

ROBERT UERPMANN

Das öffentliche Interesse

Jus Publicum

47

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum öffentlichen Recht

Band 47



Robert Uerpmann

Das öffentliche Interesse

Seine Bedeutung
als Tatbestandsmerkmal
und als dogmatischer Begriff

Mohr Siebeck

Robert Uerpmann, geboren 1966; 1985–90 Studium der Rechtswissenschaft in Berlin, Tübingen und Aix-en-Provence; 1988 maîtrise en droit (Aix-Marseille); 1992 Promotion; seit 1994 wiss. Assistent an der Freien Universität Berlin; 1999 Habilitation; seit 1999 Lehrstuhlvertretung an der Universität Frankfurt (Oder).

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Uerpmann, Robert:

Das öffentliche Interesse : seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal
und als dogmatischer Begriff / Robert Uerpmann. – Tübingen : Mohr

Siebeck, 1999

978-3-16-158096-3 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

(Jus publicum ; Bd. 47)

ISBN 3-16-147264-0

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

ISSN 0941-0503

Für
Maren Wittzack

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1998/99 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Öffentlicher Vortrag und wissenschaftliche Aussprache fanden am 17. Februar 1999 statt. Das Werk wurde im wesentlichen im Oktober 1998 abgeschlossen und vor dem Druck im 1. Halbjahr 1999 geringfügig aktualisiert. Daß es in dieser Form entstehen konnte, verdanke ich vor allem Herrn Professor Dr. Philip Kunig, dem Erstgutachter dieser Schrift. Er hat mich in den zehn Jahren, die ich an seinem Lehrstuhl mitarbeiten durfte, zunächst noch als Studenten, dann als akademischen Mitarbeiter, Doktoranden und später Habilitanden in idealer Weise gefördert. Herrn Professor Dr. Graf v. Pestalozza danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

An der Freien Universität ist diese Arbeit in einer fruchtbaren wissenschaftlichen Atmosphäre entstanden. Den Kolleginnen und Kollegen der Institute in der Thielallee 52 und in der Ehrenbergstraße 17 habe ich viel an Austausch und Anregungen zu verdanken. Vor allen anderen gilt dieser Dank meiner Kollegin Dr. Ute Mager.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat durch ihre materielle Hilfe den Druck dieses Buches ermöglicht.

Berlin/Frankfurt (Oder), im Sommer 1999

Robert Uerpmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
---------------	-----

Teil I

Grundlagen

§ 1 Einleitung	1
§ 2 Theoretische Grundpositionen	5
I. Dürigs demokratische Theorie des öffentlichen Interesses	5
1. Die Dissertation Dürigs	5
2. Stellungnahme	8
II. Das „wahre“ Interesse bei Hans J. Wolff	9
1. Das Lehrbuch von Hans J. Wolff	9
2. Stellungnahme	11
III. Martens' repräsentativ-demokratische Theorie des öffentlichen Interesses	12
1. Die Habilitationsschrift Martens'	13
2. Stellungnahme	14
IV. Häberles rechtsempirischer Ansatz auf demokratietheoretisch-normativer Grundlage	16
1. Die Habilitationsschrift Häberles	16
2. Stellungnahme	20
§ 3 Begriffliche und thematische Vorklärung	23
I. Wohl – Interesse – Belang	23
II. Das öffentliche Interesse als Inbegriff der öffentlichen Interessen	26
III. Das Öffentliche	27
IV. Allgemeinheit und Staat	28
V. Öffentliches Interesse und öffentliche Aufgabe	32
VI. Zum Unterschied von öffentlichem und privatem Interesse – „Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile“	35

Teil II

Öffentliche, staatliche und private Interessen (37)

§ 4 Öffentliches und staatliches Interesse	40
I. Das Wohl des Staates als Schutzgegenstand von Geheimhaltungsvorschriften	40
II. Interessen und Belange der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des Ausländergesetzes	44
§ 5 Die Scheidung öffentlicher und privater Interessen in der Trennung von Amt und Person	47
I. Die Idee des Amtes	47
II. Der Ausschluß von Beamten bei besonderer Interessenverflechtung	50
III. Das gemeinderechtliche Mitwirkungsverbot in der Bauleitplanung	51
IV. Strukturelle Befangenheit des Parlaments	53
V. Ergebnis	57
§ 6 Private Interessen als Interessen in einer staatsfreien Gesellschafts- sphäre	58
I. Staat und Gesellschaft	58
II. Das Verhältnis von privaten und öffentlichen Interessen in der Grundrechtsdogmatik	61
1. Grundrechte als Freiheitsrechte	61
2. Grundrechtseingriff im öffentlichen Interesse	62
3. Grundrechtseingriff im Individualinteresse	64
4. Grundrechtliche Schutzpflichten	66
5. Ergebnis	69
III. Der Privatrechtsverkehr als privater Raum?	69
1. Der staatliche Rahmen des Privatrechtsverkehrs	70
2. Die Privatautonomie	71
3. Grenzen der Privatautonomie	73
4. Ergebnis	76
IV. Die Rechtsprechung zum parlamentarischen Untersuchungsrecht	77
1. Öffentliches Interesse und Aufgabenbereich des Parlaments	77
2. Grundrechtliche Einbindung des öffentlichen Interesses	80
3. Ergebnis	83
§ 7 Der Kreis der Interessenträger	84
I. Öffentliche Interessen als Interessen eines großen, unbestimmten Personenkreises	84
II. Individualinteresse und Individualrechtsschutz – Das Kriterium des abgegrenzten Personenkreises	88

1. Kriterien zur Einschränkung des Rechtsschutzes	89
a) Kein bloßer Ausschluß der Popularklage	89
b) Das prozessuale Kriterium der Rechtsverletzung	90
c) Materiell-rechtliche Kriterien der Schutznormlehre	92
d) Materiell-rechtliche Kriterien beim Gebot der Rücksichtnahme	95
2. Motive der Einschränkung	98
a) Schutz des Begünstigten vor Drittanfechtungen und Schutz der Verwaltung	98
b) Schutz der Justiz vor Überlastung und Überforderung	100
c) Die Rolle des Rechtsschutzes in der repräsentativen Demokratie	101
3. Ergebnis	104
III. Die Drittbezogenheit der Amtspflicht als haftungsbegrenzendes Kriterium im Amtshaftungsrecht	105
1. Die Drittbezogenheitsformel des BGH	105
2. Insbesondere der Haftungsausschluß für legislatives Unrecht	106
3. Ergebnis	107
§ 8 Das formelle Kriterium der Interessenwahrnehmung	109
I. Öffentliche und private Interessen bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung	110
1. Die Rechtsprechung zur sofortigen Vollziehung atomrechtlicher Bescheide	111
2. Würdigung	114
II. Das öffentliche Interesse an der Enteignung – Die sogenannte privatnützige Enteignung	117
1. Bestandsaufnahme und Problemstellung	117
2. Der Sachwalter des Interesses	118
3. Notwendigkeit einer weitergehenden Eingrenzung des öffentlichen Interesses	120
4. Ergebnis	123
§ 9 Unsicherheiten bei der Zuordnung fiskalischer Interessen zum öffentlichen Interesse	124
I. Befund	124
II. Die Fiskustheorie	126
III. Finanzielle Interessen als öffentliche Interessen	128
§ 10 Die Verknüpfung öffentlicher und privater Interessen	132
I. Bilanz der Abgrenzungsversuche	132
II. Rechtliche Verknüpfung von öffentlichen und privaten Interessen beim vorläufigen Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG	134

Teil III

Öffentliches Interesse als Kompetenzproblem (141)

§ 11 Fallbeispiele	147
I. Der Enteignungszweck – Materielle Vorgaben der Verfassung und Konkretisierungsverantwortung des Gesetzgebers	147
II. Dienstpostenbewertung und beamtenrechtlicher Rechtsschutz – Das gesetzliche Regelungsinstrumentarium als Rahmen für die administrative Konkretisierung des öffentlichen Interesses	149
III. Die Befreiung nach § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB – insbesondere Wahrung des Gesetzeszwecks und Berücksichtigung fachfremder Belange	151
IV. Das öffentliche Interesse bei der straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis im Geflecht kompetenzieller Vorgaben	155
1. Die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis als Ermessensentscheidung ...	156
a) Straßenrechtliche Gründe i. e. S.	156
b) Straßenbezogene Gründe i. w. S.	157
c) Interessen des Antragstellers und sonstiger Dritter	160
d) Sonstige Belange	162
aa) Allgemeine ordnungsrechtliche Gesichtspunkte	162
bb) Wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte	163
cc) Mittelbare Berücksichtigung sonstiger Belange als Versagungsgrund	165
dd) Ablehnung der Sondernutzungserlaubnis mangels Sachbescheidungsinteresses	165
2. Landesrechtliche Besonderheiten	166
3. Ergebnis	168
V. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Warnung vor Jugendsekten – Kompetenzzuweisung im Spannungsfeld von Staatsleitung, Gesetzesvorbehalt, Verwaltung und bundesstaatlicher Ordnung	169
§ 12 Verfassungsrechtliche Grundlagen einer Kompetenztheorie des öffentlichen Interesses	175
I. Demokratie	176
1. Die zentrale Stellung des Parlaments	177
2. Wesentlichkeitstheorie und öffentliches Interesse	181
II. Gewaltenteilung	183
III. Die Verknüpfung demokratischer und rechtsstaatlicher Elemente in der gewaltenteilenden Demokratie	186
1. Die Stellung der Verwaltung	186
2. Die Stellung der Fachgerichtsbarkeit	188
3. Die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit	190
IV. Der freiheitliche Staat	192
V. Materielle Verfassungsgerechtigkeit	197
VI. Bundesstaat	201

§ 13 Das öffentliche Interesse im Licht einzelner Kompetenzabgrenzungen	205
I. Die Trennung von öffentlichem Recht und Zivilrecht	205
1. Der kompetenzielle Gehalt der Abgrenzungstheorien	205
2. Der Schutz privater Rechte durch Polizei- und Ordnungsbehörden	209
II. Öffentliches Interesse und Gesetzeszweck als Steuerungsinstrument der verwaltungsinternen Kompetenzverteilung	215
1. Ausdrücklich qualifizierte Gemeinwohlklauseln	216
2. Das gesetzliche Regelungssystem	217
3. Die teleologische Auslegung	220
III. Das öffentliche Interesse in der gesetzlichen Verteilung des Letztentscheidungsrechts zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit	223
1. Vier Modellnormen	223
2. Der unbestimmte Rechtsbegriff	226
3. Das Ermessen	227
4. Die Koppelungsvorschrift	229
a) Theoretische Ausdifferenzierung	231
b) Praktische Tragweite	234
5. Der Beurteilungsspielraum	238
a) Die Dogmatik des Beurteilungsspielraums	238
b) Verwandte Erscheinungen	240
§ 14 Die Perspektive des Europarechts	245
I. Die Rechtsprechung des EuGH zum öffentlichen Interesse	245
1. Abwägung von Individualinteresse und Gemeinschaftsinteresse	245
a) Vorläufiger Rechtsschutz	245
b) Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Subventionsbescheide	248
2. Das Allgemeininteresse in der Rechtsprechung des EuGH	250
a) Zwingende öffentliche Interessen als Rechtfertigung für eine Beschränkung der Grundfreiheiten	251
b) Das Allgemeininteresse zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft ..	253
II. Gemeinschaftsinteressen als Sonderinteressen – Die begrenzten Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union	256
III. Die mitgliedstaatlichen Interessen	258
1. Der Staat als Einheit – Repräsentation des nationalen öffentlichen Interesses durch den Bund	258
2. Staatliche Interessen als Sonderinteressen	262
IV. Das öffentliche Interesse auf europäischer Ebene	262

Teil IV

Öffentliches Interesse als Abwägungsproblem (268)

§ 15 Abwägung im Recht	269
I. Kritik und Rechtfertigung der Abwägung als Rechtstechnik	269

1. Die Thesen Schlinks	271
2. Von der Abwägungskritik zur Frage nach der richterlichen Zuständigkeit ..	274
a) Abwägung im Verfassungsrecht	274
b) Abwägung im Verwaltungsrecht	276
3. Abwägung zwischen subjektiver, politischer Dezision und rationaler richterlicher Entscheidung	278
4. Die Rationalisierung notwendiger Abwägungen als dogmatisches Ziel	283
II. Struktur der Abwägung	285
1. Anknüpfung an Überlegungen zur rationalen Entscheidungsbegründung ...	285
2. Die planungsrechtliche Abwägungsdogmatik	286
III. Das öffentliche Interesse als Abwägungsblankett	289
§ 16 Normative Steuerung der Abwägung	291
I. Bestimmung von Abwägungsgesichtspunkten	291
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	291
2. Fachrechtliche Vorgaben	293
II. Normative Bewertung von Abwägungsgesichtspunkten	296
1. Verfassungsrechtliche Interessenbewertung	296
a) Verfassungsimmanente Schranken	296
b) Die Dreistufentheorie	298
aa) Die klassische Dreistufentheorie	298
bb) Unsicherheiten in der neueren Rechtsprechung	301
cc) Leistungsfähigkeit der Dreistufentheorie	303
2. Fachrechtliche Interessenbewertung	306
a) Ausdrückliche Interessenqualifizierung – Der besondere Ausweisungsschutz nach § 48 Abs. 1 AuslG	306
b) Der Gesamtzusammenhang der Regelung – Die Namensänderung in „Stiefkinderfällen“	308
III. Prozedurale Strukturierung des Abwägungsvorganges	310
1. Externe und interne Abstufung von Abwägungsvorgängen	311
2. Insbesondere die Abstufung der Interessenabwägung im Denkmalrecht ...	313
 Zusammenfassung – Öffentliches Interesse zwischen Anspruch und Wirklichkeit	 316
Literaturverzeichnis	325
Sachverzeichnis	351

Teil I

Grundlagen

§ 1 Einleitung

§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ermächtigt die Behörde, die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes anzuordnen, wenn dies „im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten“ liegt. Nach § 35 Abs. 1 und 2 BauGB sind Vorhaben im Außenbereich zulässig, wenn „öffentliche Belange“ nicht entgegenstehen oder nicht beeinträchtigt werden. § 1 Abs. 6 BauGB gebietet, bei der Aufstellung von Bauleitplänen „die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.“ Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG läßt eine Enteignung nur „zum Wohle der Allgemeinheit“ zu. Zur Bestimmung der zu leistenden Enteignungsentschädigung verlangt Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG eine gerechte „Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten“.

Jede dieser Normen wirft spezielle Auslegungsprobleme auf. Darüber hinaus stellen sich allgemeine Fragen: Bedeutet es einen inhaltlichen Unterschied, wenn das Gesetz von Interessen, Belangen oder vom Wohl der Allgemeinheit spricht? Welche Bedeutung kommt der Qualifikation eines Interesses oder Belanges als „öffentlich“ zu? Steht das öffentliche Interesse im Gegensatz zu den in den Normen eigens angesprochenen „privaten Belangen“ oder Interessen von „Beteiligten“? Was bedeutet es schließlich, wenn die Normen eine Abwägung von Interessen oder Belangen fordern? Alle diese Fragen haben gemein, daß sie die Auslegung des geltenden deutschen Rechts betreffen. Öffentliches Interesse, Gemeinwohl und verwandte Ausdrücke treten als Rechtsbegriffe auf. Ihren Gehalt zu klären, ist Aufgabe der Rechtswissenschaft.

Die rechtswissenschaftliche Frage nach dem öffentlichen Interesse stellt sich nicht nur dort, wo der Begriff in einem Gesetzestext auftritt. Sätze der juristischen Dogmatik verwenden den Begriff ebenfalls. Ein Beispiel ist die Schutznormlehre. Nach einer gängigen Formulierung gewährt ein Rechtssatz ein subjektives öffentliches Recht, wenn er „nicht nur öffentlichen Interessen, sondern – zumindest auch – Individualinteressen zu dienen bestimmt ist“¹. Ein weiteres bekanntes Beispiel ist die sogenannte Dreistufentheorie, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Apothekenurteil zur Auslegung und Anwendung von

¹ So BVerfGE 27, 297 (307); näher unten § 7 II 1 c.

Art. 12 Abs. 1 GG entwickelt hat. Eingriffe in die bloße Berufsausübung lassen sich nach dieser Dogmatik mit „vernünftige[n] Erwägungen des Gemeinwohls“ rechtfertigen². Derartige dogmatische Sätze sind, solange und soweit sie anerkannt sind, Teil der Rechtsordnung³. Sie enthalten, wie Rechtsnormen, generell-abstrakte Sollensaussagen, besitzen aber nicht denselben Geltungsanspruch⁴. Dogmatische Sätze müssen sich im Rahmen möglicher Gesetzesauslegungen halten⁵; sie sind rechtswissenschaftlicher Kritik und Diskussion zugänglich⁶ und ohnedies stets offen für Besonderheiten des Einzelfalls⁷. Dennoch sind sie für die Rechtsordnung ähnlich konstituierend wie die vom Gesetzgeber gesetzten Rechtsnormen. Erst durch dogmatische Sätze werden die einzelnen Rechtsnormen zur Einheit der Rechtsordnung verbunden⁸. Ohne generell-abstrakte Sätze, die die Auslegung und Anwendung einzelner Bestimmungen leiten, bliebe jede Gesetzesanwendung eine reine Einzelfallentscheidung ohne Bezug zu früheren Anwendungen derselben oder anderer Normen. Durch Leitlinien, die über den Einzelfall hinausführen, sichert die Dogmatik der Rechtsanwendung ein gewisses Maß an Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit⁹.

Ziel dieser Untersuchung ist es, derart allgemeine Regeln über die Bestimmung des öffentlichen Interesses und verwandter Begriffe im geltenden deutschen Recht zu gewinnen. Erkenntnisgegenstand sind damit Rechtsnormen und dogmatische Sätze, die diese Begriffe enthalten. Schon hier stellt sich das Problem der Stofffülle. Die juris-Datenbank „Bundesrecht“ auf CD-ROM weist 427 Vorschriften nach, die den Ausdruck „öffentliches Interesse“ in seinen unterschiedlichen Deklinationsformen enthalten¹⁰. Stichproben zeigen die Vielfalt der Bestimmungen. § 882a Abs. 2 ZPO verbietet bei der Zwangsvollstreckung gegen den Bund oder ein Land die Vollstreckung in solche Sachen, deren Veräußerung ein öffentliches Interesse entgegensteht. Gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen¹¹ kann ein ausländischer Staat ersucht werden, die in Deutschland gegen einen Ausländer verhängte Strafe zu vollstrecken, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. § 1 Abs. 4 Börsengesetz¹² bestimmt, daß die Börsenaufsicht ihre Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 Gaststättengesetz ist eine beantragte Gaststätterlaubnis zu versagen, wenn der Betrieb im Hinblick auf seine Lage oder auf

² BVerfGE 7, 377 (405); näher unten § 16 II 1 b.

³ S. auch *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), 245 (246).

⁴ S. auch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 312ff.

⁵ *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), 245 (251).

⁶ S. *Bachof*, VVDStRL 30 (1972), 193 (198).

⁷ *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), 245 (247f.).

⁸ *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), 245 (248).

⁹ *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1997, 281; s. auch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 326–328.

¹⁰ Suchanfrage: öffentliche* Interesse*; Stand: Oktober 1997.

¹¹ BGBl. 1994 I, S. 1537; letzte Änderung BGBl. 1997 I, S. 1650.

¹² BGBl. 1996 I, S. 1030; Änderung BGBl. 1997 I, S. 2567.

die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht. An verwandten Begriffen werden in der Datenbank „öffentliche Belange“ 79mal¹³ nachgewiesen, „Wohl der Allgemeinheit“ 85mal¹⁴ und „Gemeinwohl“ 70mal¹⁵. Andere Begriffsvarianten sind damit noch nicht erfaßt. Zudem fehlen alle Verwendungen im Landesrecht. Die Zahlen steigen exponentiell an, wenn man versucht, die Rechtsprechung zum öffentlichen Interesse zu erfassen. Allein die NVwZ-Volltext-Datenbank auf CD-ROM weist für die 17 Jahrgänge von 1981 bis 1997 2.946 Rechtsprechungsdokumente nach, in denen sich der Begriff des öffentlichen Interesses findet¹⁶. Nimmt man öffentliche Belange, das Gemeinwohl und das Wohl der Allgemeinheit hinzu, steigt die Zahl auf 4.262¹⁷. Dabei wird zeitlich wie inhaltlich nur ein Bruchteil der insgesamt vorhandenen Rechtsprechung erfaßt. Eine vollständige Analyse aller dieser Entscheidungen verspricht kaum Gewinn. Statt dessen sollen wichtige Rechtsnormen und die diesbezügliche Rechtsprechung im folgenden exemplarisch untersucht werden.

Besonders interessant sind solche Normen, zu denen es eine umfangreiche Rechtspraxis gibt, die Aufschluß über die Arbeit mit dem Rechtsbegriff zu geben vermag. Das gilt beispielsweise für die eingangs genannten Normen des Grundgesetzes, des Bauplanungsrechts und der Verwaltungsgerichtsordnung. Auf sie wird mehrfach zurückzukommen sein. Andere Normen, zu denen es keine oder kaum Judikatur gibt, werden eher außer Betracht bleiben. Das gilt etwa für Eidesformeln. Sie enthalten häufig Gemeinwohlklauseln¹⁸. So schwört der Bundespräsident nach Art. 56 GG, seine Kraft „dem Wohle des deutschen Volkes“ zu widmen. Streitigkeiten über diese Gemeinwohlformeln, die zu gerichtlichen Entscheidungen geführt hätten, sind nicht ersichtlich¹⁹.

Im Vordergrund wird das öffentliche Interesse als Begriff des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht stehen. Das schließt den Blick auf andere Gebiete des deutschen Rechts nicht aus. So verspricht eine Beschäftigung mit der strafprozessualen Vorschrift des § 96 StPO Aufschluß darüber, ob sich das Wohl des Staates inhaltlich vom Wohl der Allgemeinheit unterscheiden läßt²⁰. Zudem schließt die Konzentration auf das deutsche Recht Ausblicke auf das Europarecht nicht aus, zumal dieses mit dem deutschen Recht mittlerweile eng verwoben ist.

Einen Fortschritt gegenüber bisher Veröffentlichtem kann die vorliegende Untersuchung nur erwarten lassen, wenn sie frühere Erkenntnisse fruchtbar macht

¹³ Suchanfrage: öffentliche* Belang*.

¹⁴ Suchanfrage: Wohl* der Allgemeinheit.

¹⁵ Suchanfrage: Gemeinwohl*.

¹⁶ Suchanfrage: Volltext = öffentliche* NEBEN1 Interesse*; Dokumentart = r.

¹⁷ Suchanfrage: Volltext = (öffentliche* NEBEN1 (Interesse* ODER Belang*)) ODER Gemeinwohl* ODER (Wohl* NEBEN2 Allgemeinheit); Dokumentart = r.

¹⁸ Dazu Häberle, Öffentliches Interesse, S. 39ff.

¹⁹ S. allerdings BVerwG, NJW 1991, 1770 (1771), wo das Gericht mit Hilfe einer Eidesformel die Kompetenzen der Bundesregierung zu bestimmen versucht, und dazu unten § 11 V bei Fn. 132.

²⁰ S. unten Teil II § 2 I.

und auf ihnen aufbaut. Auch hier stellt sich jedoch das Problem der Stofffülle, das eine Begrenzung gebietet. Beiträge anderer Disziplinen, wie der Allgemeinen Staatslehre²¹ und der Rechtsphilosophie²², werden nur am Rande berücksichtigt. Im Vordergrund steht die spezifisch rechtswissenschaftliche Diskussion in Deutschland seit 1945. Es lassen sich vier Ansätze identifizieren, die die juristische Beschäftigung mit dem öffentlichen Interesse in den letzten Jahrzehnten besonders nachhaltig geprägt haben. Dabei handelt es sich um den radikal-demokratischen Ansatz *Günter Dürigs*, den objektivistischen Ansatz von *Hans J. Wolff*, den repräsentativ-demokratischen Ansatz von *Wolfgang Martens* sowie den rechtsempirisch geprägten Ansatz *Peter Häberles*. Diese vier Ansätze werden in § 2 vorgestellt und einer ersten Würdigung unterzogen, um anschließend in § 3 eine begriffliche und thematische Positionsbestimmung vornehmen zu können. Daneben gab es weitere Versuche, das öffentliche Interesse als juristische Kategorie allgemein zu erfassen²³. Hinzu treten Schriften, die sich dem öffentlichen Interesse oder dem Gemeinwohl im Rahmen eines bestimmten Tatbestandes widmen, wie zum Beispiel § 4 Abs. 2 Satz 2 EnWG a.F.²⁴. Diese Literatur ist im jeweiligen thematischen Zusammenhang zu verarbeiten.

Sind im ersten Teil dieser Arbeit die Grundlagen behandelt, wird die Dogmatik des öffentlichen Interesses in drei weiteren Hauptteilen zu erarbeiten sein. Zunächst ist der eingangs angeklungenen Frage nachzugehen, ob sich das öffentliche Interesse materiell näher bestimmen läßt. Besonders interessiert dabei, ob eine inhaltliche Abgrenzung zu privaten Interessen gelingen kann. Anschließend ist der Einfluß der Kompetenzordnung auf die Bestimmung des öffentlichen Interesses zu bestimmen. Das Grundgesetz errichtet eine rechtsstaatlich-gewaltenteilende Ordnung. Allzuständige Organe sind dieser Ordnung fremd. Wenn eine Norm unter diesen Umständen Rechtsfolgen an das Vorliegen eines öffentlichen Interesses knüpft, ist kaum zu erwarten, daß sie die Behörden und Gerichte, die die Norm anzuwenden haben, zur Wahrnehmung beliebiger öffentlicher Interessen ermächtigt. Der dritte Aspekt klang in den oben zitierten Vorschriften des § 1 Abs. 6 BauGB und des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG an: Interessen sind gegeneinander abzuwägen. Welche Rolle Abwägungen für die Bestimmung des öffentlichen Interesses spielen, wird Gegenstand des letzten Teils der Untersuchung sein.

²¹ S. etwa *Bleckmann*, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre, S. 1 ff.; *G. Schubert*, The Public Interest.

²² S. etwa *Sternberger*, in: ders., „Ich wünschte ein Bürger zu sein“, S. 170 ff.

²³ Aus der Zeit nach 1945 s. die Monographien von *Weustenfeld*, Bedeutung des Gemeinwohls, 1962; v. *Zeuschwitz*, Gemeinwohl als Rechtsbegriff, 1967; *W. Klein*, Begriff des öffentlichen Interesses, 1969; zum Aspekt des Verbändestaates v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977. S. auch *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974; zur Diskussion in der Zeit des Nationalsozialismus *Heß*, Der Begriff „Allgemeines Wohl“ in der neueren Gesetzgebung, 1937. Zur Diskussion um das Öffentliche s. noch unten § 3 III.

²⁴ S. dazu nur *Iro*, Öffentliche Interessen bei den Genehmigungen von Stromerzeugungsanlagen; *Ruyter*, Die „Dynamisierung“ des Gemeinwohlbegriffs in § 4 Abs. 2 EnWG.

§2 Theoretische Grundpositionen

I. Dürigs demokratische Theorie des öffentlichen Interesses

1. Die Dissertation Dürigs

Schon kurz nach dem Zweiten Weltkrieg eröffnete *Günter Dürig* mit seiner Dissertation die Reihe grundlegender rechtswissenschaftlicher Stellungnahmen zum öffentlichen Interesse. Das Werk wurde im Jahr 1949 vorgelegt¹. Auf 124 Seiten entwickelt *Dürig* eine Theorie des öffentlichen Interesses, die, obwohl nie im Buchhandel erschienen und nur maschinengeschrieben in wenigen Exemplaren greifbar, bis in die Gegenwart hinein fortwirkt².

Dürig bezeichnet seine Gedankengänge selbst als „sehr subjektiv“³. Es geht ihm nicht um eine Analyse der Rechtspraxis, sondern um ein theoretisches Modell. *Dürig* setzt bei der Feststellung an, daß das öffentliche Interesse in zahlreichen Rechtsnormen als Rechtsbegriff auftauche. Als solcher sei es der juristischen Auslegung fähig und bedürftig⁴. Ziel sei es, allgemeine Grundsätze und Grenzlinien aufzustellen, mit deren Hilfe das öffentliche Interesse deduziert werden könne⁵.

Dürig nimmt zunächst zum Verhältnis des öffentlichen Interesses zu verwandten Begriffen wie dem des Gemeinwohls und des Wohls der Allgemeinheit Stellung⁶. Zwischen ihnen bestehe kein Wesensunterschied, aber die Grenzlinie könne im Einzelfall unterschiedlich verlaufen. Sie verhielten sich wie Kreise mit gleichem Mittelpunkt, aber möglicherweise unterschiedlichem Radius. Dann wendet *Dürig* sich dem Interessenbegriff zu⁷. Interesse sei die Relation von einem Subjekt, dem Menschen, zu einem Interessenobjekt. Was objektiv als Gut erscheine, werde subjektiv zum Interesse. In Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus

¹ *Günter Dürig*, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs „Öffentliches Interesse“, Diss. München 1949.

² So ist der Gedanke *Dürigs*, den Begriff der Öffentlichkeit mit Hilfe der steuerrechtlichen Legaldefinition der Gemeinnützigkeit zu bestimmen (s. unten bei Fn. 23), 1969 von *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 177f. sowie *W. Klein*, Begriff des öffentlichen Interesses, S. 26, 34ff. und 1980 von *Thiere*, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozeß, S. 34f., aufgegriffen worden.

³ *Dürig*, Vorwort vor S. 1.

⁴ *Dürig*, S. 2f.

⁵ *Dürig*, S. 6.

⁶ *Dürig*, S. 7–10.

⁷ *Dürig*, S. 11–20.

legt *Dürig* wert darauf, daß es ein objektives, von den Individuen unabhängiges Interesse nicht geben könne. Nur der Mensch könne Interessen haben; folglich müsse auch im Gemeininteresse immer sein Interesse irgendwie enthalten sein⁸. Das öffentliche Interesse lasse sich nun aber weder als Summe der Privatinteressen bestimmen noch als deren Gegensatz⁹. Einerseits könnten sich öffentliches Interesse und Privatinteresse begrifflich als Gegensätze gegenüberstehen¹⁰. So könne das öffentliche Interesse an Ehre und Unabhängigkeit des Vaterlandes eine kriegerische Verwicklung fordern, die dem Privatinteresse widerspreche. Kinderarbeit möge unter Umständen im Interesse aller Beteiligten liegen, widerspreche aber dem öffentlichen Interesse. Andererseits könnten öffentliches und privates Interesse auch zusammenfallen¹¹. So lägen die Diäten der Abgeordneten im öffentlichen Interesse, weil sie auch weniger Bemittelten den Weg ins Parlament eröffneten. Gleichzeitig dienten sie aber dem Privatinteresse der Abgeordneten. Auch die Armenversorgung liege im öffentlichen wie privaten Interesse.

Dürig kommt sodann auf den Zusammenhang zu sprechen zwischen der ihn interessierenden Bildung des Gemeininteresses und der staatsrechtlichen Bildung des Gemeinwillens¹². Der Gemeinwillen sei in der Demokratie nicht die Summe der Einzelwillen, sondern der Wille der Mehrheit¹³. Entsprechendes gelte für die Interessenbildung. Aus dem Interesse der Mehrheit ergebe sich das allgemeine, das öffentliche Interesse¹⁴. Das beste Verfahren zur Ermittlung des öffentlichen Interesses sei damit der Volksentscheid. Aber auch bei Gesetzgebungsakten eines Repräsentationsorgans sieht *Dürig* das Interesse der Bevölkerungsmehrheit idealiter als verwirklicht an¹⁵. Dabei habe der Akt der Gesetzgebung lediglich deklaratorischen Charakter; das materielle, wirkliche öffentliche Interesse bestehe schon zuvor¹⁶. Es bedürfe keiner formalen Anerkennung; vielmehr werde es *ipso iure* Rechtsnorminhalt, wenn es materiell entstanden sei¹⁷. Die Anschauungen der Gesellschaft seien damit allgemeinverbindliche Auslegungsregeln, die von der Exekutive beachtet werden müßten¹⁸. Auch im Verwaltungsrecht entscheide die Mehrheitsauffassung über das öffentliche Interesse¹⁹. Sicherstes Mittel, diese zu ermitteln, sei die Abstimmung, etwa in der schulischen Elternversammlung über die Züchtigung der Kinder²⁰. Sei eine Abstimmung nicht möglich, müsse sich der

⁸ *Dürig*, S. 20.

⁹ *Dürig*, S. 31.

¹⁰ *Dürig*, S. 33f.

¹¹ *Dürig*, S. 34–36.

¹² *Dürig*, S. 38ff.

¹³ *Dürig*, S. 41.

¹⁴ *Dürig*, S. 45, 91f.

¹⁵ *Dürig*, S. 47.

¹⁶ *Dürig*, S. 55f.

¹⁷ *Dürig*, S. 57.

¹⁸ *Dürig*, S. 66.

¹⁹ *Dürig*, S. 71, 88.

²⁰ *Dürig*, S. 72f.

Beamte im Einzelfall fragen, wie die Mehrheit entscheiden werde; dann werde er, so *Dürig* in erkenntnistheoretischem Optimismus, das öffentliche Interesse selten verkennen²¹. *Dürig* sieht hier ein politisches Element in der Verwaltung, betont aber, daß das Mehrheitsinteresse nicht mit dem Interesse der Mehrheitspartei gleichzusetzen sei²².

Anschließend erörtert *Dürig*, welches die Allgemeinheit ist, deren Mehrheit das öffentliche Interesse bestimmt²³. Dabei knüpft er an den steuerrechtlich definierten Begriff der Gemeinnützigkeit an. Allgemeinheit sei ein größerer Personenkreis, der in dem Sinne unbestimmt sei, daß jeder jederzeit Zutritt habe. Träger öffentlicher Interessen sei damit die Gesamtheit der Staatsangehörigen oder ein Teil dieser Allgemeinheit²⁴. So seien die gemeindlichen Ortsinteressen öffentliche Interessen, weil jedermann hinziehen könne²⁵. Auch eine Einheitsgewerkschaft könne als Teil der Allgemeinheit öffentliche Interessen bilden, nicht aber die Partei, bei der die bedingungslose Anerkennung des Programms ein Zugangshindernis sei²⁶. Ebenso wenig könne eine Aktiengesellschaft, bei der die Zahl der Aktien die der Mitglieder begrenze, öffentliche Interessen haben²⁷. Komme es zu Interessengegensätzen zwischen verschiedenen Interessengemeinschaften, müsse der Beamte nach den Interessen der Mehrheit der seiner Verwaltung unterstehenden Menschen fragen²⁸. Zusammenfassend sei das öffentliche Interesse der Wert, den die Mehrheit der Allgemeinheit oder eines unbestimmten, jedermann jederzeit zugänglichen Personenkreises einem Objekt beilege²⁹.

Es folgen Erwägungen zum Gegenstand des Interesses³⁰. Dabei geht *Dürig* insbesondere auf fiskalische Interessen ein. Werde die öffentliche Hand privatwirtschaftlich tätig, komme der Ertrag nur mittelbar der Allgemeinheit zugute. Da es der Allgemeinheit gleichgültig sei, ob die Mittel auf diesem oder einem anderen Weg beschafft werden, handle es sich um reine Sonderinteressen des Fiskus, nicht um öffentliche Interessen³¹. Anders sei es bei zoll- und steuerfiskalischen Interessen, denn nur durch Zölle und Steuern erhalte die Allgemeinheit auf jeden Fall und ohne die Möglichkeit der Weigerung die unbedingt notwendigen Mittel³². Hier schlägt *Dürig* die Brücke zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Zivilrecht. Während der Fiskus Sonderinteressen zivilrechtlich verfolge³³, müsse

²¹ *Dürig*, S. 74.

²² *Dürig*, S. 74–78.

²³ *Dürig*, S. 93ff.

²⁴ *Dürig*, S. 96f.

²⁵ *Dürig*, S. 98.

²⁶ *Dürig*, S. 101, 103.

²⁷ *Dürig*, S. 105.

²⁸ *Dürig*, S. 107.

²⁹ *Dürig*, S. 108.

³⁰ *Dürig*, S. 109ff.

³¹ *Dürig*, S. 113.

³² *Dürig*, S. 114.

³³ *Dürig*, S. 113.

der Staat Allgemeininteressen zwingend in den Formen des öffentlichen Rechts wahrnehmen³⁴.

Abschließend geht *Dürig* darauf ein, ob der Verwaltung bei der Feststellung des öffentlichen Interesses ein Ermessensspielraum zustehe³⁵. Er verneint dies, da es sich nach dem zuvor Erörterten um einen Begriff handle, der sich nach objektiven Gesichtspunkten eindeutig bestimmen lasse³⁶. Das Werk schließt mit einem Plädoyer für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die gegen jeden autoritären Absolutismus gerichtet sei³⁷.

2. Stellungnahme

Dürigs Gedankenmodell ist mit der Ordnung des Grundgesetzes nicht vollständig vereinbar. Hier zeigt sich, daß die Dissertation parallel zum Grundgesetz entstanden ist, also nicht auf ihm aufbauen konnte. Vor allem reibt sich *Dürigs* unmittelbare Anbindung der Verwaltung an den Willen der Mehrheit mit dem grundgesetzlichen Modell der rechtsstaatlichen, repräsentativen Demokratie. Wie die verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien die Bestimmung des öffentlichen Interesses prägen, kann erst im weiteren Verlauf der Arbeit genauer untersucht werden³⁸. Schon hier läßt sich aber festhalten, daß das Grundgesetz keine unmittelbare Rückbindung der Exekutive an das Volk kennt. Die demokratische Legitimation vollzieht sich über das Parlament und die von ihm gewählte Regierung. Verwaltungsbeamte sind an das parlamentarische Gesetz gebunden und unterstehen im übrigen den Weisungen der Regierung, die das Verhalten der Verwaltung gegenüber dem Parlament zu verantworten hat³⁹. Für eine Bestimmung des öffentlichen Interesses anhand des gesellschaftlichen Mehrheitswillens besteht kein Raum. Die Rechtsordnung kennt zwar zahlreiche Beteiligungs- und Anhörungsverfahren, mit denen Betroffenen Gelegenheit gegeben werden soll, ihre Interessen in den Entscheidungsprozeß einzubringen. Dadurch soll aber vor allem die Entscheidungsgrundlage der staatlichen Stellen verbessert werden⁴⁰. Ziel ist es, die Gewähr für die materielle Richtigkeit der zu treffenden Entscheidung zu erhöhen⁴¹. Mit einer plebiszitären Bindung der staatlichen Entscheidungsträger an den Mehrheitswillen haben derartige Mitwirkungsrechte nichts zu tun. Schließlich dürfte *Dürig* zu optimistisch sein, wenn er meint, der Beamte, der nicht dauernd am Schreibtisch sitze, werde in der Lage sein, die vernünftige Mei-

³⁴ *Dürig*, S. 114.

³⁵ *Dürig*, S. 120ff.

³⁶ *Dürig*, S. 121.

³⁷ *Dürig*, S. 124.

³⁸ S. unten § 12.

³⁹ Dazu näher und mit Nachweisen unten § 12 I bei Fn. 25ff.

⁴⁰ S. *Schmidt-Aßmann*, AÖR 116 (1991), 329 (373) sowie *Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, S. 659f.; ferner BVerwGE 60, 297 (300).

⁴¹ *Schmitt Glaeser*, in: *Verfahren*, S. 35 (58).

nung der Bevölkerung von der unvernünftigen, der von der Presse gesteuerten zu unterscheiden⁴². Hier öffnet sich ein Einfallstor für Bewertungen des Entscheidungsträgers, die sich von den tatsächlichen Interessen der Bevölkerungsmehrheit lösen. Dieser Aspekt tritt in *Wolffs* Theorie des „wahren“ öffentlichen Interesses in den Vordergrund.

II. Das „wahre“ Interesse bei Hans J. Wolff

1. Das Lehrbuch von Hans J. Wolff

Im Rahmen des ersten Bandes seines Lehrbuches zum Verwaltungsrecht, das mittlerweile von *Rolf Stober* weitergeführt worden ist⁴³, widmet *Hans J. Wolff* einen Paragraphen dem öffentlichen Interesse⁴⁴. Darin führt er eine Theorie aus, die bereits in seiner 1929 eingereichten, 1933 veröffentlichten Habilitationsschrift angelegt ist⁴⁵.

Wolff definiert das Interesse als eine Anteilnahme eines Subjekts an einem Gegenstand⁴⁶ und unterscheidet sodann zwischen faktischen und wahren Interessen⁴⁷. Faktisch sei das subjektive Interesse, das ein bestimmtes Subjekt an einem bestimmten Gegenstand tatsächlich habe. Demgegenüber sei das wahre Interesse eines Subjekts anhand eines objektiven Maßstabes irrtumsfrei zu bestimmen. Als einen solchen Maßstab nennt *Wolff* den „der ‚freien Entfaltung und Bildung der Persönlichkeit‘, also der ‚Verwirklichung der wesensentsprechenden Möglichkeiten‘“⁴⁸. Diese wahren Interessen seien insofern vom Subjekt ablösbar, als sie auch von anderen Subjekten im Wege der Erkenntnis ermittelt werden könnten.

Träger von Interessen seien neben dem einzelnen Menschen auch menschliche Gemeinschaften als solche. Diese hätten eigene, „autonome Verbandsinteressen“⁴⁹. Auch hier sei zwischen tatsächlichen Interessen und wahren Interessen zu

⁴² So *Dürig*, S. 74; s. auch schon oben bei Fn. 21.

⁴³ *Otto Bachof*, der Mitautor der 9. Aufl. des Verwaltungsrechts I von 1974, hat den hier interessierenden § 29 nicht bearbeitet, s. dort Vorwort, S. V; die von *Wolff* vorgenommenen Veränderungen gegenüber der hier herangezogenen 8. Auflage beschränken sich auf wenige Ergänzungen.

⁴⁴ *Wolff*, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl. 1971, § 29, S. 158–166; nun *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 29, S. 338–346. Zu der von *Wolff/Bachof* verfaßten 9. Aufl. 1974 s. oben Fn. 43.

⁴⁵ *Wolff*, Organschaft und Juristische Person, 1. Band: Juristische Person und Staatsperson, 1933, S. 470ff.

⁴⁶ *Wolff*, S. 159; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 3.

⁴⁷ *Wolff*, S. 160f.; weniger ausführlich *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 4; zustimmend *Thiere*, S. 25–28.

⁴⁸ *Wolff*, S. 160; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 4.

⁴⁹ *Wolff*, S. 161; in seiner Monographie *Juristische Person und Staatsperson* (o. Fn. 45) bezeichnete *Wolff* die Annahme eigener Interessen eines Verbandes demgegenüber noch als denk-ökonomische Abbeviatur, s. dort S. 155–160, 471f.

unterscheiden, wobei sich letztere im Wege rationaler Erkenntnis aus dem Zweck der Gemeinschaft ermitteln ließen⁵⁰.

Die öffentlichen Interessen unterteilt *Wolff* in allgemeine und besondere und diese wiederum in tatsächliche und wahre Interessen⁵¹. Allgemeine öffentliche Interessen seien namentlich die Interessen der staatlichen Gemeinschaft⁵². Tatsächliche öffentliche Gemeininteressen seien dabei die faktischen Interessen, wie sie in Abstimmungen oder im Handeln der Gemeinschaftsorgane zum Ausdruck kommen. Hinter diesen faktischen öffentlichen Interessen könnten sich insbesondere auch individuelle oder gruppenmäßige Privatinteressen der Amtswalter verbergen. Demgegenüber seien die wahren öffentlichen Gemeininteressen die irrtumsfrei erkannten Interessen der Gemeinschaft⁵³. Solche wahren Interessen könnten miteinander kollidieren. Dann sei den objektiv höherwertigen Interessen der Vorzug zu geben. Der Inbegriff der danach vorzugswürdigen Gemeininteressen sei das Gemeinwohl⁵⁴. Die Verwirklichung der wahren öffentlichen Gemeininteressen liege letztlich auch im wahren Interesse aller Mitglieder des Staates, so daß zwischen dem wahren Gemeininteresse und wahren Privatinteressen kein Widerspruch eintreten könne⁵⁵. Die besonderen öffentlichen Interessen seien gemeinsame Interessen bestimmter lokaler oder funktionaler innerstaatlicher Gesamtheiten, die für die staatliche oder eine engere Allgemeinheit von Bedeutung seien, wie etwa die Interessen der Bewohner eines bestimmten Stadtteils, „der Arbeiterschaft“ oder in den Staat eingegliedert Verbände wie der Gemeinden und Berufskörperschaften⁵⁶. Bei Interessenkollisionen komme es auf das objektive Wertverhältnis an⁵⁷. Dabei spreche für die öffentlichen Interessen und besonders die allgemeinen öffentlichen Interessen eine Vermutung der Höherwertigkeit.

Die Verwaltung habe in einem geordneten Staatswesen nicht das nach ihrer Ansicht wahre öffentliche Gemeininteresse zu verwirklichen, sondern die von den legalen Gewalthabern und ihren Organen verbindlich zum Ausdruck gebrachten öffentlichen Interessen, die *Wolff* als „maßgebende“ öffentliche Interessen bezeichnet⁵⁸. Diese gelten als Ausdruck wahrer Interessen, ohne das immer zu sein. Die Verwaltung habe sich an die maßgebenden öffentlichen Interessen zu halten, solange nicht ein direkter Widerspruch „zum Rechtsgesetz und zu wahren Gemeininteressen“ offenbar sei⁵⁹, wobei mit dem Rechtsgesetz anscheinend jeweils

⁵⁰ *Wolff*, S. 161; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 4f.

⁵¹ *Wolff*, S. 161–164; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 5–12; zustimmend *Thiere*, S. 40–42.

⁵² *Wolff*, S. 162; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 6.

⁵³ *Wolff*, S. 162; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 7.

⁵⁴ *Wolff*, S. 162; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 8.

⁵⁵ *Wolff*, S. 162f.; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 8.

⁵⁶ *Wolff*, S. 163; ähnlich *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 10, wo von pluralen Interessen gesprochen wird.

⁵⁷ *Wolff*, S. 164; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 12.

⁵⁸ *Wolff*, S. 164; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 13.

⁵⁹ *Wolff*, S. 165; *Wolff/Bachof/Stober*, § 29 Rn. 13.

Sachverzeichnis

- Abgeordnete 49f., s. auch Diäten, Mandat
- Abwägung 122, 154, 268ff., 320ff.
 - abgestufte 311ff.
 - Fehler 287ff.
 - Kritik 271ff.
 - planerische 286ff., s. auch Gestaltungsfreiheit
 - politische 274
 - rationale 278ff., 286, 321
 - Struktur 285ff.
 - Vorgang 43, 285, 287f., 310ff.
- Abwehrrechte s. Freiheitsrechte
- Administrativenteignung 148
- Aktenvorlage 40f.
- Allgemeinheit 7, 13, 28f.
 - des Gesetzes 65f.
- Allgemeinwohl s. Gemeinwohl, Wohl der Allgemeinheit
- Allzuständigkeit 257
- Amtsbezug 47ff.
- Amtshaftung 105ff., 133
- Amtswalter 10, 39, 58, 81, 132, 179
- Angriffskrieg, verbotener 199f., 292
- Anhörung 144f.
- Anordnung, einstweilige 134ff., 248, 311, 313
- Apothekenurteil 62, 298
- Arbeitnehmerfreizügigkeit 252
- Arbeitsrecht 301
- Argumentation, juristische 283f.
- Atomrecht 91, 99, 111ff.
- Aufgaben
 - der EG 256f.
 - öffentliche 32ff.
- Aufgabenzuweisung 141ff.
- Aufsichtsklage 261
- Ausländer 28f., 46
- Ausländerrecht 44ff.
 - Aufenthaltsgenehmigung 221f., 291f., 295
 - Ausweisungsschutz 224, 293, 306ff.
- Auslegung von Gesetzen 14f., 18, 93ff., 216ff., 278ff., 295
- Auslieferung 136
- Aussagegenehmigung 40
- Außenangelegenheiten 260
- Bananenmarktordnung 247f., 253f., 262
- Bauordnungsrecht 158ff., 213
 - Baugenehmigung 160, 213, 218, 220, 223, 297
- Bauplanungsrecht
 - Abwägungsgebot 224
 - Amtspflichten 107
 - Außenbereichsvorhaben 223, 231f., 276, 277, 294f.
 - Befreiung 151ff., 217
 - und Enteignung 118
 - Gebot der Rücksichtnahme 95ff., 153
 - Mitwirkungsverbot in der Bauleitplanung 52ff.
 - Planungshoheit 154f.
 - und Straßenrecht 158ff.
- Beamtenum 48
- Beamtenrecht
 - Beurteilungen 239
 - Dienstpostenbewertung 149f., 312
 - Versetzung 216, 231, 240ff.
- Bedürfnis, dienstliches s. Beamtenrecht, Versetzung
- Befangenheit 50f.
- Befugnis 142, 210
- Beihilfenrecht 248, 261f.
- Belange 16, 25ff.
- Beleihung 31
- Bergrecht 218
- Berufsfreiheit 195, 281, s. auch Dreistufentheorie
- Betäubungsmittelrecht 67, 196
- Beurteilungsspielraum 21, 169, 223, 238ff., 305
- Billigkeit 228ff.
- Börsenaufsicht 2
- Bundesprüfstelle 239
- Bundesstaat 174f., 201ff., 259ff., 266
- Bürgschaftsrechtsprechung 74ff.

- Cassis-Formel 251
- Dassonville-Formel 251
- Datenbanken 2f.
- Demokratie 8, 176ff., 186, 193, 200
- repräsentative 175, 177, s. auch Repräsentation
 - unmittelbare 102, 317
- Demokratiethorie 101f.
- Denkmalschutzrecht 84ff., 109, 126, 133, 242, 313ff.
- Diäten 6, 53ff.
- Dienstleistungsfreiheit 252f.
- Dienstpostenbewertung s. Beamtenrecht
- Diskriminierungsverbot 252f., 293
- Dogmatik 1f., 192, 284, 321ff.
- Dreistufentheorie 1f., 298ff., 322
- Drittenschutz s. Schutznormtheorie
- Ehe, Schutz der 201, 291f.
- Ehelichkeitsanfechtung 67f.
- Eidesformeln 3, 16, 50, 171
- Eigentum 231, s. auch Enteignung
- Einfuhrbeschränkungen 251
- Einvernehmen 145
- Energiewirtschaftsrecht 4, 220, 225, 232f., s. auch Atomrecht, Tarifgenehmigung
- Enquêterecht s. Untersuchungsausschüsse
- Enteignung 117ff., 130, 133, 147f., 293, 312
- Erforderlichkeit 273, 275, 305
- Erhaltunginteresse s. Denkmalschutzrecht
- Ermessen 8, 19ff., 168f., 188, 206, 209, 212, 223ff., 268, 276, 295, 322
- normatives 243
 - Reduzierung 72
- Europäische Gemeinschaft/Union 30, 245ff.
- Europarecht 245ff., 320
- Faktorenlehre 241
- Familie, Schutz der 201, 291f.
- Fernsehberichterstattung 139f., 282f.
- Feststellungsinteresse 24
- Feuerwehrrabgabe 122
- Finanzverfassung 129
- Fiskustheorie 126ff., s. auch Interessen, fiskalische
- Flurbereinigung 117
- Fortsetzungsfeststellungsinteresse 24
- Freiheit 193ff., s. auch Handlungsfreiheit
- Freiheitsrechte 61ff., 69, 73, 132f., 194
- Freizügigkeit 293
- Gaststättenrecht 2f., 160
- Geheimhaltungsvorschriften 17, 27, 40ff., 132 s. auch Steuergeheimnis
- Gemeinden 7, 10, 30, 41, s. auch Bauleitplanung
- Selbstverwaltungsgarantie 130
- Gemeingebrauch 155ff., 165
- Gemeinnützigkeit 7
- Gemeinwille s. *volonté générale*
- Gemeinwohl 5, 10, 12, 16, 26f., s. auch Wohl der Allgemeinheit
- als Staatszweck 20f., 146, 228
 - als Synthesebegriff 12, 27, 38, 137, 154, 289f.
- Genehmigungsverfahren, parallele 217ff.
- Gerechtigkeit, materielle 197ff.
- Gesamtstaat 259, 264
- Gesellschaft 58
- Gesetzesauslegung s. Auslegung
- Gesetzesvorbehalt 174, 181ff., 186ff., 296f.
- qualifizierter 293
- Gesetzeszweck 215ff., 295f.
- Gestaltungsfreiheit, planerische 154, 224, 269, 286f.
- Gesundheitsschutz 68, 278, 297 s. auch Volksgesundheit
- Gewaltenteilung 175, 183ff.
- bundesstaatliche 202f.
- Gleichheit s. Diskriminierungsverbot
- Grundfreiheiten des EGV 250ff., 263
- Grundordnung, freiheitliche demokratische 42, 192f.
- Grundrechte 38f., 42, 61ff., 132f., 135ff., 174, 268, 312f. s. auch Freiheitsrechte, Schutzpflichten
- europarechtliche 255
 - als negative Kompetenzbestimmungen 142f., 147, 196f.
 - objektiv-rechtliche Gehalte 67, 197ff., 291
 - verfassungsimmanente Schranken 269, 296f.
 - Wesensgehalt 197, 274
- Güter 5, 271, 282
- Handelsregelungen 251
- Handelsvertreterbeschuß 74
- Handlungsermächtigung 141f., 196f., s. auch Befugnis
- Handlungsfreiheit 61f., 143f., 196
- Härtefallregelung 153f.
- Hoheitsträger 207

- Immissionsschutzrecht 72, 167, 217ff., 243
 Individualrechtsschutz 88ff.
 Infrastruktur 293
 Interessen 5f., 9, 23ff., 316
 – Abwägung s. dort
 – berechnete 24
 – Bewertung 10, 185ff., 296ff.
 – der EG 247, 250, 256ff.
 – europäische 262ff.
 – fachfremde s. Öffnungsklausel
 – faktische 9ff., 24
 – finanzielle 128ff., 247, s. auch fiskalische
 – fiskalische 7f., 39, 120ff., 124ff., 293, 313f., 317
 – ideelle 24f.
 – Kollision 10, 263
 – maßgebende 10, 12, 24
 – mitgliedstaatliche 258ff.
 – objektive 5f., 9, 11, 13, 25
 – private 6, 10, 13f., 17ff., 28, 35ff., 41, 47ff., 132ff., 316f.
 – qualifizierte 216, 294, 306ff.
 – rechtlich geschützte 25f.
 – staatliche 13, 29f., 37, 39, 40ff.
 – Summierung 35f., 38, 84
 – tatsächliche s. faktische
 – vermeintliche 11
 – wahre 9ff., 23f.
 – wohlverstandene 11, 64
 Interessentenklage 90

 Jugendsekten s. Warnungen
 juris 2

 Klagebefugnis 39, 88ff., 113, 115f.
 – privilegierte, im Europarecht 254
 Kohlepfennig 32, 122
 Kompetenz 141ff., 317ff.
 – Doppelkompetenzen 185f., 218
 Konkordanz, praktische 76, 270
 Kooperationsverhältnis 266
 Koppelungsvorschriften 17, 19, 166, 225f., 229ff., 321f.
 Kunstfreiheit 297

 Landesblindheit 258ff.
 Lastenleichheit 121f., 130, 147
 Lebach-Urteil 282f.
 Legalenteignung 148
 Legitimation
 – demokratische 8, 178, 190f., 284
 – rechtsstaatliche 284

 Letztentscheidung 144, 190, 223ff., 266, 320
 Liquorentnahme-Entscheidung 63, 275

 Mandat, freies 177ff.
 Mediatisierung 262
 Medienrecht 139
 Mehrheitsprinzip 6f., 14, 87f., 193 s. auch Plebiszite
 Milchreferenzmengen 255
 Mitentscheidung 145
 Mitverschulden 270f.

 Nachbarrecht 72, 206, 213
 Nachtbackverbot 68
 Namensänderung 308ff.
 Nichtigkeitsklage 254, 260, 262
 Niederlassungsfreiheit 252f.
 Notwendigkeit s. Erforderlichkeit

 Öffentlich, Begriff 12f., 27f.
 Öffentliches Recht 7f., 205ff., 319
 Öffentlichkeit 13
 Öffentlichkeitsarbeit 169ff.
 Öffnungsklausel 152f., 161, 168, 221, 232, 319
 Organschaft 178

 Pareto-Optimum 273
 Patentrecht 25, 301f.
 Personenbeförderungsrecht s. Verkehrsinteressen
 Persönlichkeitsrecht 79, 81f., 136, 140, 282f.
 Planungsermessen 224, 277, s. auch Gestaltungsfreiheit
 Planungsleitlinien 277f., 293
 Plebiszite 8, 15
 Polizei- und Ordnungsrecht 142, 162f., 168, 172, 186, 209ff.
 Popularklage 88ff.
 Präambel 220f.
 Präferenzordnung 272f., 282
 Präferenzsatz 281ff., 285, 310
 Presserecht 33
 Prinzipien 271
 Privatautonomie 71ff., 197, 207ff., 213
 Privatisierung 31, 33f.
 Privatrecht 7f., 69ff., 205ff., 319
 Privatrechtssubjekte 30f., 112, 127f.
 Privatschulen 240
 Prognosespielraum 239f.

- Prozeßrecht 72f., 208, s. auch Strafprozeßrecht
 Prüfungsentscheidungen 239
- Rat der EG 259
- Rationalität gerichtlicher Entscheidungen 189, 192, 318, s. auch Abwägung
- Recht
 - dispositives 72
 - objektives 67, 73
 - »auf Rausch« 196
 - subjektives öffentliches 26, 89ff., 206, 211, 241f.
- Rechtmäßigkeit 229
- Rechtsanwendung 14
- Rechtsbegriff, unbestimmter 19ff., 166, 169, 188f., 223ff., 230ff.
- Rechtshilfe 2
- Rechtsphilosophie 4
- Rechtsprechung 3, 18f., 100, 179f., 188ff., 203f., 223ff.
- Rechtsschutz, vorläufiger s. Anordnung, Vollziehung
 - durch den EuGH 254, 262
 - europarechtliche Vorgaben 245ff.
- Rechtsschutzbedürfnis s. Sachbescheidungsinteresse
- Rechtssicherheit 98ff., 186, 284, 322
- Rechtsstaat 175, 183f., 194ff.
- Reduktion, teleologische 219
- Regelbeispiel 294
- Regionalismus 261
- Repräsentation 29, 101ff., 177ff., s. auch Sachwalter
- Rezeptionsbegriff 242
- Rücknahme von Verwaltungsakten 126, 248ff., 254, 262, 269
- Rücksichtnahmegebot s. Bauplanungsrecht
- Rundfunkfreiheit s. Fernsehberichterstattung
- Sachbescheidungsinteresse 165
- Sachverständigenbeweis 15, 86f., 239f., 242
- Sachwalter 195, 259f.
- Schutz privater Rechte 209ff.
- Schutzgesetz 209
- Schutznormtheorie 1, 51, 89, 92ff., 132f., 206, 322
- Schutzpflichten 65ff., 73ff., 133, 170, 174, 214
- Selbstbestimmung, informationelle 81ff.
- Sicherheit und Ordnung, öffentliche 44
- Sonderabgaben 121f., 129
- Sondernutzung 155ff., 186, 190, 208, 215ff., 224f., 233ff., 277, 295f.
- Sonderinteressen 256, 262
- Sonderrechtstheorie 206ff.
- Sozialhilfe 6, 45, 51
- Sozialstaat 194f.
- Sphärentheorie 302
- Sportwetten 304ff.
- Staat
 - Begriff 30ff.
 - als Einheit 258f.
 - und Gesellschaft 58ff.
- Staatsangehörige 7, 13, 29
- Staatshaftung s. Amtshaftung
- Staatslehre 4
- Staatsschutz 41f.
- Staatsverwaltung, mittelbare 30
- Staatsvolk 11, 28, 60, s. auch Staatsangehörige
- Staatswohl 40ff., 125
- Staatszweck s. Gemeinwohl
- Stellvertretung s. Vertretung
- Steuererlaß 229f.
- Steuergeheimnis 81ff., 125
- Steuerstaat 129, 147
- Stiefkinderfälle 308ff.
- Strafprozeßrecht 3, 40, 139f., 200
- Strafvollstreckung 135ff.
- Strafzumessung 271, 277
- Straßenrecht 224, s. auch Sondernutzung
- Subordinationstheorie 208
- Subsumtion 278ff.
- Subventionen, Rückforderung 248ff.
- Syllogismus 279
- Tarifgenehmigung 89f.
- Tarifvertragsrecht 38, 243
- Todesstrafe 199f., 292f.
- Übermaßverbot 298f.
- Umweltrecht s. Immissionsschutzrecht
- Umweltschutz 278, 294f.
- Unrecht, legislatives 106f.
- Untersuchungsausschüsse 77ff., 322
- Unzumutbarkeit 298f.
- Verantwortung, staatliche 33f.
- Verbandsinteressen 9
- Verbandskompetenz 142
- Verbot, präventives und repressives 152, 161f., 304

- Verbraucherschutz 70
- Verfassung
 - europäische 264ff.
 - als Rahmenordnung 200
- Verfassungsgerichtsbarkeit 190ff.
- Verfassungsschutz 42
- Verhältnismäßigkeit 14, 229, 268f., 298ff.
 - im engeren Sinn 273, 276
- Verkehrsinteressen 216, 240, 295
- Verletztenklage 89ff.
- Vermögensrecht 136ff.
- Vertragsfreiheit s. Privatautonomie
- Vertragsparität, gestörte 73ff.
- Vertrauensschutz 255
- Vertretung 177f.
- Verwaltung 186ff., 204, 223ff.
- Verwaltungsermessen s. Ermessen
- Verwaltungsvorschriften, normkonkretisierende 243
- Volk s. Staatsvolk
- Volksgesundheit 45f., 67, 182, s. auch Gesundheitsschutz
- Vollziehung, sofortige 110ff., 133, 188, 246, 269
- volonté générale 6, 35
- Vorabentscheidungsverfahren 245f.
- Vorbehalt des Gesetzes s. Gesetzesvorbehalt
- Vorrang des Gesetzes 175, 186
- Vorrangrelation s. Präferenzsatz
- Wahlrecht
- Warenverkehrsfreiheit 251ff.
- Warnungen, staatliche 169ff., 186, 322f.
- Wasserhaushaltsrecht 97f., 216f.
- Wertbegriff 198f., 271
- Wertordnung 197ff., 272, 277f.
- Wesentlichkeitstheorie 181ff.
- Wettbewerbsrecht 15, 163f., 168, 208, 215, 250
- Willkür 62
- Wirtschaftsförderung 121
- Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand 129
- Wohl
 - der Allgemeinheit 5, 23ff., 35f. s. auch Gemeinwohl
 - des Bundes oder eines Landes 40ff.
- Wohnung 278ff.
- Zentralstaat 259, 264
- Zivilrecht s. Privatrecht
- Zuständigkeit 142, s. auch Kompetenz
- Zwangslizenz 25
- Zwangsvollstreckung 2, 65, 136, 138, 311
- Zweckmäßigkeit 228f., 268, 276f.

Jus Publicum

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Alphabetisches Verzeichnis

- Bauer, Hartmut*: Die Bundestreue. 1992. *Band 3*.
Böhm, Monika: Der Normmensch. 1996. *Band 16*.
Bogdandy, Armin von: Gubernative Rechtsetzung. 1999. *Band 48*.
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*.
Darwütz, 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*.
Holznel, 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*.
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*.
RozeK, Jochem: 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*.
Uerpmann, Robert: Das öffentliche Interesse. 1999. *Band 47*.
Volkmann, Uwe: Solidarität - Programm und Prinzip der Verfassung. 1998. *Band 35*.
Vofßkuhle, 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