

§ 42

Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland

Armin von Bogdandy/Peter M. Huber

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung im europäischen Rechtsraum	1– 9	1. Die institutionelle Entwicklung	53– 61
II. Die Entfaltung von Staat und Verwaltung	10–30	a) Organisatorische Grundlagen	54– 57
1. Die frühe Neuzeit und ihr Vermächtnis	10–17	b) Die Stellung der Verwaltung im Staatsgefüge	58– 59
2. Staat und Verwaltung im 19. Jahrhundert	18–29	c) Funktionen von Verwaltung und Verwaltungsrecht nach 1949	60– 61
a) Die Neuordnung unter französischem Einfluss	18–23	2. Die Konstitutionalisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht	62– 74
b) Expansion der Verwaltung und konstitutioneller Rechtsstaat	24–29	a) Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	68
3. Die Weimarer Republik	30	b) Die Beseitigung grundrechtsfreier Räume	69– 70
III. Entwicklungslinien des Verwaltungsrechts	31–52	c) Die Leistungsverwaltung	71– 73
1. Das Verwaltungsrecht im 19. Jahrhundert als Grundlegung eines Anerkennungsverhältnisses	32–44	d) Die Bewältigung des informalen Verwaltungshandelns	74
a) Das Policyrecht als Negativfolie	32–35	3. Ausbau und Vervollständigung des Individualrechtsschutzes	75– 91
b) Das Verwaltungsrecht als Umsetzung des konstitutionellen Rechtsstaates	36–44	a) Die Rechtsschutzgarantie	76– 81
2. Die Ausbildung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	45–50	b) Verwaltungsgerichtsbarkeit und verwaltungsgerichtliche Generalklausel	82– 83
3. Die weitere Entwicklung bis zur Schwelle des Grundgesetzes	51–52	c) Der Individualrechtsschutz nach Maßgabe subjektiv-öffentlicher Rechte	84– 91
IV. Verwaltung und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz bis zur Europäisierung	53–96	4. Die Verwaltung und das demokratische Prinzip	92– 96
		V. Der Begriff des Verwaltungsrechts	97–103
		Bibliographie	
		Anhang: Der Fragebogen	

Allgemeine Hinweise

Zu Abkürzungen und Zitierweise vgl. *Horst Dreier*, IPE I, S. 3, 4f.

lung gebracht sein müssen, und zwar „zum Schutze der einzelnen“. Entsprechend dem eher programmatischen denn normativen Verständnis dieser Verfassung verläuft die Einrichtung erstinstanzlicher Verwaltungsgerichte wie auch die Gründung des Reichsverwaltungsgerichts schleppend.¹⁵⁸ Letzteres sollte erst unter der nationalsozialistischen Diktatur im Jahre 1941 unter Zusammenlegung des Preussischen Obergerichts und des Verwaltungsgerichtshofes Wien entstehen.¹⁵⁹ Aber natürlich haben im Nationalsozialismus auch die Verwaltungsgerichte keinen Schutz gegen Staatsunrecht geboten.¹⁶⁰ Nach dem Zweiten Weltkrieg wird insbesondere auf amerikanisches Drängen zunächst eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit reorganisiert, neben die im Jahre 1953 das Bundesverwaltungsgericht tritt.¹⁶¹

Die Innovationen des Verwaltungsrechts unter dem Grundgesetz sind kaum aus der Weimarer Zeit,¹⁶² sondern vielmehr als Reaktion auf die Zeit der nationalsozialistischen Diktatur zu erklären. Dies gilt gerade für viele Besonderheiten des geltenden deutschen Verwaltungsrechts im europäischen Vergleich wie die weitreichende Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts, vor allem mittels der Grundrechte, den Umfang und die Dichte verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Kontrolle oder eine Reihe von Sonderdogmatiken wie die Unterscheidung von Ermessen und Beurteilungsspielraum. 52

IV. Verwaltung und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz bis zur Europäisierung

1. Die institutionelle Entwicklung

Unter dem Grundgesetz entwickelt sich zwischen 1949 und 1990 das, was heute als die „klassische“ Gestalt der zeitgenössischen deutschen Verwaltung verstanden werden kann.¹⁶³ Bisweilen wird insoweit gar eine „veritable Neugründung des Öffentlichen Rechts“ in Deutschland unter „Anverwandlung älterer Traditionen“ angenommen.¹⁶⁴ Das Grundgesetz mag insoweit als Zäsur erscheinen, die, anders als vergleichbare Zäsuren in anderen Staaten,¹⁶⁵ die Aufgabe von Teilen 53

158 Rolf Grawert, Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik, FS für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 35 ff.

159 Wolfgang Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht, 1991.

160 Michael Stolleis, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, in: *ders.*, Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, 2006, S. 190. Der italienische Faschismus war konstruktiver; siehe *Mattarella* (Fn. 117), § 45 Rn. 34 ff.

161 § 1 des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1952 (BGBl. 1952 I, S. 625).

162 Deutlich wichtiger ist die Zwischenkriegszeit in Österreich, *Wiederin* (Fn. 24), § 46 Rn. 38 ff.

163 Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Verwaltung; zur parallelen Entwicklung des Staatsverständnisses pointiert *Möllers* (Fn. 68), S. 31 ff.

164 *Wahl* (Fn. 4), S. 20.

165 Es ist bemerkenswert, dass weder der italienische, noch der österreichische, noch der spanische Beitrag die Zäsur ähnlich tief ansetzen; vgl. *Mattarella* (Fn. 117); *Wiederin* (Fn. 24); *García de Enterría/Borrajó Iniesta* (Fn. 57). Selbst für die ehemals sozialistischen Staaten erscheint das Zäsurverständnis nicht so ausgeprägt, vgl. *Küpper* (Fn. 27), § 51 Rn. 77 ff.; *Wróbel* (Fn. 40), § 47 Rn. 70 ff.

des bisherigen Entwicklungspfades im Verwaltungsrecht bedeutet. Im Mittelpunkt steht dabei ein neues Staatsverständnis, wonach, in den Worten des Herrenchiemseer Entwurfs für eine neue Verfassung, „der Staat [...] um des Menschen willen da“ zu sein hat.¹⁶⁶ Diese Wahrnehmung steht im Einklang mit der allgemeinen, allerdings durchaus bestrittenen Geschichtsschreibung, 1945 als „Stunde Null“ zu begreifen. Wie auch immer: Das deutsche Verwaltungsrecht gewinnt unter dem Grundgesetz eine neue Form, die ihren Zenit Ende der 1980er Jahre erreicht, also just zu dem Zeitpunkt, zu dem sie der Epochenwechsel des Jahres 1989/1990 vor neue Herausforderungen und tiefgreifende Veränderungen stellt.¹⁶⁷

a) Organisatorische Grundlagen

- 54** In organisatorischer Hinsicht knüpft das Grundgesetz freilich an die seit der Reichsgründung 1867/1871 bestehenden Traditionslinien an; es findet kein grundsätzlicher Wechsel statt.¹⁶⁸ Das Grundgesetz behält das Konzept des Exekutivföderalismus bei,¹⁶⁹ so dass der Vollzug der Bundesgesetze – für Landesgesetze gilt das ohnehin – in der Regel Sache der Länder ist, der Bund aber über abgestufte Einwirkungsmöglichkeiten verfügt (Art. 83 ff. GG). Sieht man von der Ministerialverwaltung, dem Auswärtigen Dienst, der Bundesfinanz-, Bundeswehr-, Eisenbahn-, Telekommunikations-, Luftverkehrs- und Schifffahrtsverwaltung ab, bleibt öffentliche Verwaltung grundsätzlich Landesverwaltung und das Feld, auf dem sich die Staatlichkeit der Länder vor allem entfaltet. Das belegt nicht zuletzt ein Blick auf die Beschäftigten: Von den derzeit 5,5 Millionen Angehörigen des öffentlichen Dienstes entfallen nur ca. 500 000 auf die Bundesverwaltung und etwa 374 000 auf die Sozialversicherungsträger, jedoch 2,3 Millionen auf den Bereich der Landes- und 1,72 Millionen auf die Kommunalverwaltung.¹⁷⁰ Das zwingt die Länder, fast 50 % ihres Budgets für Personalkosten aufzuwenden. In den 1960er Jahren entstehen im Bereich der Verwaltung vielfältige Formen der Verflechtung zwischen Bundes- und Landesebene, die eine demokratische Verantwortungszurechnung erschweren und die Staatlichkeit der Länder zunehmend in Frage stellen.¹⁷¹
- 55** Bundes- und Landesverwaltung lassen sich in die hierarchisch gegliederte unmittelbare Staatsverwaltung und die mittelbare Staatsverwaltung unterteilen, bei

166 § 1 Abs. 1 des Entwurfs eines Grundgesetzes; siehe dazu den Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, in: Deutscher Bundestag (Hg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 2, 1981, S. 504 ff.; *Fritz Ossenbühl*, 40 Jahre Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1993, S. 753, 756: „kopernikanische Wende“.

167 Dazu *Rainer Wahl*, Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 38 (1999), S. 495.

168 Allerdings ist die Identität der Länder weit schwächer als im Reich, weil es sich zumeist um Neugründungen handelt und die Flüchtlingsbewegungen die landsmannschaftliche Verbundenheit schwächten.

169 Aufschlussreich der Vergleich insbesondere zu Österreich und der Schweiz, die ungeachtet zahlreicher gemeinsamer Traditionen und Strukturen keinen Exekutivföderalismus ausgebildet haben, *Wiederin* (Fn. 24), § 46 Rn. 80 ff.; *Giovanni Biaggini*, IPE I, § 10 Rn. 70 ff.

170 Zahlen für 2008; siehe *Statistisches Bundesamt*, Finanzen und Steuern, Personal des öffentlichen Dienstes 2008, Fachserie 14, Reihe 6, 2009, S. 23.

171 *Peter M. Huber*, Deutschland in der Föderalismusfrage?, 2003, S. 7 ff.; *ders.*, Gutachten D zum 65. DJT (Fn. 70), S. D 18 ff. und D 41.

welcher der Staat Verwaltungsaufgaben nicht selbst wahrnimmt, sondern durch rechtlich selbständige Körperschaften (z.B. Gemeinden, [Land-]Kreise, Universitäten, Kammern), Anstalten (z.B. öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten) und Stiftungen (z.B. Stiftung Preußischer Kulturbesitz, Stiftung Weimarer Klassik).¹⁷² Der hierarchische Aufbau bedeutet, dass die Spitze in der ihr unterstellten Organisation „durchregieren“, also der Minister jede Sache an sich ziehen kann. Dies ist keineswegs selbstverständlich, wie insbesondere das schwedische Beispiel zeigt.¹⁷³

Unter den Trägern mittelbarer Staatsverwaltung nehmen die Gemeinden und (Land-)Kreise einen hervorgehobenen Platz ein, weil ihr Recht zur Selbstverwaltung durch Art. 28 Abs. 2 GG und die jeweilige Landesverfassung besonders abgesichert ist.¹⁷⁴ Sie sind allerdings immer wieder Gegenstand mehr oder weniger breit angelegter Gebietsreformen. In den 1970er Jahren wird die Anzahl der Gebietskörperschaften dadurch erheblich reduziert und größere, leistungsfähigere Einheiten geschaffen.¹⁷⁵ So gab es in Westdeutschland 1960 insgesamt 425 (Land-)Kreise, 141 kreisfreie Städte und 24 371 kreisangehörige Gemeinden.¹⁷⁶ Ihre Zahl hatte sich bereits 1981 nach diversen Reformen auf 235 (Land-)Kreise, 88 kreisfreie Städte und 8514 kreisangehörige Gemeinden verringert.¹⁷⁷ Heute gibt es in der Bundesrepublik 301 (Land-)Kreise (64 davon in den „neuen“ Bundesländern), 111 kreisfreie Städte (22) und 11 496 kreisangehörige Gemeinden (3014).

Dem öffentlichen Dienst gehörten im Jahre 2008 1,56 Millionen Beamte, 21826 Richter, 183 571 Zeit- und Berufssoldaten sowie 2,54 Millionen sonstige Arbeitnehmer an. Während sich Beamte, Richter und Soldaten beim Bund mit den Angestellten und Arbeitern etwa die Waage halten, sind die Beamten in den Kommunen bis auf wenige Restbestände verschwunden.¹⁷⁸ Ihre Verwendung erfolgte nach 1949 trotz des in Art. 33 Abs. 4 GG enthaltenen Funktionsvorbehalts in der Regel unreflektiert und konzeptionslos. Es kann daher nicht verwundern, dass die aus der Monarchie übernommene Institution des Berufsbeamtentums ungeachtet ihrer rechtsstaatlichen und demokratischen Gewährleistungsfunktion seit den 1970er Jahren zunehmend unter Druck geraten ist.¹⁷⁹

b) Die Stellung der Verwaltung im Staatsgefüge

Blickt man auf die horizontale Gewaltenteilung und auf das Verhältnis der Exekutive zu Legislative und Judikative, so ist unverkennbar, dass das Grundgesetz darauf angelegt ist, die Exekutive, verglichen wohlgermerkt mit den exekutivlastigen früheren deutschen Verfassungen, stärker einzubinden, selbst wenn die Regierung und gerade das Amt des Bundeskanzlers weiterhin machtvoll ausgestaltet sind. Auch lebt das alte Verständnis fort, wonach die Verwaltung die Subs-

172 Zur österreichischen Qualifizierung als „nichtstaatliches Verwaltungsorgan“ *Wiederin* (Fn. 24), § 46 Rn. 70.

173 Siehe *Lena Marcusson*, IPE V, § 83 II 1 a).

174 Zur Debatte, ob die Gemeinden als staatliche Einrichtungen zu verstehen sind, vgl. die Nachweise in Fn. 26.

175 *Werner Thieme/Günther Prillwitz*, Durchführung und Ergebnisse der kommunalen Gebietsreform, 1981.

176 *Thieme/Prillwitz* (Fn. 175), S. 39 ff.

177 *Thieme/Prillwitz* (Fn. 175), S. 74 ff.

178 *Statistisches Bundesamt* (Fn. 170), S. 33.

179 *Peter M. Huber*, Das Berufsbeamtentum im Umbruch, *Die Verwaltung* 29 (1996), S. 437, 444 und 463.

tanz des Staates ausmacht. Dies zeigt anschaulich ihre weiterhin vorherrschende Bestimmung über die Subtraktionsdefinition, nach der all jene Formen und Organisationen von Hoheitsgewalt zur Verwaltung zählen, die nicht Gesetzgebung, Regierung oder Rechtsprechung sind.¹⁸⁰ Es gilt also: Verwaltung ist der Normalfall von Staatlichkeit.

- 59 Die öffentliche Verwaltung verfügt nach 1949 jedoch nicht mehr über viele frühere Machtinstrumente. Insbesondere ihre Rechtsetzungsbefugnisse erscheinen im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union schwach (Art. 80 Abs. 1 GG, Wesentlichkeitsdoktrin),¹⁸¹ und sie ist, was noch wichtiger ist, einer weitgehend lückenlosen gerichtlichen Kontrolle unterworfen. Zudem besitzt die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen einen belasten (Verwaltungs-) Akt, im Gegensatz zu den meisten anderen Rechtsordnungen, grundsätzlich aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO]); der Grundsatz wird allerdings zunehmend durch Ausnahmen aufgeweicht.¹⁸²

c) *Funktionen von Verwaltung und Verwaltungsrecht nach 1949*

- 60 Versucht man die Entwicklung der öffentlichen Verwaltung in ihrer „klassischen“ Epoche unter dem Grundgesetz bis 1990 zu strukturieren, so lassen sich verschiedene Phasen unterscheiden, in denen sich die wirtschaftliche und soziale Entwicklung jener Jahre spiegelt.¹⁸³ Nach einer Periode der rechtsstaatlichen Konsolidierung treten im Gefolge des „Wirtschaftswunders“ Ende der 1960er Jahre leistungs-¹⁸⁴ und planungsrechtliche Fragen in den Vordergrund, die Ausdruck eines enormen Vertrauens in die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Gesellschaft und in die Möglichkeiten staatlicher Steuerung sind. Schon bald weicht diese Zuversicht jedoch der Ernüchterung, mit erheblichen Konsequenzen für die öffentliche Verwaltung. So werden die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit sichtbar, Entscheidungen – etwa im Atom- und Fachplanungsrecht – verlieren an Akzeptanz. Ab Mitte der 1970er Jahre findet sich die öffentliche Verwaltung vor allem im neu entstehenden Referenzgebiet des Umweltrechts,¹⁸⁵ aber auch im Technik- und Planungsrecht mehr und mehr in der Rolle eines Schiedsrichters wieder, der die Interessengegensätze zwischen den Beteiligten im Rahmen multipolarer Rechtsverhältnisse ausgleichen und Zustimmung für das (im Gesetzgebungs- und Verwaltungsverfahren konkretisierte) staatliche Interesse finden muss.

180 Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, ³1931, S. 6; Mayer (Fn. 99), S. 7; krit. Dirk Ehlers, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, in: Erichsen/Ehlers (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ¹⁴2010, § 1 Rn. 7 ff.; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ¹⁷2009, § 1 Rn. 7 f.

181 Vergleichend mit Frankreich, Italien, Spanien und dem Vereinigten Königreich Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, S. 156 ff.

182 Grundlegend Friedrich Schoch, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988. Zu Ausnahmen siehe § 80 Abs. 2 VwGO.

183 Wahl (Fn. 4), S. 41 ff.

184 Peter Badura, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, 1966.

185 Michael Kloepfer, *Systematisierung des Umweltrechts*, 1978, S. 74 ff.

Otto Mayer hatte die zentrale Aufgabe des Verwaltungsrechts darin gesehen, die „flutende Masse der Verwaltungstätigkeit einzudämmen“.¹⁸⁶ Darauf besinnt man sich nach der Katastrophe der nationalsozialistischen Herrschaft und macht sich entschlossen an die Konsolidierung und Perfektionierung einer rechtsstaatlichen öffentlichen Verwaltung und des sie steuernden Verwaltungsrechts. Die Jahre nach 1949 erscheinen auch in dieser Hinsicht weniger als Bruch mit den Traditionslinien der deutschen Verwaltungsentwicklung denn als konsequente Fortsetzung eines bereits im Kaiserreich eingeschlagenen Weges. Dieser stellte angesichts des ihm zugrunde liegenden Kompromisses zwischen monarchischem und demokratischem Prinzip tendenziell ein deutsches Spezifikum dar und sollte es auch nach dem Zweiten Weltkrieg bleiben, bis die Herausbildung des europäischen Rechtsraums eine Fusion rechtsstaatlicher und demokratischer Traditionslinien auf die Tagesordnung gesetzt hat. Zunächst prägen jedoch eine tiefgreifende Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts (2), der Ausbau des (verwaltungs-)gerichtlichen Rechtsschutzes (3) und ein erst nach der Wiedervereinigung allmählich wahrgenommenes demokratisches Defizit (4) die „klassische“ Gestalt der modernen deutschen Verwaltung und des Verwaltungsrechts. In einer wirkungsmächtigen Interpretation begreift Rainer Wahl Umfang und Tiefe von Verrechtlichung, Konstitutionalisierung und Judizialisierung gar als Merkmale eines deutschen Sonderwegs, der im europäischen Rechtsraum auf dem Prüfstand steht.¹⁸⁷

2. Die Konstitutionalisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht

Dem Diktum Otto Mayers über die verfassungsrechtliche Neutralität des Verwaltungsrechts erteilt das Grundgesetz eine klare Absage. Indem es erstmals in der deutschen Verfassungsgeschichte eine auch im europäischen Vergleich jener Zeit ungewöhnliche unmittelbare Bindung aller Staatsgewalten, auch des Gesetzgebers, an die Grundrechte anordnet (Art. 1 Abs. 3 GG), entzieht es einem Selbststand des einfachen Rechts, auch des Verwaltungsrechts, den Boden¹⁸⁸ und legt damit die Grundlage für einen Konstitutionalisierungsprozess, der erst zu Beginn der 1990er Jahre seinen Höhepunkt erreichen sollte.¹⁸⁹ Diese Transformation hat durchaus Anlass zu Kritik gegeben. Ernst Forsthoff sah sich schon 1971 zu der polemischen Aussage veranlasst, die Bundesrepublik sei, weil es ihr an „Souveränität im Sinne der höchsten und fortdauernden Gewalt“ fehle, „kein Staat im hergebrachten Sinne“ mehr: Im 19. Jahrhundert hätte einen solchen Staat „ein leiser Hauch der Geschichte dahingeweht“.¹⁹⁰

186 Mayer (Fn. 99), S. 92f.

187 Wahl (Fn. 4), S. 33 und 40f.

188 In der Schweiz dagegen bildete sich das Verwaltungsrecht, ähnlich wie in den USA, schon im 19. Jahrhundert maßgeblich in der Durchsetzung verfassungsrechtlicher Rechte, Schindler (Fn. 27), § 49 Rn. 15.

189 Zur europaweiten Bedeutung der (materiellen) Konstitutionalisierung Pedro Cruz Villalón, IPE I, § 13 Rn. 85f.

190 Ernst Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 158.

- 63 Die Konstitutionalisierung¹⁹¹ des deutschen Verwaltungsrechts ist vor allem die Geschichte seiner „Vergrundrechtlichung“.¹⁹² Im Zusammenspiel mit den formellen Aspekten des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG), mit der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes, wird die entschiedene Ausrichtung der Rechtsordnung auf die Freiheit und Selbstbestimmung des Einzelnen ins Werk gesetzt. Die Grundrechte durchdringen nahezu jeden Winkel der Rechtsordnung, und jeder bedeutendere Akt der Rechtspolitik wird in einen Ableitungszusammenhang zur Verfassung gebracht.¹⁹³ Dies birgt ein erhebliches Konfliktpotenzial für den europäischen Rechtsraum, dessen Verwaltungsrecht nicht in gleicher Weise durch diktatorische Erfahrungen unterlegt ist.
- 64 Dogmatische Grundlage dieser Entwicklung ist zum einen, dass sich das Bundesverfassungsgericht in seinem *Elfes*-Urteil von 1957¹⁹⁴ auf einen weiten Schutzbereich der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, später als Allgemeine Handlungsfreiheit interpretiert) festlegt, mit der Folge, dass jede dem Staat zurechenbare Belastung aus der Sicht des Bürgers einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff darstellt und ihm daher, gestützt auf Art. 2 Abs. 1 GG, ein Anspruch auf Freiheit vor gesetzlosem wie gesetzwidrigem Zwang zukommt,¹⁹⁵ und zum anderen die in ihrer langfristigen Wirkung kaum zu überschätzende Weichenstellung des *Lüth*-Urteils von 1958, nach der die Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte, sondern auch als objektive Wertentscheidungen verstanden werden.¹⁹⁶ Seitdem wird von Jurastudenten in fast jeder verwaltungsrechtlichen Klausur eine Prüfung verfassungs- und insbesondere grundrechtlicher Aspekte verlangt, was die Internalisierung dieser Konstitutionalisierung in der Breite nachhaltig befördert: Heute diskutieren Demonstranten und Polizei den Verlauf von Aufzügen nach Maßgabe verfassungsgerichtlicher Urteile.
- 65 Die Konstitutionalisierung des deutschen Verwaltungsrechts erfolgt freilich nicht über Nacht. Sie stand den Akteuren in Verwaltung, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsrechtswissenschaft zudem keineswegs als kohärentes „Programm“ vor Augen. Obwohl Fritz Werner bereits 1959, und zwar in denkbar mächtiger Position als Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, die Formel vom „Verwaltungsrecht als konkretisierte[m] Verfassungsrecht“ kreiert hatte,¹⁹⁷ und damit das Leitmotiv für eine flächendeckende Umwertung und Neuausrichtung nahezu des gesamten Verwaltungsrechts in den folgenden Jahrzehnten, war dies

191 Zum Gegenbegriff der Entkonstitutionalisierung im Sozialismus *Küpper* (Fn. 27), § 51 Rn. 68.

192 In der Sache geht es um die grundlegende Prinzipien der Gerechtigkeit, die auch anders als verfassungsrechtlich begründet werden können, so in Frankreich durch die Entwicklung der *principes généraux* ab 1945, *Mestre* (Fn. 109), § 43 Rn. 86, in England durch die Entwicklung der *natural justice* und *procedural fairness* ab 1963, *Loughlin* (Fn. 27), § 44 Rn. 63. In Schweden galt hingegen die Berufung auf die Verfassung im Verwaltungsprozess lange als „unseriös“, *Kumlien/Modéer* (Fn. 138), § 48 Rn. 60.

193 *Wahl* (Fn. 4), S. 42.

194 BVerfGE 6, 32 ff. – *Elfes*; bekräftigt durch BVerfGE 80, 137 ff. – *Reiten im Walde*.

195 *Peter M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 484 ff.; *Wolfgang Kahl*, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 2000.

196 BVerfGE 7, 198 ff. – *Lüth*.

197 *Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527.

doch ein schwieriger Prozess, in dem sich immer wieder neue „Baustellen“ auf-taten; Zweifel werden erst seit den achtziger Jahren verstärkt geäußert.¹⁹⁸

Etwa ab Mitte der 1960er Jahre löst die Entfaltung des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts im Allgemeinen und der Grundrechte im Besonderen unter dem Signum der sog. Wesentlichkeitsdoktrin¹⁹⁹ schließlich einen bis dahin ungekannten Verrechtlichungsschub aus, dem durch die Normativität der Verfassung und ihre unmittelbare Anwendbarkeit auf die Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und Staat zusätzlicher Nachdruck verliehen wird. Die Fälle reichen vom Strafvollzug über das Schul- und Hochschulrecht bis zum Ständerecht der freien Berufe.

Betrachtet man die rechtsstaatliche Expansion des klassischen deutschen Verwaltungsrechts, so lassen sich namentlich die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (a), die Beseitigung grundrechtsfreier Räume (b) sowie die Bewältigung von Leistungsverwaltung (c) und informalem Verwaltungshandeln (d) als wesentliche Etappen ausmachen – auch in chronologischer Hinsicht.

a) Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Aus der Retrospektive lässt sich feststellen, dass die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts in gewisser Weise mit der Entdeckung bzw. Verallgemeinerung des Verhältnismäßigkeitsprinzips begann, also einem dem Verwaltungsrecht selbst entstammenden Grundsatz. Im preußischen Polizeirecht bereits angelegt,²⁰⁰ kann sich dieser Grundsatz nach und nach auch in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts als allgemeiner Rechtsgrundsatz etablieren,²⁰¹ bevor er mit dem sog. Apotheken-Urteil²⁰² in die Grundrechtsdogmatik Eingang findet²⁰³ und über die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und das Unionsrecht auch in andere europäische Rechtsordnungen transportiert wurde.²⁰⁴ Dies belegt im Übrigen eine häufig übersehene Abhängigkeit des Verfassungsrechts vom Verwaltungsrecht, entpuppt sich doch eine der expansivsten verfassungsrechtlichen Figuren als verwaltungsrechtliche Kreation.²⁰⁵

198 Siehe etwa *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S. 401, 404; *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, S. 10f.

199 Grundlegend BVerfGE 33, 1 – *Strafgefangene*; 33, 125ff. – *Facharzt*.

200 §§ 6 und 12 Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz; PrOVGE 13, 424ff. – *Unzulässiger Branntweinaus-schank*; 13, 426ff. – *Beleuchtungspflicht von Grenzposten*; *Otmar Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 179 und 190f. Ein Ansatz hierzu bereits in § 10 des Siebzehnten Titels des Zweiten Teils des Preußischen Allgemeinen Landrechts; siehe dazu oben, Fn. 118.

201 *Rupprecht von Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, 1955.

202 BVerfGE 7, 377, 407 – *Apotheken*.

203 *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

204 Mark Tushnet stellt hingegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als eine kanadische Schöpfung vor: *Comparative Constitutional Law*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, S. 1225, 1251.

205 Erinnert sei an die provokante Formel Georges Vedels der „administrativisation du droit constitutionnel“, dazu *Heuschling* (Fn. 10), § 54 Rn. 10 und 49.

b) Die Beseitigung grundrechtsfreier Räume

- 69 Schon in der Weimarer Zeit hatte der in Deutschland lehrende Schweizer Fritz Fleiner vor der „Flucht [...] in das Privatrecht“ gewarnt,²⁰⁶ also vor der – nach wie vor ungebrochenen – Neigung der öffentlichen Hand, sich mit der ihr in der Regel offen stehenden Wahl privatrechtlicher Handlungsformen (unzulässigerweise) auch der öffentlich-rechtlichen Bindungen zu entledigen. Diesen Ansatz fortführend vertrat die von Hans Julius Wolff begründete und von der Rechtsprechung umgehend aufgenommene Lehre vom *Verwaltungsprivatrecht*²⁰⁷ die Auffassung, dass die öffentliche Verwaltung, jedenfalls in den Fällen, in denen sie die Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts für die *unmittelbare* Erfüllung von Verwaltungsaufgaben – der Daseinsvorsorge oder der Wirtschaftslenkung – einsetzt, „verwaltungsprivatrechtlich“ gebunden sei, mithin insbesondere die Grundrechte als gegen den Staat gerichtete Abwehrrechte beachten müsse.²⁰⁸ Vergleichbares gilt bei Organisationsprivatisierungen, also der gesellschaftsrechtlichen Verselbständigung von Verwaltungsaufgaben mittels einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, einer Aktiengesellschaft oder eines Vereins. Solche öffentlich beherrschten juristischen Personen des Privatrechts werden seitdem als Teil der öffentlichen Verwaltung begriffen und unterliegen deshalb den Bindungen des öffentlichen Rechts, insbesondere der Grundrechte.²⁰⁹
- 70 Unter dem Einfluss von Art. 1 Abs. 3 GG brach sich darüber hinaus die Einsicht Bahn, dass die Grundrechte auch in jenen Verwaltungsrechtsverhältnissen Geltung beanspruchen, die man früher als „besondere Gewaltverhältnisse“ bezeichnet hatte. Darunter verstand man im Anschluss an Otto Mayer „die verschärfte Abhängigkeit, welche zugunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle Einzelnen, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten“.²¹⁰ Diese „verschärfte Abhängigkeit“ bestand in den Verwaltungsrechtsverhältnissen zwischen Beamten und Dienstherrn, Strafgefangenen und Justizvollzugsanstalt, Schülern und Schule, Soldaten und Armee bzw. den jeweiligen Trägern, und wurde auch nach 1949 noch mit einem Grundrechtsverzicht begründet, der nach dem Grundgedanken des *volenti non fit iniuria* mit dem Eintritt in ein solches Rechtsverhältnis fingiert wurde, auch wenn dieser Eintritt – wie bei Strafgefangenen – nicht freiwillig geschah. Mit seiner Strafgefangenen-Entscheidung aus dem Jahre 1972 hat das Bundesverfassungsgericht der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis²¹¹ den Boden entzogen und klargestellt, dass die Grundrechte auch im Strafvollzug gelten und nur durch oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden können. Es hat diese Rechtsprechung später im Hinblick auf das Schulrecht bestätigt und ausgebaut. Indem es etwa für

206 Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts,⁸1928, S. 326.

207 Hans Julius Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I,⁹1974, § 23 II b (S. 108 ff.).

208 BGHZ 29, 76; 52, 325; 65, 284, 287; 91, 84, 96; Dirk Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984; krit. Peter M. Huber, Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, FS für Peter Badura, 2004, S. 897, 899.

209 BVerfGE 45, 63, 78 ff.; BVerwG, NJW 1990, S. 134 – *Hamburger CCH*.

210 Mayer (Fn. 99), S. 101 f.

211 BVerfGE 33, 1 – *Strafgefangene*.

die Einführung der obligatorischen Förderstufe,²¹² den Erlass schulrechtlicher Ordnungsmaßnahmen,²¹³ für den Sexualkundeunterricht²¹⁴ oder die Disziplinarmaßnahme der Schulentlassung²¹⁵ eine Regelung *durch den Gesetzgeber* gefordert hat, hat es implizit auch die Grundrechtsrelevanz all jener Maßnahmen anerkannt – mit allen Konsequenzen, was etwa die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angeht.

c) Die Leistungsverwaltung

Die zunehmende Prosperität der sog. Wirtschaftswunderjahre und die in dieser Zeit angehäuften Überschüsse in den öffentlichen Haushalten ermöglichten einen substantiellen Ausbau der Leistungsverwaltung: Das Sozialhilferecht wurde kodifiziert,²¹⁶ eine staatliche Studien- und Ausbildungsförderung eingeführt,²¹⁷ das Kindergeld in staatliche Regie übernommen,²¹⁸ staatliche Anreize für die Vermögensbildung gesetzt²¹⁹ und nicht zuletzt auch Subventionen in großem Umfang vergeben.²²⁰ Allerdings gilt das Sozialrecht als eine eigene, weitgehend verselbständigte Submaterie und bildet eine Disziplin, welche auf die Entwicklung des Verwaltungsrechts im Ganzen nur wenig Einfluss nahm, anders als etwa in Schweden oder im Vereinigten Königreich.²²¹ 71

Die auf das Rechtsverständnis insgesamt ausstrahlende dogmatische Verarbeitung des Sozialstaates erfolgte maßgeblich in verfassungsrechtlichen Kategorien. Diese waren, da auf die Eingriffsverwaltung ausgerichtet, auf die Leistungsverwaltung nur ungenügend vorbereitet, ungeachtet einer Reihe von Arbeiten seit dem Ende des 19. Jahrhunderts.²²² Der Vorbehalt des Gesetzes in der Leistungsverwaltung wie auch die Funktion der Grundrechte im Leistungsstaat waren wenig erforscht. So wusste man lange Zeit etwa nicht genau, ob und inwieweit die Grundrechte originäre Teilhaberechte darstellen²²³ und beispielsweise einen Anspruch auf Schaffung neuer Studienplätze²²⁴ verbürgen. 72

212 BVerfGE 34, 165, 192f.

213 BVerfGE 41, 251, 259ff.

214 BVerfGE 47, 46, 78ff.

215 BVerfGE 58, 257, 279ff.

216 Bundessozialhilfegesetz vom 30. 6. 1961 (BGBl. 1961 I, S. 815).

217 Gerda Stephany, Das Honnefer Modell, 1968.

218 Klaus Steinwender, Das Kindergeld, 1961.

219 Zweites Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer vom 1. 7. 1965 (BGBl. 1965 I S. 585).

220 § 12 Abs. 2 bis 4 des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes verpflichtet die Bundesregierung deshalb aus gegebenem Anlass seit 1967 zur Vorlage eines Subventionsberichts alle zwei Jahre.

221 Kumlien/Modèer (Fn. 138), § 48 Rn. 33 und 42ff.; Loughlin (Fn. 27), § 44 Rn. 58ff.

222 Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 193, 207f. unter Hinweis auf Robert Graf Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 1882, S. 346; Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

223 Wolfgang Martens und Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 7ff. bzw. S. 43ff.

224 So BVerfGE 33, 303, 333 – Numerus Clausus. Das darauf beruhende Kapazitätsrecht der Hochschulen soll sich später als Schlüsselproblem der universitären Spitzenforschung erweisen. Dies ist ein gutes Beispiel für die problematische Seite der Konstitutionalisierung: eine verfassungsrechtliche Versteinigung des Verwaltungsrechts. Das Verwaltungsrecht als „verfassungsgerichtlich konkretisiertes Verfassungsrecht“ hat einen Preis.

- 73 Zwar setzte sich hier Mitte der 1970er Jahre die Auffassung durch, dass die Grundrechte – von Ausnahmefällen abgesehen – keine originären Teilhaberechte verbürgen, sondern dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, bei der Ausgestaltung der objektiven Dimension der Grundrechte auch über eventuelle – derivative – Leistungsansprüche zu entscheiden; unter formell-rechtsstaatlicher Perspektive misslang die Konsolidierung der Leistungsverwaltung jedoch weitgehend. Noch heute ist umstritten, ob die Vergabe von Subventionen dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt; h.M. und Rechtsprechung gehen davon aus, dass nur Eingriffe in Freiheit und Eigentum bzw. „wesentliche“ Regelungen diesem Erfordernis unterliegen, nicht aber der gesamte Bereich der Leistungsverwaltung.²²⁵ Die Vergabe von Subventionen bzw. Zuwendungen (§ 23 Bundeshaushaltsordnung) erweitere die Rechtssphäre der Empfänger und beeinträchtige sie nicht. Daher genügen insoweit noch immer die generelle Bereitstellung staatlicher Mittel in Haushaltsplan und Haushaltsgesetz.²²⁶ Dass derartige Begünstigungen in der Regel in multipolare Verwaltungsrechtsverhältnisse eingebettet sind, an denen neben dem Staat und dem Subventionsempfänger auch Dritte beteiligt sind, und diese nachteilig betroffen werden, ist zwar präsent.²²⁷ Harte Konsequenzen werden daraus jedoch zumeist nicht gezogen.²²⁸

d) Die Bewältigung des informalen Verwaltungshandelns

- 74 Nur mit erheblichen Verzögerungen wagte sich das deutsche Verwaltungsrecht schließlich an die rechtsstaatliche Bändigung des „informalen Verwaltungshandelns“. Damit sind nicht nur Realakte gemeint, sondern insbesondere die seit den 1980er Jahren immer stärker um sich greifende Informationstätigkeit der öffentlichen Hand. Die wegweisende Habilitationsschrift von Hans-Ulrich Gallwas aus dem Jahre 1970²²⁹ blieb lange Zeit unbeachtet, bis sie das Bundesverwaltungsgericht in seiner Transparenzlisten-Entscheidung von 1987²³⁰ entdeckte und zu einem zentralen Referenzwerk machte, das vielfältige literarische Gefolgschaft gefunden hat.²³¹ Die Vollendung der rechtsstaatlichen Konsolidierung ist in jüngster Zeit allerdings stecken geblieben, seit das Bundesverfassungsgericht in seiner Glykol-Entscheidung zwar die Existenz faktischer Grundrechtsbeeinträchtigungen akzeptiert, die Sicherungen des formellen Rechtsstaates, insbesondere den Vorbehalt des Gesetzes, jedoch für unanwendbar erklärt hat.²³²

225 Peter M. Huber, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 142008, 3. Kap., Rn. 231.

226 BVerwGE 58, 45.

227 Matthias Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 34 ff.

228 Siehe immerhin BVerwGE 90, 112 ff. – *Finanzierung eines sektenkritischen Vereins aus Bundesmitteln*.

229 Hans-Ulrich Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970.

230 Grundlegend BVerwGE 71, 183 ff. – *Transparenzliste*; 82, 76 ff. – *Sekten*; 87, 37 ff. – *Glykol*; 90, 112 ff. – *Osho*; 100, 262 ff. – *Mietspiegel*.

231 Ulrich Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen im Bereich des Eigentums, 1980; Herbert Bethge bzw. Beatrice Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 7 ff. bzw. 57 ff.

232 BVerfGE 105, 252 ff. – *Glykol*; 105, 279 ff. – *Osho*; krit. Wolfgang Kahl, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 42 (2004), S. 167 ff.