgesetzgebung .....	278
1. <i>Überblick über die Gesetzesnovellen</i> .....	279
2. <i>Die Beschleunigungsnovellen und die Wirkung auf die             Beteiligungsrechte</i> .....	280
a) Verkehrsinfrastrukturgesetze .....	280
b) Abfall- und Immissionsschutzrecht .....	284
c) Erörterungstermin im Gentechnikgesetz .....	287
d) Änderung der VwGO und des VwVfG .....	287
II. Demokratischer Status der Beteiligungsrechte .....	292
1. <i>Demokratie in der Rechtsprechung des BVerfG</i> .....	292
a) Hierarchische Demokratie .....	292
(1) Mitbestimmung im öffentlichen Dienst .....	292
(2) Ausländerwahlrecht .....	295
(3) Maastricht .....	297
b) Offene Konzeption der Demokratie .....	298
(1) Funktion einiger Grundrechte im demokratischen Prozess .....	298
(2) Der Prozess der politischen Willensbildung und demokratische Teilhabe .....	301
(3) Selbstverwaltung .....	304
2. <i>Staatstheoretische Grundlegungen – Konzeption der             Demokratie</i> .....	308
a) Das Problem abstrakter Staatlichkeit .....	308
b) Demokratie und die Besonderung des Staates .....	313
(1) Die Besonderung des Staates .....	313
(2) Aufhebung der Besonderung des Staates .....	317
c) Probleme der Legitimation .....	323
d) Inklusion und Rückbezüglichkeit .....	329
2. <i>Status der Beteiligungsrechte</i> .....	335
III. Demokratischer Status der Beteiligung – Konsequenzen für das Verfahren .....	340
1. <i>Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Bewertung der         Beschleunigungs-Gesetzgebung</i> .....	340
a) Fragwürdigkeit des rechtspolitischen Rechtfertigungsdiskurses .....	340
b) Skizze einiger Verfassungsrechtlicher Probleme .....	343
2. <i>Neues zu Verfahrensfehlern in Literatur und Rechtsprechung</i> ...	351

a) Verfahrensfehler und Abwägung nach der Novelle des VwVfG . . . . .	351
(1) Folgen von Verfahrens- und Formfehlern (§46 VwVfG) . . . . .	351
(2) Fehler im Abwägungsvorgang (§75 Abs. 1 a VwVfG) . . . . .	356
b) Richtigkeitsgewähr durch Verfahren – Abweichungen in der Rechtsprechung . . . . .	359
c) Fehlerrüge und Beteiligung der Naturschutzverbände . . . . .	363
3. <i>Demokratischer Status und die Verfahrensfehlerlehre</i> . . . . .	369
a) Systematische Vorüberlegungen . . . . .	369
b) Die Auslegung der Regelungen zur Fehlerfolge . . . . .	371
c) Verfahrensfehler und Klagebefugnis . . . . .	376
<i>Literaturverzeichnis</i> . . . . .	379
<i>Personen- und Sachverzeichnis</i> . . . . .	393



## *Einleitung:* Problemstellung und Methodisches

Die Beteiligung der Öffentlichkeit, bzw. von interessierten Individuen oder Gruppen an Entscheidungsprozessen der Verwaltung in Einwendungs- und Erörterungsverfahren ist seit den frühen 1970er Jahren verstärkt Gegenstand unterschiedlicher gesetzgeberischer Initiativen und Diskussionen. Sie erscheint als bekanntes öffentlich-rechtliches Institut, das gelegentlich „reformiert“ wurde, einmal Erweiterungen, ein anderes Mal Beschränkungen zu gewärtigen hatte, dessen Bedeutung, Inhalt oder dessen Status aber geklärt sein müsste, schon weil es sowohl Rechtsprechung wie Literatur ausreichend beschäftigt hat. Schon beim ersten Sichten der Kommentierungen der einschlägigen Normen stößt man aber auf eine in juristischen Texten ungewöhnliche Erscheinung.

In allen Kommentierungen findet man regelmäßige breite Ausführungen zur „Funktion der Öffentlichkeitsbeteiligung“<sup>1</sup>. Diese nehmen sich im Kontext juristischer Dogmatik recht merkwürdig aus, da die Frage nach der Funktion eher eine soziologische<sup>2</sup> denn eine juristische ist. Genannt werden verschiedene Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung, nämlich:

- Information der Behörde einerseits und des Bürgers, der Bürgerin andererseits
- Interessenvertretung und -ausgleich
- Effektivitätssteigerung der Verwaltung
- Beschaffung von Akzeptanz für Entscheidungen
- vorgelagerter (Grund)-Rechtsschutz und Gewährung rechtlichen Gehörs.<sup>3</sup>

Nun ließe sich diese eher soziologische Bestimmung der Funktion des Beteiligungsverfahrens – gleichsam übersetzt in die juristische Methode – verstehen als Bestimmung von Sinn und Zweck des Verfahrens, also als teleologische Auslegung.

Der Vergleich zwischen teleologischer Auslegung und Funktionsbestimmung ist aber insofern problematisch, als es bei der Funktionsbestimmung nicht um

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa: *Hellmann*, Die Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 140ff; *Stelkens/Bonk/Leonhardt*, § 73 VwVfG, Rdnr. 7ff; *Ehlers/Link*, § 73 VwVfG, Rdnr. 5ff; *Kopp*, § 73 VwVfG, Rdnr. 1; *Bora*, KJ 1994, S. 311.

<sup>2</sup> Die Funktionen-Diskussion ist denn auch Anfang der 1970er Jahre mit einer soziologischen Perspektive begonnen worden (Vgl. *Mayntz*, Funktionen der Beteiligung, S. 374; *Blümel*, Funktion und Ausgestaltung, S. 233).

<sup>3</sup> Vgl. *Kopp*, VwVfG München 1991, § 73 Rdnr. 1; *Stelkens/Bonk/Leonhardt*, VwVfG München 1983, § 73 Rdnr. 7ff; *Ehlers/Link*, VwVfG Neuwied/Frankfurt 1990, § 73 Rdnr. 5ff; *Bora*, KJ 1994, S. 306 (311).

Probleme der Anwendung des Verfahrens selbst geht. Die (teleologische) Auslegung einer Gesetzesnorm erfolgt regelmäßig, um die Norm selbst zu verstehen, um zu wissen, ob oder wie der „abstrakte“ sprachliche Text auf den „konkreten“ Lebenssachverhalt bezogen werden soll. Darum geht es aber bei der Auslegung des Verfahrens der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht, weil sich aus dem Gesetzestext ziemlich eindeutig ergibt, was zu tun ist, wie zu verfahren ist. Jedenfalls hilft die Funktionsbestimmung nicht viel weiter, wenn es darum geht, das Verfahren korrekt durchzuführen; sie liegt also im Ergebnis neben der teleologischen Auslegung, wie sie aus den klassischen Canones bekannt ist.

Aus einigen der sog. Funktionen ergeben sich allerdings rechtliche Konsequenzen, wenn auch nicht für das Verfahren selbst, so doch für Rechtsschutzmöglichkeiten oder für die Folgen von Verfahrensfehlern. Das gilt insbesondere für die „Funktionen“ vorgelagerter Rechtsschutz oder Informationsbeschaffung für die Behörde. Sie sollen deshalb im Folgenden im Unterschied zu den soziologischen Funktionen als rechtlicher Status der Beteiligungsrechte diskutiert werden.

Für andere Funktionen sind rechtliche Konsequenzen nicht ersichtlich, oder es bedürfte doch eines erheblichen Begründungsaufwandes, um solche zu entwickeln. So ist schwer ersichtlich, welche rechtlichen Konsequenzen die Funktion Effektivitätssteigerung haben könnte. Bei der Akzeptanzbeschaffung kommt man eventuell über den Legitimitätsdiskurs zu rechtlichen Folgen. Weder diese entfernteren Folgen der soziologischen Funktionen noch die näher liegenden Folgen des rechtlichen Status werden in der zitierten Literatur aber im Kontext der Funktionsbestimmung entwickelt.

Der Diskurs um die Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung ist so nicht im Hinblick auf das Gesagte, sondern im Hinblick auf das Nicht-Gesagte interessant. Man muss nicht dekonstruktivistisch vorgehen, um zu sehen, dass bei all den unterschiedlichen Funktionen etwas ungesagt bleibt, was rechtliche Konsequenzen haben kann. Es liegt geradezu nahe, den diskursiven Aspekt der Öffentlichkeitsbeteiligung der demokratischen Willensbildung zuzuordnen, und so ihren Status als demokratischen zu bestimmen. Gerade das geschieht aber nicht, vielmehr wird regelmäßig betont, dass Beteiligungsverfahren keine legitimatorische Wirkung entfalten, womit das Demokratieproblem „erledigt“ wird. Dies ist unzureichend und gibt Anlass, den demokratischen Status der Beteiligungsrechte vom Nicht-Thema in den Mittelpunkt des Interesses zu rücken.

Rechtlich relevant ist die Charakterisierung der Beteiligungsverfahrens als Instrument der Behörde, um alle relevanten Tatsachen und Gesichtspunkte für die Entscheidung zu ermitteln, also als Verfahren, das der Informationsbeschaffung der Behörde dient.<sup>4</sup> Steht die Information der Behörde im Vordergrund, können Verfahrensfehlern, der Missachtung von Beteiligungspflichten seitens der Behör-

---

<sup>4</sup> Die Informationsbeschaffung wurde von Einigen sehr lange, bis in die jüngste Vergangenheit als zentraler Zweck herausgestellt; vgl. *Obermeyer* §73 VwVfG (1990) Rdnr. 5ff.

de keine wesentliche Bedeutung beigemessen werden, und die Klagebefugnis bei der Rüge von Verfahrensfehlern wäre problematisch. Die jüngsten Änderung der einschlägigen Bestimmungen im Verwaltungsverfahrensgesetz haben bei der Frage nach der rechtlichen Folge von Verfahrensfehlern wenig Klarheit gebracht. Die Auslegung der Vorschriften bleibt abhängig vom Vorverständnis über die „Funktion“ oder den Status der Beteiligungsrechte. Diesem Vorverständnis ist nachzuspüren und auf der Grundlage einer genealogischen Kritik sollen Gegenvorschläge entwickelt werden.

Die Reduktion des Beteiligungsverfahrens auf eine Information der Behörde ist seit der Mülheim-Kärlich-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts obsolet. Vertreten wird seitdem nur, dass das Verfahren auch die Funktion erfülle, die Behörde zu informieren. Worüber informiert wird bzw. werden soll, bleibt offen. Angesichts der Komplexität der zu beurteilenden oder abzuwägenden Fragestellungen scheinen Expertensysteme als Informationsquelle über „Tatsachen“-Fragen den „betroffenen“ oder interessierten Laien um ein Vielfaches überlegen. Bei der Genehmigung eines Chemiewerkes wird der Nachbar in den seltensten Fällen Auskunft über die zu erwartenden Risiken geben können. Er kann aber Auskunft geben darüber, welche Risiken er bereit ist hinzunehmen oder was er als störend oder unerträglich empfindet, also Auskunft über seine Wertungen zu der Frage „Wie wollen wir leben?“. Wird diese Frage zum Gegenstand des Verfahrens, ist sie schlechterdings nicht unter die Überschrift „Information der Behörde“ zu subsumieren, dann geht es um das Einbringen und Austarieren von Interessen und Meinungen, die über die sog. Informationsfunktion nicht angemessen erfasst werden können.

Die zweite rechtlich relevante Funktionsbeschreibung betrifft die „Funktion“ vorgelagerter Rechtsschutz. Danach dient die Beteiligung im Planfeststellungs- oder Genehmigungsverfahren dem Rechtsschutz schon im Verwaltungsverfahren. Diese Ansicht kann aber ebenso wenig die ganze Dimension der Bedeutung der Beteiligungsrechte erfassen. Voraussetzung der Beteiligung ist regelmäßig nicht die rechtliche Betroffenheit, die mögliche Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte, vielmehr wird der Kreis der Einwendungsberechtigten z.T. überhaupt nicht beschränkt, z.T. wird die Betroffenheit von Belangen zur Voraussetzung der Einwendungsrechte gemacht, was aber unbestritten erheblich weiter zu verstehen ist als die Rechtsbetroffenheit. Für all diejenigen, deren Rechte zwar nicht, deren Belange aber betroffen sind, kann es beim Einwendungs- und Erörterungsverfahren nicht um vorgelagerten Rechtsschutz gehen – jedenfalls dann nicht, wenn man die Dogmatik zum subjektiv-öffentlichen Recht zugrunde legt. Mit dem vorgelagerten Rechtsschutz ist der rechtlich relevante Status der Beteiligungsrechte nicht vollständig erfasst.

Vor diesem Hintergrund erscheint es – das sei nochmals betont – sinnvoll, das in den „Funktions“-Beschreibungen Nicht-Gesagte in den Mittelpunkt des Interesses zu rücken. Dann muss gefragt werden, ob es sich rechtfertigen lässt, den



Status der Beteiligungsrechte als demokratischen Status zu bestimmen und welche Konsequenzen eine solche Bestimmung hat. Diese Fragestellung legt eine historische Betrachtung, ein Nachzeichnen der Entwicklung des Rechtsinstituts Öffentlichkeitsbeteiligung nahe. Solche historischen Betrachtungen sind im Rahmen der juristischen Methode *prima facie* nicht rechtfertigungsbedürftig. Sie gehören als historische und/oder genetische Auslegung zu den üblichen *Canones* der Methodenlehre.

Die historisch-genetische Auslegung stößt aber auf ein Problem, wenn sich historische Diskontinuitäten ergeben, wenn sich die historische Entwicklung nicht linear als Fortschrittsgeschichte – meist unter Ausklammerung des Nationalsozialismus – beschreiben lässt. Zu welchen Ergebnissen kommt die historisch-genetische Auslegung, wenn sich die historische Entwicklung als diskontinuierlicher Prozess darstellt, in dem Diskurse gegeneinander und nebeneinander herlaufen, frühere Diskurselemente verdrängt und wieder ausgegraben werden, an älteres angeknüpft wird und altes übersprungen wird?

Akzeptiert wird in den fortgeschrittenen Methodenlehren, dass sich die gesellschaftliche Situation gegenüber dem historisch-sozialen Kontext verändern kann<sup>5</sup> und, dass der dogmengeschichtlichen Entwicklung<sup>6</sup> eine eigenständige Bedeutung neben dem historischen Willen des Gesetzgebers und den Entstehungsbedingungen oder der Entstehungsgeschichte der Norm zuzubilligen ist. Die dogmengeschichtliche Entwicklung wird dabei neben den historischen Kontext gestellt und als Kontinuität konstruiert, als aktueller Rückgriff auf das frühere Verständnis der Norm, d. h. das Paradigma linearer Entwicklung wird der Dogmengeschichte unterlegt. Umgekehrt basiert das Problem der „Überholung“ der Norm auf der Vorstellung einer fortschreitenden Entwicklung des historisch-sozialen Kontextes bei gleichzeitigem Verharren der Norm im überkommenen Verständnis. Auch hier findet sich das Paradigma linearer Entwicklung. Geht die Auslegung nach der dogmengeschichtlichen Entwicklung von einem inner-juristischen Fortschritt aus, während dessen das Verständnis der Norm verbessert wird, entsteht auf der anderen Seite das Problem der historischen „Überholung“ der Norm nur, weil die gesellschaftlich-sozialen Verhältnisse sich (vermeintlich) schneller entwickeln als die Norm oder deren Verständnis. Einmal wird das Paradigma linearer Entwicklung dem inner-juristischen Diskurs unterlegt, dann der gesellschaftlichen Entwicklung. Das direkte Zurückgreifen auf den „historischen Willen des Gesetzgebers“ unterstellt eine Kontinuität ohne historische Entwicklung, eine Kontinuität zwischen Regelungsgehalt der Norm und „geregelten“ gesellschaftlichen Beziehungen.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 632; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 294; (noch) nicht problematisiert wird dies bei Larenz, Methodenlehre, S. 216; Coing, Die juristischen Auslegungsmethoden, S. 10.

<sup>6</sup> Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 632.

<sup>7</sup> Der Fall der historischen „Überholung“ der Norm führt, selbst wenn er erkannt wird, me-

Die Vorstellung einer linearen Entwicklung ist tief verwurzelt in der aufklärerischen Tradition einerseits, in der Evolutionstheorie, an die systemtheoretische Deutungen anschließen, andererseits. Neuerdings wird sie allerdings – meist wenn sie als Paradigma der Fortschrittsgeschichte explizit zum Thema wird – problematisiert.<sup>8</sup> Hier ist nicht zu diskutieren, ob es angemessen ist, das Paradigma linearer Entwicklung vollständig in Frage zu stellen und an die Stelle der Geschichte einzelne, nebeneinander stehende Geschichten zu setzen. Die Untersuchung von Diskontinuitäten<sup>9</sup> scheint jedoch auch im beschränkten Rahmen juristischer Auslegung neue Perspektiven zu eröffnen – allerdings auch neue Probleme.<sup>10</sup>

Das Paradigma linearer Entwicklung als vorbewusste Grundlage der historisch-genetischen Auslegung birgt zudem die Gefahr, dass die aktuelle Richtung auch der Geschichte als „Richtung“ unterschoben wird. Dies lässt sich leicht an der historisch-genetischen Auslegung der Öffentlichkeitsbeteiligung bzw. des Planfeststellungsverfahrens exemplifizieren. So wird in den 1990er Jahren, deren Tendenz durch die „Beschleunigungs“-Gesetzgebung charakterisiert werden kann, in denen Beschleunigung und Effektivierung des Verfahrens in den Mittelpunkt der gesetzgeberischen Initiativen rücken, Beschleunigung und Effektivität auch als historischer Ursprung, als „Wille des historischen Gesetzgebers“ herausgestellt. So heißt es in einer Kommentierung aus dem Jahre 1998:

„Das Planfeststellungsverfahren hat seinen historischen Ursprung in kompetenzrechtlichen Erwägungen unter besonderer Berücksichtigung von Beschleunigungs- und Effektivitätsgesichtspunkten bei der Verwirklichung eines raumbezogenen Vorhabens, an dem eine Vielzahl von Behörden und Betroffenen beteiligt sind.“<sup>11</sup>

Im gleichen Kommentar wird in der Ausgabe von 1983 als historische Bedeutung bzw. als Motivation des Gesetzgebers darauf verwiesen, dass ein Regelungsbedürfnis in einem allgemeinen Verfahrensgesetz bestanden habe, um die Verfahrensvorschriften in den Fachgesetzen zu vereinheitlichen.<sup>12</sup> Dieses Beispiel zeigt neben der Abhängigkeit historischer Auslegungen vom jeweiligen „Zeitgeist“,

---

thodologisch zu keiner eindeutigen Lösung. Ist nun der Normgehalt durch „Rechtsfortbildung“ der neuen Situation anzupassen, oder ist der „alte“ Normgehalt gegenüber der neuen Situation kontrafaktisch einzufordern?

<sup>8</sup> Vgl. etwa: *Lyotard*, Das postmoderne Wissen, passim, *Giddens*, Die Konstitution der Gesellschaft, S. 281 f; *Foucault*, Archäologie des Wissens, passim.

<sup>9</sup> Deren Bedeutung in der historischen Entwicklung hat insbesondere *Foucault* untersucht, methodisch zusammenfassend: Archäologie des Wissens, passim.

<sup>10</sup> Nämlich: wie kann in der historisch-genetischen Auslegung ein „Verständnis“ der Norm produziert werden, wenn Diskontinuitäten sichtbar werden?

<sup>11</sup> *Bonk* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 72 VwVfG, Rdnr. 4.

<sup>12</sup> *Bonk* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 72 VwVfG, Rdnr. 6; ähnlich *Meyer* in *Meyer/Bogs*, § 72 VwVfG (1982) Rdnr. 1: „Die Bedeutung der Vorschrift besteht darin, für die in Spezialgesetzen schon vorgesehenen Planfeststellungsverfahren eine subsidiäre vereinheitlichende Rechtsquelle zu schaffen und für zukünftig einzuführende Planfeststellungsverfahren allgemeine Verfahrensregeln zu erübrigen“.

dass unterschiedliche historische Tiefenschichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, insbesondere dann, wenn eben keine lineare Entwicklung besteht, sondern Diskontinuitäten auszumachen sind. Die genetische Auslegung aus dem Jahre 1983 stellte auf den Willen oder das Motiv des damals aktuellen Gesetzgebers ab; die Auslegung von 1998 gibt zumindest vor, auf zeitlich dahinter liegende Motive zurückzugreifen.

Selbst Autoren, die längere Zeiträume in den Blick nehmen und gleichsam über Diskontinuitäten stolpern müssten, unterschieben ihrer „Historischen Auslegung“ das Paradigma linearer Entwicklung, so dass abweichende Aspekte – abweichend von der Linearität und vom aktuell herrschenden Deutungsmuster – ausgeblendet bleiben. So folgert *Deppen* aus seinem kurzen historischen Abriss der Entwicklung der Beteiligungsrechte in der Planfeststellung:

„Diese Absage an einen demokratietheoretisch-ideologischen Überbau der Bürgerbeteiligung bei der Planfeststellung entspricht dem historischen Befund. Die Regelungen der Bürgerbeteiligung im Planfeststellungsverfahren haben sich trotz zahlreicher auch undemokratischer Staatsformen als deren essentielles Merkmal kontinuierlich entwickelt.“<sup>13</sup>

Zunächst könnte man die Frage stellen, ob die Beteiligungsrechte sich nicht trotz, sondern wegen der verspäteten zentralstaatlichen Demokratie in Deutschland entwickelten. Zweitens wird in der zitierten Passage explizit eine lineare Entwicklung unterstellt, d.h. es wird angenommen, dass immer die gleichen Kräfte, Motive oder Motivbündeln Grundlage für eine Kodifikation von Beteiligungsrechten gewesen sein müssten. Nur dann ließe sich folgern, dass die „Funktion“ der Beteiligungsrechte in eine historische Kontinuität zu stellen ist, nämlich – nach Meinung des zitierten Autors – in keine demokratische.

Hier soll mit dem Paradigma linearer Entwicklung in der historisch-genetischen Auslegungsmethode gebrochen werden. Nachzuspüren ist den Diskontinuitäten in einer doppelten Bedeutung, nämlich einmal als Ungleichzeitigkeit, d.h. Diskontinuität in der zeitlichen Entwicklung, die sich in einem Funktionswandel, einem Bedeutungswandel oder einem Wandel der herrschenden Deutungsmuster ausdrücken können. Daneben sind aber die gleichzeitigen Diskontinuitäten anzusprechen, womit die Widersprüchlichkeit der Ausgangssituation oder unterschiedliche Interessen in wechselnden Kräfteverhältnissen gemeint sind. Diese Bedeutung von Diskontinuität impliziert notwendig, dass nicht nur die Gesetzestexte und die amtlichen Begründungen zum Verständnis der Motivbündel herangezogen werden können, vielmehr sind diese in den Kontext der historischen Situation, den Kontext der sozialen Auseinandersetzungen zu stellen, in deren Diskontinuität zu verorten, um Verschiebungen oder Mehrdimensionalitäten im Rahmen der inner-juristischen Diskurse erfassen zu können.

Verschiebungen können – Diskontinuitäten vorausgesetzt – als Verschiebungen innerhalb der juristischen Diskurses, zwischen Diskurs und gesellschaftlich-

<sup>13</sup> *Deppen*, Beteiligungsrechte, S. 94.

sozialem Kontext oder nur innerhalb des gesellschaftlich-sozialen Kontextes stattfinden, so dass Spannungsverhältnisse entstehen (können), die aufzulösen sind. Diskontinuitäten in der Entwicklung rechtlicher Institutionen, bzw. des Diskurses um diese, müssen zur Folge haben, dass Ursprünge, Bedeutungsvarianten verdrängt oder weggedrängt werden oder sonst wie verloren gehen können. Der Abschied vom Paradigma linearer Entwicklung in der historisch-genetischen Auslegung führt so zu einer Art Archäologie, zu einer Suche nach Verschüttetem, zu einer Suche nach verschütteten Deutungsmustern unterhalb der aktuell vorherrschenden Schichten der Deutung. Die Suche nach Verschüttetem führt dann gleichzeitig auf die Spuren des Verschüttungsprozesses, lässt eine Fährte aufscheinen, die die Stelle der Diskontinuität und ihre Folgewirkungen erkennbar werden lässt.

Erfolgreiche juristische Archäologie kann verschüttete Bedeutungsvarianten zu Tage fördern, die sich als Problem für die historisch-genetische Auslegung entpuppt. Das Paradigma linearer Entwicklung erleichtert die Rechtsarbeit, da es ein eindeutiges Ergebnis zur historischen Regelungsabsicht produziert. Verschüttete Bedeutungsgehalte und die Existenz von Diskontinuitäten erschüttern dagegen die scheinbare Sicherheit im Paradigma linearer Entwicklung. Widersprüchliche Ergebnisse, d.h. unterschiedliche Bedeutungsvarianten stehen sich nun gegenüber oder zumindest nebeneinander und erfordern eine Gewichtung oder gar Entscheidung, wenn man die historisch-genetische Auslegung nicht als unentschieden und deshalb irrelevant im Sande verlaufen lassen will. Die historischen Bedingungen der Diskontinuität rücken dann in den Mittelpunkt des Interesses. Sie können Anhaltspunkte für die Gewichtung der unterschiedlichen Bedeutungsvarianten liefern. Ausgangspunkt ist die Frage, in welche der diskontinuierlichen Traditionen der Rechtsarbeiter sich stellen will, bzw. in welche der diskontinuierlichen Traditionen er sich vor dem Hintergrund der aktuellen normativen Vorgaben, die nicht zuletzt der Verfassung entspringen, stellen soll.

Konkret: Die juristische Archäologie fördert mit Blick auf die Öffentlichkeitsbeteiligung – so eine zentrale These – eine verschüttete bzw. weggedrängte demokratische Dimension zu Tage, eine demokratische Dimension, die einen Ausweg aus den skizzierten Aporien der Statusbestimmung der Öffentlichkeitsbeteiligung ermöglichen könnte. Die archäologische Suche stellt deshalb die demokratische Dimension der Öffentlichkeitsbeteiligung und die Verschüttungsprozesse in das Zentrum der Betrachtungen.

Den demokratischen Ursprüngen, dem Ursprung der Öffentlichkeitsbeteiligung in den Auseinandersetzungen um die Begrenzung staatlicher Macht und des gesellschaftlichen Einflusses auf diese Macht wird im ersten Abschnitt nachgespürt. Diese Phase beginnt im aufgeklärten Absolutismus und bestimmt die gesellschaftlichen Auseinandersetzungen in und zwischen verschiedenen Phasen der demokratischen Revolution in Kontinentaleuropa. Der zweite Abschnitt (B.) ist vorwiegend den Verschüttungsprozessen gewidmet, fördert Diskontinuitäten

zu Tage. Die demokratische Dimension der Öffentlichkeitsbeteiligung wurde im Kontext der „autoritären Vergemeinschaftung“, die die Phase der „großen Depression“ im Kaiserreich charakterisiert, weggedrängt, sie wurde verschüttet.

Die Abschnitte C.–E. sind der aktuellen Entwicklung, d.h. der Entwicklung der rechtlichen Regulierung und des juristischen Diskurses um die Öffentlichkeitsbeteiligung in der Bundesrepublik gewidmet. Obwohl hier prima facie auch historische Spurensuche betrieben wird, verschieben sich die Gewichte zur systematischen Diskussion des Status der Beteiligungsrechte und dessen Bedeutung für die gerichtliche Kontrolle, die konzentriert wird, auf die rechtliche Bewertung von Fehlern im Beteiligungsverfahren. Das Aufspüren von Kontinuitäten und Diskontinuitäten wird mit einer kritischen Diskussion der staatsrechtlichen Hintergründe der Statusbestimmung verbunden. Nachzuspüren ist der impliziten und expliziten Verbindung zwischen staatsrechtlichen Grundannahmen und deren Reflex in der „einfachen“ Auslegung verwaltungsrechtlicher Regelungen, wobei sich die Erörterung auf die Folgen von Fehlern im Beteiligungsverfahren im dogmatischen Kontext konzentriert.

Beide Gesichtspunkte, Statusbestimmung und Konsequenzen für Folgen von Verfahrensfehlern in der gerichtlichen Kontrolle, lassen sich wiederum nur unter Einbeziehung der diskontinuierlichen Entwicklung in der Bundesrepublik entfalten und gewichten. Die erste Phase (Abschnitt C.) dieser Entwicklung zwischen 1949 und 1970 lässt sich durch Kontinuitäten in Gesetzgebung und juristischem Diskurs zum Kaiserreich kennzeichnen. In der zweiten Phase (Abschnitt D.) zwischen 1970 und 1990 fallen die Anknüpfungspunkte in Gesetzgebung und herrschendem juristischen Diskurs auseinander. Die Gesetzgebung knüpft an die demokratischen Ursprünge an, was im „herrschenden“ juristischen Diskurs abgelehnt wird. In den 1990er Jahren ist eine weitere Verschiebung erkennbar: Die Gesetzgebung fällt hinter den im Kaiserreich erreichten Stand zurück, was von Teilen der Literatur nachvollzogen und gerechtfertigt wird. In der Auseinandersetzung mit der und kritischen Diskussion der Statusbestimmungen und den verfahrensrechtlichen Konsequenzen wird eine Position entwickelt, die an die demokratischen Ursprünge anknüpft, diese verfassungsrechtlich absichert und auf die verfahrensrechtlichen Konsequenzen untersucht.

In der Bundesrepublik Deutschland ist eine Öffentlichkeitsbeteiligung mit Einwendungsverfahren und folgendem Erörterungstermin für Planfeststellungsverfahren zentral im Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt. Daneben existieren in den Fachgesetzen eine Fülle spezieller Regelungen zum Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung, die in den Einzelheiten von den Vorgaben des VwVfG abweichen. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung ist nicht nur für das Planfeststellungsverfahren, sondern auch für Genehmigungsverfahren und im Verfahren der Bauleitplanung gesetzlich normiert.

Die zentrale Stellung in der historischen Betrachtung nimmt das Planfeststellungsverfahren ein. Es entwickelte sich schon sehr früh im Wasser(straßen)recht,

Eisenbahnrecht, Straßen- und Wegerecht und anderen Rechtsmaterien, die den Bau oder Ausbau öffentlicher Infrastrukturprojekte betreffen. Der andere Strang, der zurückverfolgt wird, ist die Beteiligung an Genehmigungsverfahren für private Betriebe, Anlagen usw., wobei zum historischen Ausgangspunkt hier die Gewerbeordnung und die Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens für bestimmte „gefährliche“ Gewerbe wird. Diese Rechtsmaterie hat sich später – in der Bundesrepublik – gewissermaßen ausdifferenziert. Speziell geregelt wurde zunächst die atomrechtliche Genehmigung. Mit den immissionsschutzrechtlichen Regelungen und den Regelungen im Abfallrecht verloren die Vorschriften der Gewerbeordnung ihre Bedeutung und wurden schließlich vollständig ausgegliedert. Als dritter Strang erscheint das Baurecht, die Beteiligung an der Bauleitplanung. Hier besteht eine enge Verschränkung zur kommunalen Selbstverwaltung. Gerade deshalb, wegen der Verwobenheit mit der Entwicklung der Städte und Gemeinden in Deutschland, ihrer komplizierten Selbstverwaltung und Beziehung zur zentralen Staatsgewalt bleibt das Baurecht hier außerhalb der historischen Betrachtung. Die Nachzeichnung seiner Entwicklung würde eine weitere Monografie erfordern.

## A. Dezentrale Beteiligung als Kompensation für die verspätete Demokratie in Deutschland

### I. Umbrüche am Ende des 18. Jahrhunderts – Preußisches Allgemeines Landrecht

Dem Wasserrecht kann hinsichtlich der staatlichen raumbezogenen Fachplanung eine gewisse Vorreiterrolle zugeschrieben werden. Sehr früh entwickelte sich hier eine detaillierte rechtliche Regelung der Eigentums- und Nutzungsverhältnisse, was leicht verständlich ist, da Eingriffe in die Wasservorräte und Wasserläufe regelmäßig mit Konsequenzen für die Nutzungsmöglichkeiten der Allgemeinheit und privater Dritter verbunden sind und insofern Wasser in seinen verschiedenen Funktionen als Trinkwasser, Verkehrsweg oder Energieträger als knappes Gut erscheint, das der besonderen Regulation bedurfte.

#### 1. Müller Arnold und das ALR

Es erscheint als besondere Pointe der Geschichte, dass nachbarrechtliche Streitigkeiten um die Wassernutzung zu der bedeutendsten Rechtskodifikation der Aufklärung in Deutschland, dem Allgemeinen Landrecht, führten. Dabei erhielt der Streitgegenstand, der den Anlass für die Kodifikation bot, eine Regelung, die in der Frage der Beteiligung und des nachbarlichen Ausgleichs über die sonstigen Regelungen des Landrechts hinauswies, weil die obrigkeitsstaatliche Festlegung und Anordnung immerhin auf die Betroffenen Rücksicht nehmen sollte. Die Regelung des Allgemeinen Landrechts zum Wasserstauen kann deshalb als ein erster Vorläufer heutiger Beteiligungsrechte angesehen werden.

*Friederich II* (1712–1786) hatte schon in jungen Jahren, orientiert an *Montesquieu*s Forderungen nach klaren Gesetzen für alle Völker<sup>1</sup>, den Versuch unternommen ein preußisches allgemeines Landrecht einzuführen. Dieser erste Versuch verlief im Sande, wurde aber von Friedrich II in der Mitte der 1770er Jahre wieder aufgenommen. Mit seinen Reformbestrebungen stieß er jedoch auf den Widerstand seines Großkanzlers, des Freiherrn von *Fürst*, sowie des preußischen „Juristenstandes“, dem an der Bewahrung des alten Rechts und seiner vorsichti-

---

<sup>1</sup> *Montesquieu*, De l'Esprit des Lois, Buch XXIX, Kap. 16.

## Personen- und Sachverzeichnis

- Abfallrecht 10, 182, 183, 192f., 286, 290f.  
Abgeordnetenhaus 36, 40, 48ff., 56, 93, 97  
Absolutismus 8, 16f., 25, 61, 145  
Abwägung 22, 94f., 97, 99, 170ff., 178, 189, 260, 264, 267, 268, 273, 275, 279, 282, 289, 291, 292, 294, 297, 343, 348, 349, 351, 357, 362ff., 371, 376, 379, 382  
Fehler 172, 279, 360, 364ff.  
Akzeptanz 1, 23, 24, 199, 202, 215, 218, 220, 231ff., 239, 242, 243, 249, 250, 306, 318, 328, 330, 331ff.  
Alibifunktion 219  
Allgemeines Landrecht 11ff., 18, 22, 28, 33  
Anerkennung 46, 162, 164, 232, 247, 249, 255, 321, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 336, 337  
Archäologie 5, 8  
Aufklärung 11, 24, 25, 63, 68, 80, 84, 155, 326  
Ausländerwahlrecht 90, 301, 302, 310  
Auslegung  
– Canones 2, 4  
– teleologisch 1, 2, 271  
– verfassungskonform 212, 353, 356, 371  
Baurecht 129  
– frühzeitige Beteiligung 198ff., 290  
*Bebel* 65, 221  
Begriffsjurisprudenz 85  
*Bentham* 84  
Berechenbarkeit 52, 87, 93, 94, 108, 109, 316, 324  
Beschleunigungsgesetze 53, 218, 283, 286, 346, 347  
*Bismarck* 30, 37, 40, 60, 61, 64, 65  
*Böckenförde* 61, 80, 222ff., 300, 310, 314, 322, 326, 333, 339  
*Börne* 32  
Budgetrecht 40, 60  
Bundesimmissionsschutzgesetz 182f., 192f., 203  
Bundesrat 43, 46, 61, 191, 201, 288, 297  
Bürokratie 23, 32, 71, 107ff., 118, 122  
*Carmer, von* 12  
*Comte* 84  
*Dahl, Robert* 161  
Demokratie 6, 11, 28, 90, 106ff., 112, 115, 116, 138, 142, 151, 152, 154ff., 205, 213, 214, 222, 223, 227, 228, 230ff., 297f., 300, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 310ff., 319, 323, 324ff., 333, 335, 337ff., 345, 354, 355, 374  
– hierarchisches Modell 222f., 227, 233f., 237ff., 246ff., 298, 301ff., 313, 314, 322, 326, 328, 334, 335, 339f.  
– pluralistische 154, 157ff., 162ff., 306  
Depression 9, 34, 38, 62, 63, 66, 69  
Diskontinuität 4ff., 374  
*Durkheim* 84, 319  
*Ebert* 106  
Effektivität 5, 215, 218, 327, 335  
Eisenbahnrecht 10, 28, 30, 33, 41, 48, 55, 119, 124, 181  
– Bundesbahngesetz 124, 127, 129, 131, 285, 287  
– Reichsbahngesetz 104f., 119  
*Engels* 36, 41, 77, 320f., 323  
Enteignung 29, 46ff., 97, 126f., 132f., 207, 277, 322, 325  
Entscheidung  
– Abwägung 22, 94f., 97, 99, 162, 170ff., 176, 178, 189, 260, 264, 267, 268, 273, 275, 279, 282, 289, 291f., 294, 297, 343, 348, 349, 351, 357, 362, 363, 364, 365, 366f., 371, 376, 379, 382  
– Ermessen 20, 51, 91, 97, 105, 109, 116, 170f., 178, 189, 192, 196, 199, 201, 257, 260, 262f., 271f., 312, 327, 371, 375, 382  
– Gebundene 196, 258, 259, 260, 263, 266, 271  
Entwässerungsplan 19, 21  
Erörterungstermin 9, 53, 55, 94, 126, 129, 135, 169, 170, 182ff., 190, 191ff., 194, 204, 215, 219, 265, 278, 288f., 291, 293, 295, 342, 380



- Expertensysteme 3, 201, 344  
 Formierte Gesellschaft 138, 153  
*Forsthoff* 131, 138ff., 149f., 155, 161, 168,  
 173, 222f., 244, 245, 304, 306  
*Fraenkel* 153ff., 232  
*Friedrich II* 11, 12, 22  
*Friedrich Wilhelm IV* 35  
 Funktionalismus 235, 242f., 319, 321  
 Funktionswandel 6, 19, 51, 59, 67, 74, 76, 77,  
 98, 100f., 108, 116, 195, 302, 316, 345  
*Fürst, Freiherr von* 11f.  
 Gemeinde 47, 49, 57, 60, 129, 199, 200, 237,  
 250, 259f., 280, 281, 310, 311ff.  
 Gemeinwohl 43, 48, 53, 59, 63, 70, 79, 80ff.,  
 85, 89, 90, 92, 94f., 97ff., 108, 109, 137f.,  
 144ff., 166, 172, 193, 213, 222, 223, 226,  
 240f., 245, 247, 254, 304, 306, 326, 342,  
 343, 354, 373ff.  
 Genealogie 226, 374f.  
 Gentechnikrecht 293  
*Gerber* 39, 85ff.  
 Gesellschaftsvertrag 80, 315  
 Gewerbeordnung 10, 42ff., 102, 105, 116f.,  
 123, 184, 185, 187, 188  
 Gewerkschaften 66, 77, 110, 113  
 Glaubensfreiheit 323  
 Gleichheit 35, 78, 145, 162, 164, 230, 336  
 Globalisierung 346f.  
*Gneisenau* 32  
 Gründerjahre 34, 59, 66  
 Grundgesetz 100, 123, 130, 140, 143, 150,  
 237, 238, 242, 244ff., 250, 252, 301, 310,  
 314, 327, 334, 335, 337, 355, 357  
 Grundrechte 35, 57, 142, 144f., 204, 207,  
 211, 213, 214, 246, 252, 262, 266, 273, 277,  
 304, 313, 323, 338, 340, 354, 355, 356, 376  
*Habermas* 68ff., 229, 323, 326, 330  
*Hannover, Ernst August von* 32  
*Hardenberg* 22f., 32  
*Hegel* 53, 81ff., 145, 148, 225  
*Heine* 32  
*Heller* 90, 106, 319, 333  
*Hindenburg* 106, 110  
*Hobbes* 16, 80, 228, 315, 316  
 Homogenität 78, 89, 99, 155, 157, 223, 229,  
 230ff., 239, 303f., 333  
 Imperialismus 60, 62, 64ff., 78  
 Industrialisierung 15, 29, 34, 37, 62, 67, 77  
 Inklusion 334, 335f., 343  
 Interventionismus 61, 67, 69  
*Jellinek* 85, 86f., 131, 168, 317  
 Kaiserreich 9, 39f., 59, 60, 61ff., 67, 80, 90,  
 100, 108, 110, 112, 122ff., 140, 240  
*Kant* 16, 80, 160, 315, 316, 326, 333f., 336  
*Kautsky* 84, 114  
*Kelsen* 108, 228, 317f.  
 Klagebefugnis 3, 167, 168f., 178, 206, 208f.,  
 212, 214, 275ff., 382f.  
 Klassengleichgewicht 114  
 Kooperation 35, 333, 335  
 Kräfteparallelogramm 88, 150, 161, 232, 306  
 Kulturkampf 61, 66  
 Landespolizeiliche Prüfung 48, 55, 119  
 Legien 106  
 Legitimation  
 – Ketten 234, 235, 238f., 241f., 244f., 249,  
 251, 253ff., 299f., 303, 305, 308, 312  
 – Modus 151f., 233f., 246, 323ff., 333f., 340  
 Legitimität 65, 232, 253, 317ff., 328ff., 334f.  
 Lernprozesse 25, 232, 239, 255, 333  
 Liberalismus 23, 33ff., 37, 39f., 59, 61f., 65,  
 67, 68, 75, 82, 112, 115, 149, 226  
*Liebknecht* 65  
 Luftverkehrsrecht 104, 129, 285  
*Luhmann* 220f., 243, 252, 320, 330, 332  
 Maastricht 303  
*Manteuffel* 37  
*Marx* 36, 41, 77, 82, 84, 88, 225, 319  
 Massenverfahren 189, 193f., 208, 219, 295  
 Maßnahmegesetz 52  
 Mediation 335  
 Meinungsfreiheit 304f.  
 Methode 1, 4, 85, 317  
*Mill* 63, 66, 84  
 Minderheitenvotum 211, 213, 214  
 Modernisierung 19, 23, 24, 38, 41f., 46, 50,  
 51  
*Mohl, Robert von* 83, 84  
*Montesquieu* 11  
*Moral* 84, 108, 114, 157  
*Mülheim-Kärlich* 3, 178, 180, 199, 204, 206,  
 214, 216, 260, 261, 264f., 268, 273, 275, 276  
*Müller, Arnold* 11f., 16  
 Nation 23, 24, 27, 65, 79, 230f., 333  
 Nationalismus 65, 78  
 Nationalsozialismus 4, 69, 107f., 110, 116,  
 311, 316, 332

- Nationalstaat 35, 59, 64, 164, 233, 347  
 Naturschutzrecht 196  
 Neoliberal 226  
*Neumann, Franz L.* 51, 69, 108, 116, 316  
 Nicht-Gesagte 2, 3, 107, 136  
*Nietzsche* 63  
 Norddeutscher Bund 37, 42f., 45, 60
- Oertzen, von* 85  
 Öffentlichkeit 1, 44, 59, 67ff., 104, 121, 125, 158, 162, 191, 201ff., 217, 219, 221f., 231, 246, 248, 251f., 289, 292, 295, 303ff., 312f., 326, 373  
 Ordnungsvorschrift 176, 178, 281, 383
- Parlamentarismus 41, 46, 61, 106, 113, 116, 139, 157, 159, 163, 164, 166, 205, 239, 244, 341  
 Partei 20, 21, 37, 45, 61, 62, 65, 66, 70, 102, 108, 110ff., 115, 118, 153, 155, 159, 160ff., 240, 253, 307f., 311, 341, 350, 352  
 Partizipation 16, 21, 25, 28, 31, 51, 166, 205, 233, 244ff., 249ff., 253, 348  
 Personalvertretungsrecht 222, 245, 298ff.  
 Personenbeförderungsgesetz 120, 121, 129, 134, 285  
 Planfeststellung 6, 18f., 30, 32, 46ff., 90, 92, 100ff., 116ff., 146, 152, 166f., 169, 170, 173, 182, 193, 219, 266, 285, 287ff., 295f., 355, 370  
 Plangenehmigung 286ff., 295f., 354f., 362, 370  
 Pluralismus 145, 153, 157ff., 162, 230, 239, 247, 304, 306, 342, 374  
 Poincaré 84  
 Positivismus 39, 82ff., 88  
 Präklusion 45, 52, 94, 102, 125, 138, 167, 169, 170, 177, 186f., 192, 261, 285, 289, 294, 295  
 Pressefreiheit 35  
 Preußen 22, 23, 27ff., 34f., 37, 40, 42, 55f., 60f., 104, 119
- Raumordnungsgesetz 129, 146  
 Rechtssicherheit 93, 94, 99, 348  
 Rechtsstaat 39, 139, 142ff., 314, 316, 323ff., 354  
 Reichsautobahn 117ff.  
 Reichskanzler 61, 117f.  
 Reichstag 41f., 60, 61, 113  
 Repräsentation 142, 153, 230, 232, 234f., 237, 240, 241
- Republik 16, 106, 107ff., 122f., 133, 226, 286, 323, 326, 333f.  
 Resultante 145, 147f., 161, 306, 342, 374, 375, 376  
 Risiko 3, 31, 52, 211f., 216, 247, 344  
 Romantik 31  
*Rousseau* 80, 154f.
- Schmitt, Carl* 90, 155, 157, 159, 165, 222, 227  
*Schopenhauer* 63  
 Selbstverwaltung 10, 19, 21f., 32ff., 37, 52, 57, 59, 205, 237, 250, 302, 310ff., 339  
 – funktionale 237, 249, 310, 312, 339  
 Souveränität 24, 32f., 61, 78, 229, 328  
 Sozialdemokratie 61, 62, 64ff., 90, 112f.  
 Sozialistengesetz 65, 66  
 Sozialstaat 111, 138, 143ff., 327, 347  
 Soziologie 1, 84, 150, 205, 218, 238, 249, 317, 335  
*Spencer* 84  
 Staat  
 – Begriff 39, 85, 86, 154, 166, 228, 317, 318  
 – Besonderung 225f., 239, 319, 321, 323, 325ff., 334f., 337f., 340f., 355  
 – Ensemble 99, 150, 232, 328  
 – Friedensordnung 227  
 – Staatsdenken 23, 39, 93, 139, 229  
 – Ständestaat 148  
 – Verfassungsdenken 93, 139  
 Staatlichkeit 139, 140f., 143f., 225, 227f., 231f., 255, 314ff., 325, 331  
 Staatsinterventionismus 61, 67  
 Standort 24, 130, 283, 346, 347  
*Stein, Freiherr von* 22ff., 27, 32, 277, 317, 339  
 Stinnes 106  
 Straßenrecht 10, 22, 30, 55, 117, 126, 131, 133f., 136, 167ff.  
 Subjektiv-öffentliches Recht 275  
 Symbolische Ordnung 331, 337  
 Systemtheorie 5, 205, 239, 326, 330
- Teilvolk 237  
 Transparenz 202, 215, 217f., 251, 366  
*Treitschke* 37
- Umweltrecht 182, 183, 291, 342, 367  
 Umweltverträglichkeitsprüfung 201, 272
- Verbände 70, 95, 153, 160f., 165, 188, 197f., 236, 241, 253, 287, 291, 308, 345, 370, 372f.  
 – Naturschutz 196ff., 281, 345, 354, 369ff., 374ff., 377, 383

- Verfahren  
 – faires 183, 212, 265, 350  
 – Waffengleichheit 350, 351  
 Verfahrensfehler 173ff., 178, 208f., 212, 214, 255, 258ff., 265f., 269ff., 296, 356, 357, 358, 360, 364, 365, 375, 380, 381f.  
 – absolut 380  
 – Alternative 175ff., 257, 259, 261  
 – Heilung 173f., 176, 200, 286, 296, 349, 350, 351ff.  
 – konkrete Kausalität 259, 266ff., 279, 282, 357, 359, 361, 363, 365, 368f., 372, 380f.  
 – relativ 380  
 – wesentlich 176, 255, 273  
 Verfallsgeschichte 51, 69, 72, 74f.  
 Verfassung 8, 32, 34f., 40, 42, 50, 61, 82, 89, 100, 106, 107, 110, 113, 134, 138f., 143, 158, 195, 208, 214, 226, 234, 243f., 314, 319, 323, 326, 327, 329, 333f., 339, 348, 382  
 Versammlungsfreiheit 305f.  
 Verwaltungsverfahrensgesetz 3, 9, 181, 185, 191ff., 286, 293, 296, 354, 370, 384  
 Volk 24, 79, 88ff., 142, 156ff., 160ff., 231, 234, 235, 236, 240, 244, 298, 301ff., 306, 308, 310, 317, 328, 333, 335, 338  
 Volksbefragung 309  
 Vorflutgesetz 18  
 Vorgelagerter Rechtsschutz 206, 345  
 Wasserrecht 11, 13, 18, 28, 30, 33, 59, 90, 91ff., 127, 128, 130  
 – Wasserstraßengesetz 129, 189, 285  
*Weber, Max* 77, 84, 214, 243, 252, 281, 317, 319, 327, 331, 332  
 Weimarer Republik 28, 55, 89, 104ff., 131, 133, 143, 158, 167  
 Wiederbewaffnung 309  
*Wilhelm I* 12, 22f., 37, 40, 64f.  
*Wilhelm II* 12, 22f., 64f.  
 Willensbildung 2, 89, 152, 222, 224f., 228, 232, 236, 239, 251, 255, 299, 303, 305ff., 312, 322, 334, 338f.  
 Wirtschaftsdemokratie 113ff.  
 Zivilgesellschaft 33, 46, 50, 52, 53, 56, 68, 71, 101, 103, 106, 115, 135, 222, 226, 243, 250, 326, 352, 355, 374, 375

# Jus Publicum

## Beiträge zum Öffentlichen Recht

### *Alphabetisches Verzeichnis*

- Axer, Peter*: Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. 2000. *Band 49.*
- Bauer, Hartmut*: Die Bundestreue. 1992. *Band 3.*
- Beaucamp, Guy*: Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht. 2002. *Band 84.*
- Becker, Joachim*: Transfergerechtigkeit und Verfassung. 2001. *Band 68.*
- Blanke, Hermann-Josef*: Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. 2000. *Band 57.*
- Böhm, Monika*: Der Normmensch. 1996. *Band 16.*
- Bogdandy, Armin von*: Gubernative Rechtsetzung. 2000. *Band 48.*
- Brenner, Michael*: Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union. 1996. *Band 14*
- Britz, Gabriele*: Kulturelle Rechte und Verfassung. 2000. *Band 60.*
- Burgi, Martin*: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. 1999. *Band 37.*
- Butzer, Hermann*: Fremdsten in der Sozialversicherung. 2001. *Band 72.*
- Christian Calliess*: Rechtsstaat und Umweltstaat. 2001. *Band 71.*
- Claasen, Claus Dieter*: Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1996. *Band 13.*
- Darwitz, 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.*
- Fehling, Michael*: Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe. 2001. *Band 79.*
- Felix, Dagmar*: Einheit der Rechtsordnung. 1998. *Band 34.*
- Fisahn, Andreas*: Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung. 2002. *Band 84.*
- Frenz, Walter*: Selbstverpflichtungen der Wirtschaft. *Band 75.*
- Gellermann, Martin*: Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande. 2000. *Band 61.*
- Gröpl, Christoph*: Haushaltsrecht und Reform. 2001. *Band 67.*
- Gröschner, Rolf*: Das Überwachungsrechtsverhältnis. 1992. *Band 4.*
- Groß, Thomas*: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation. 1999. *Band 45.*

*Jus Publicum*

- Gurlit, Elke*: Verwaltungsvertrag und Gesetz. 2000. *Band 63*.
- Häde, Ulrich*: Finanzausgleich. 1996. *Band 19*.
- Hase, Friedhelm*: Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich. 2000. *Band 64*.
- Heckmann, Dirk*: Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. 1997. *Band 28*.
- Heitsch, Christian*: Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder. 2001. *Band 77*.
- Hellermann, Johannes*: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung. 2000. *Band 54*.
- Hermes, Georg*: Staatliche Infrastrukturverantwortung. 1998. *Band 29*.
- Hösch, Ulrich*: Eigentum und Freiheit. 2000. *Band 56*.
- Hohmann, Harald*: Angemessene Außenhandelsfreiheit im Vergleich. 2002. *Band 89*.
- Holznagel, 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*.
- Jestaedt, Matthias*: Grundrechtsentfaltung im Gesetz. 1999. *Band 50*.
- Kadelbach, Stefan*: Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. 1999. *Band 36*.
- Kämmerer, Jörn Axel*: Privatisierung. 2001. *Band 73*.
- Kahl, Wolfgang*: Die Staatsaufsicht. 2000. *Band 59*.
- Koch, Thorsten*: Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen. 2000. *Band 62*.
- Korioth, Stefan*: Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern. 1997. *Band 23*.
- Kluth, Winfried*: Funktionale Selbstverwaltung. 1997. *Band 26*.
- Kugelmann, Dieter*: Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers. 2001. *Band 65*.
- Langenfeld, Christine*: Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. 2001. *Band 80*.
- Lehner, Moris*: Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht. 1993. *Band 5*.
- Leisner, Anna*: Kontinuität als Verfassungsprinzip. 2002. *Band 83*.
- Lepsius, Oliver*: Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht. 2002. *Band 81*.
- Lorz, Ralph Alexander*: Interorganrespekt im Verfassungsrecht. 2001. *Band 70*.
- Lücke, Jörg*: Vorläufige Staatsakte. 1991. *Band 2*.
- Luthe, Ernst-Wilhelm*: Optimierende Sozialgestaltung. 2001. *Band 69*.
- Manssen, Gerrit*: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. 1994. *Band 9*.
- Masing, Johannes*: Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte. 1998. *Band 30*.
- Möstl, Markus*: Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. 2002. *Band 87*.
- Morgenthaler, Gerd*: Freiheit durch Gesetz. 1999. *Band 40*.
- Morlok, Martin*: Selbstverständnis als Rechtskriterium. 1993. *Band 6*.
- Niedobitek, Matthias*: Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge. 2001. *Band 66*.

*Jus Publicum*

- Oeter, Stefan*: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. 1998. *Band 33*.
- Pache, Eckhard*: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. 2001. *Band 76*.
- Pauly, Walter*: Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. 1993. *Band 7*.
- Pielow, Johann-Christian*: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung. 2001. *Band 58*.
- Publ, Thomas*: Budgetflucht und Haushaltsverfassung. 1996. *Band 15*.
- Reinhardt, Michael*: Konsistente Jurisdiktion. 1997. *Band 24*.
- Rodi, Michael*: Die Subventionsrechtsordnung. 2000. *Band 52*.
- Rossen, Helge*: Vollzug und Verhandlung. 1999. *Band 39*.
- Rozek, Jochen*: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung. 1998. *Band 31*.
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. 2001. *Band 74*.
- Sacksofsky, Ute*: Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben. 2000. *Band 53*.
- Šarčević, Edin*: Das Bundesstaatsprinzip. 2000. *Band 55*.
- Schlette, Volker*: Die Verwaltung als Vertragspartner. 2000. *Band 51*.
- 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*.
- Sommerrmann, Karl-Peter*: Staatsziele und Staatszielbestimmungen. 1997. *Band 25*.
- Storr, Stefan*: Der Staat als Unternehmer. 2001. *Band 78*.
- Trute, Hans-Heinrich*: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. 1994. *Band 10*.
- Uerpmann, Robert*: Das öffentliche Interesse. 1999. *Band 47*.
- Unruh, Peter*: Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. 2002. *Band 82*.
- Wall, Heinrich de*: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 46*.
- Wolff, Heinrich Amadeus*: Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz. 2000. *Band 44*.
- 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 vom Verlag  
Mohr Siebeck, Postfach 2040, D-72010 Tübingen.  
Aktuelle Informationen im Internet unter <http://www.mohr.de>*

