

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 716

Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts

**Europäische Impulse für eine Revision der Lehre
vom subjektiv-öffentlichen Recht**

Von

Johannes Masing



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANNES MASING

**Die Mobilisierung des Bürgers
für die Durchsetzung des Rechts**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 716

Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts

**Europäische Impulse für eine Revision der Lehre
vom subjektiv-öffentlichen Recht**

Von

Johannes Masing



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Masing, Johannes:

Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts :
europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-
öffentlichen Recht / von Johannes Masing. – Berlin : Duncker
und Humblot, 1997

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 716)

Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1996

ISBN 3-428-08928-6

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-08928-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

*Meinen Eltern
Magda Masing, geb. Casper,
und Peter Masing
zum Gedenken*

Vorwort

Der Einfluß des Europarechts auf die nationalen Rechtsordnungen nimmt ständig zu. Angesichts der immer differenzierteren und ausgreifenderen Regelungen kann dieser Einfluß nicht äußerlich bleiben. Unweigerlich eigene Rechtsstrukturen transportierend, wirkt er vielmehr auch auf Grundlagen der einzelnen Rechtsordnungen ein. Das stellt diese zum einen vor schwierige Probleme und bringt Friktionen mit sich. Es birgt aber zugleich auch die Chance, spezifische Strukturen der eigenen Rechtsordnung neu bewußt zu machen, ihre Begrenztheit deutlicher erkennen zu können und damit neue Perspektiven zu öffnen. In diesem Sinne greift die vorliegende Arbeit Impulse des Europarechts auf, um die deutsche Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht neu zu hinterfragen. In Gegenübersetzung zu dem europarechtlich erkennbaren Konzept, Bürger nicht nur in Blick auf ihren Privatschutz, sondern auch in Blick auf das öffentliche Interesse an der effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts mit individuellen Befugnissen auszustatten, steht hierbei die Privatbezogenheit des subjektiv-öffentlichen Rechts im Mittelpunkt, die in der deutschen Lehre vom Prinzip her als ausschließendes Kriterium verstanden wird. Woher rührt dieses für das tradierte Verständnis essentielle Begriffsmerkmal, wieweit prägt es die Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger – bewußt oder unterschwellig – noch heute und wieweit bleibt seine Begründung tragfähig? Die Untersuchung sucht insoweit historisch bedingte, aber aktuell fortwirkende Engführungen des deutschen Verwaltungsrechts aufzudecken und damit die Grundlage für eine vorsichtige, funktionellen Sichtweisen Raum gebende Erweiterung des Staat-Bürger-Verhältnisses im Bereich der Verwaltung vorzubereiten.

Die Arbeit ist in den Jahren 1994-1996, ganz überwiegend während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht, entstanden. Im Sommersemester 1996 hat sie die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von Juni 1996.

Sehr herzlich danke ich meinem akademischen Lehrer und Doktorvater Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts i.R. Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Ernst-Wolfgang Böckenförde. Er hat mir in Karlsruhe großzügig ermöglicht, in einem äußerst belasteten Dezernat Dienstaufgaben und wissenschaftliche Tä-

tigkeit zu verbinden. Vor allem aber habe ich als Seminarteilnehmer, Hilfskraft und Assistent an seinem Lehrstuhl in vielen Jahren von ihm eine juristische Schulung erhalten, die mich wissenschaftlich wie persönlich prägt. Besonders erwähnt seien nur die allwöchentlichen Lehrstuhlgespräche, zu denen Herr Prof. Dr. Böckenförde mit Herrn Prof. Dr. Rainer Wahl und den zugehörigen Mitarbeitern zusammentrifft und in denen freimütig-offen, dabei aber nie in Beliebigkeit entgleitend um richtige Lösungen und Positionen gerungen oder auch gestritten wird. Ohne die Erfahrung solch wahrhaft wissenschaftlichen Geistes hätte sich mir die geistige Vielschichtigkeit des öffentlichen Rechts wohl nie erschlossen und wäre vorliegende Arbeit nicht entstanden. Mein herzlicher Dank gilt weiterhin Herrn Prof. Dr. Thomas Würtenberger, bei dem ich als Wissenschaftlicher Assistent die Arbeit beenden konnte und der das Zweitgutachten erstellt hat. Auch ihm verdanke ich wesentliche Anregungen und nachdrückliche Förderung in einer freundlichen und toleranten, stets um die Sache bemühten Atmosphäre, sowie nicht zuletzt eine großzügige Freistellung für die eigene Arbeit. Besonderen Dank möchte ich weiterhin meinen Freunden aussprechen, die das Entstehen der Arbeit begleitet haben. Zuerst ist hier Jochen Wieland zu nennen, der meine Entwürfe als erster und einziger schon im Rohzustand kritisch gegengelesen hat und mir durch ermutigende und weiterführende Hinweise Ruhe und Sicherheit vermittelte, die Arbeit in der eingeschlagenen Richtung zu Ende zu bringen. Namentlich danken möchte ich aber auch Martin Brandt, Christoph Enders, Georg Hermes, Bettina Limperg, Ute Sacksofsky und Bernd Schütze, die zu der Arbeit in intensiven Diskussionen und durch kritische Lektüre erheblich beigetragen haben. Für die Mithilfe bei der Erstellung des Stichwortverzeichnisses danke ich Lutz Siebert; für kurz entschlossene Hilfe bei der technischen Durchführung bin ich Susanne Graf zu Dank verpflichtet. Die Schreibarbeiten wurden äußerst zuverlässig von Frau Margit Lambach, Karlsruhe, durchgeführt. Frau Gudula Diesch, Freiburg, hat die Arbeit zügig in druckfertige Form gebracht.

Zu danken ist schließlich Herrn Prof. Dr. Norbert Simon, der die Arbeit in das Verlagsprogramm aufgenommen hat und es ermöglichte, daß sie – betreut von Frau Heike Frank – innerhalb kürzester Zeit veröffentlicht werden konnte.

Freiburg im Breisgau, den 29. Juli 1996

Johannes Masing

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
-------------------------	----

Teil 1

Die Mobilisierung des Bürgers durch das Europarecht 19

I. Die Einbeziehung des Bürgers in die Verwaltung.....	21
1. Die Kontrolle der Verwaltung durch den Bürger als Teil der Öffentlichkeit	21
a) Die Öffentlichkeitsbeteiligung in der UVP-Richtlinie.....	23
b) Die Öffentlichkeit in der Öko-Audit-Verordnung.....	26
c) Die Umweltinformationsrichtlinie.....	30
2. Die Pflicht zur Verleihung von Individualbefugnissen bei der nationalen Um- setzung von EG-Richtlinien	35
3. Rechtsschutzanforderungen der Gemeinschaft	37
4. Die Mobilisierung des Bürgers durch Ausweitung der Direktwirkung des EG- Rechts.....	42
II. Die Mobilisierung des Bürgers als Prinzip	50

Teil 2

Die Privatbezogenheit der deutschen Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht 55

I. Geschichtliche Grundlagen	56
1. Die Abgrenzung von den jura quaesita	56
2. Die Privatnützigkeit subjektiv-öffentlicher Rechte	62
a) Die Einbindung des subjektiv-öffentlichen Rechts in die moderne Staatlich- keit.....	63
b) Die Beschränkung auf die Geltendmachung individueller Interessen	65
3. Das Problem der staatsbürgerlichen Rechte	73
4. Objektiv-rechtliche Ansätze	77
a) Objektiv-rechtliche Konzeptionen in der Literatur.....	77
b) Die Gesetzgebung in Preußen	80
5. Zusammenfassung und Ausblick auf die französische Rechtsentwicklung: Kraft und Grenze des subjektiv-rechtlichen Konzepts	83
a) Das deutsche Konzept des Individualschutzes gegenüber dem französischen Konzept der Gesetzmäßigkeitskontrolle	83
b) Praxisorientierte Dogmatisierung	88

II. Die Übernahme des subjektiv-öffentliche Rechts als Grundlage des heutigen Verwaltungsrechtsschutzes.....	89
1. Die ausgedehnte Reichweite des modernen Rechtsschutzes	91
a) Die mittelbare Geltendmachung objektiv-rechtlicher Normen	93
b) Erweiterung des Drittschutzes.....	101
c) Fazit: Die Relativierung des subjektiv-rechtlichen Konzepts in der Praxis.....	103
2. Die Individualbezogenheit als unveränderter Kern der Lehre des subjektiv-öffentlichen Rechts.....	105
a) Die Definitionen des subjektiv-öffentlichen Rechts	106
b) Die Schutznormtheorie.....	107
3. Entwicklungen in der rechtswissenschaftlichen Diskussion	111
a) Individualbezogenheit der Kritik an der Schutznormtheorie.....	111
b) Tendenzen zur Selbstauflösung des subjektiv-rechtlichen Konzepts	114
4. Objektiv-rechtliche Ansätze.....	117
a) Objektiv-rechtliche Elemente im deutschen Rechtsschutz	118
b) Die Diskussion um die Verbandsklage.....	121
III. Das subjektiv-öffentliche Recht als Grundlage der Beziehung von Verwaltung und Bürger überhaupt.....	128
1. Das Grundverhältnis von Bürger und Verwaltung	128
a) Der Fundamentalcharakter des subjektiv-rechtlichen Prinzips	128
b) Die subjektiv-rechtlichen Grundstrukturen im Verwaltungsverfahren.....	130
2. Rechte gegenüber der Verwaltung	134
a) Informationsrechte.....	135
b) Mitwirkungsbefugnisse im Vorfeld von Verwaltungsentscheidungen	138
c) Exkurs: Die Drittbezogenheit der Amtspflichtverletzung.....	145
3. Die Grundrechte	148
a) Die Grundrechte als Abwehrrechte.....	148
b) Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte	159
4. Das Petitionsrecht.....	165
a) Der gemeinbezogene Charakter des Petitionsrechts	166
b) Der schwache Inhalt des Petitionsrechts.....	169

Teil 3

Die Herausforderung des Europarechts für das deutsche Verwaltungsrecht

175

I. Konfrontation zweier Modelle	175
1. Die Unvereinbarkeit des europäischen und deutschen Konzepts im theoretischen Ansatz	176
2. Das große Konvergenzpotential in den praktischen Auswirkungen.....	181
a) Rechtsdurchsetzung mittels eigener Rechte.....	181
b) Individueller Rechtsschutz durch objektives Recht.....	184
c) Die formale Bestimmung subjektiver Rechte	185
3. Eine sachliche Herausforderung.....	187
a) Rückwirkungen einer instrumentellen Versubjektivierung	188
b) Der unbewältigte Rückgriff auf das formell bestimmte subjektive Recht.....	189
c) Notwendigkeit einer Revision des subjektiv-öffentlichen Rechts	194

II. Die Mobilisierung des Bürgers vor dem Hintergrund der französischen Rechts- tradition	196
1. Die objektiv-rechtliche Konzeption des Verwaltungsrechtsschutzes in Frank- reich als Ausgangspunkt des europäischen Konzepts	196
2. Die Unterfangenheit des französischen Konzepts durch eine starke Exekutive ..	209
3. Die neue Dimension des Europäischen Modells	215
III. Die Relativierung des subjektiv-rechtlichen Prinzips – Resümee, Perspektiven, Ausblick	218
1. Verlust tradierter GewiBheiten	218
2. Dogmatische Perspektiven	221
a) Offenheit für gemeinbezogene Befugnisse	221
b) Der status procuratoris	225
3. Rechtspolitischer Ausblick: Ein neues Modell?	230
a) Chancen und Gefahren	231
b) Ein erweitertes Blickfeld	238
Literaturverzeichnis	241
Sachverzeichnis	283

Einleitung

Verunsichert sieht sich die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft einer mittlerweile zum Konzept verdichteten Tendenz des Rechts der Europäischen Gemeinschaft gegenüber: Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts. Durch Verleihung individueller Befugnisse werden danach die Bürger befähigt, vor den staatlichen Behörden und Gerichten unmittelbar auf die Beachtung des europäischen Rechts zu pochen, um so dessen Umsetzungsschwächen und Vollzugsdefizite zu mindern. Sie werden dabei weniger als eines Rechtsschutzes bedürftige Privatpersonen verstanden, denn als wirkmächtige Anwälte und Vollstrecker der gemeinschaftlichen Interessen bei der Durchsetzung des Rechts: Die Effektivierung des unter Umsetzungsmängeln leidenden Gemeinschaftsrechts, nicht der Schutz individueller Belange des jeweiligen einzelnen, bestimmt vorrangig die Herleitung und Zielrichtung solcher Befugnisse und ist Motor der Entwicklung.

Im deutschen Schrifttum spürte man schnell, daß das Europarecht hiermit in Spannung zur Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht gerät. Die tieferen Gründe zu erfassen, ist indessen noch nicht gelungen und wurde kaum auch nur unternommen. Man bemerkt, daß das Europarecht eine großzügigere Anerkennung subjektiver Rechte verlange als die Schutznormtheorie, und sieht zum Teil sogar die Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht überhaupt als gefährdet an, bleibt dabei aber, überwiegend auf Ergebnisse in der Praxis fixiert, an der Oberfläche hängen. Vorliegende Arbeit sucht hier tiefer zu greifen und die Auseinandersetzung auf eine grundsätzliche Ebene zu führen. Sie zielt nicht auf praktische Adaptionsprobleme bei der Umsetzung dieses Konzepts, sondern will dahinterliegende Strukturunterschiede offenlegen und diese vor dem historischen Hintergrund des deutschen Verwaltungsrecht verstehen. Erst von hier aus ist es dann möglich, die Entwicklung des Europarechts kritisch zu beurteilen und Perspektiven für eine konstruktive Umsetzung und Aufnahme zu entwerfen.

Gegenstand der Arbeit ist dabei vor allem eine Vergewisserung über die theoretischen Grundlagen der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht. Es gilt insofern, den oft latent bleibenden, aber umso folgenreicheren materiellen Kern der deutschen Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht näher herauszuarbeiten und unter Aufweis seiner geschichtlichen Grundlagen bewußt zu machen. Im

Mittelpunkt steht hierbei die Privatbezogenheit und die damit verbundene Begrenzung des subjektiv-öffentlichen Rechts, die sich als antagonistisches Moment gegenüber der Funktionalisierung des Rechtsschutzes durch das Europarecht erweist: Nach deutschem Verständnis rechtfertigt grundsätzlich nur der Schutz der individuellen Interessen des je einzelnen die Anerkennung subjektiver Rechte. Erwägungen zur allgemeinen Durchsetzung des Rechts werden demgegenüber als Kriterium gerade ausgeschlossen. Erstaunlicherweise ist diese innere Beschränkung der Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht auf den Privatschutz bisher kaum aufgearbeitet. Das subjektiv-öffentliche Recht wird regelmäßig nur unter der Perspektive der schrittweisen Entfaltung der Subjektstellung des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt thematisiert und von daher – insbesondere gerichtet gegen die Schutznormtheorie – zum Teil auch als unzureichend kritisiert, jedoch wird es kaum je auf die beschränkende Kehrseite dieses Ausgangspunkts hin befragt. Daß der Individualschutz nach subjektivrechtlicher Tradition nicht nur ein wichtiges, sondern grundsätzlich auch das *einzig*e Kriterium ist, das subjektive Rechte legitimieren kann, blieb so in seiner Bedeutung noch weitgehend unreflektiert. Gerade hierin liegt jedoch letztlich der materielle Kern der Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht und zeigt sich, daß diese Lehre, weit mehr als ein prozessrechtliches Kriterium zur Realisierung der Subjektstellung des einzelnen, eine grundsätzliche Aussage zu dem Verhältnis von Bürger und Verwaltung bzw. Staat trifft. Zugleich spiegelt sich eben hierin auch eine spezifische deutsche Tradition.

Wenn das Europarecht durch die Funktionalisierung individueller Befugnisse für die Durchsetzung des Gemeinschaftsinteresses hieran rührt, reißt es folglich einen weiten Horizont auf: Das Modell der Mobilisierung des Bürgers für die Effektivierung des Gemeinschaftsrechts verlangt nicht nur nach einer Besinnung auf das Staat-Bürger-Verhältnis im Bereich des Gemeinschaftsrechts und nach Transformation der diesbezüglichen Vorgaben in das deutsche Recht, sondern enthält zugleich eine Anfrage an das deutsche Verwaltungsrecht selbst. Wieweit trägt die Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht mit ihrer Grundbestimmung des Staat-Bürger-Verhältnisses noch? Kann die Mobilisierung des Bürgers als allgemeines Modell für eine effektivere Rechtsdurchsetzung auch in das deutsche Verwaltungsrecht aufgenommen werden?

Die Arbeit gliedert sich in drei Hauptteile. In einem knappen ersten Hauptteil wird die zum Ausgang genommene europarechtliche Entwicklung, Bürger als Sachwalter des Gemeinschaftsrechts zu funktionalisieren bzw. zu mobilisieren, genauer nachgewiesen. Zu zeigen ist, daß hierbei schon das *allgemeine* Interesse an der Effektivität des Gemeinschaftsrechts die treibende Kraft bei der Zuerkennung individueller Befugnisse darstellt und gegenüber dem Anliegen, einzelnen Bürgern den Schutz ihrer Individualbelange zu gewährleisten, verselbständigt ist. Die hierbei in den Blick zu nehmenden Bereiche liegen

dabei dogmatisch freilich auf ganz verschiedenen Ebenen und sind für sich betrachtet politisch wie rechtlich von je eigenen Problemlagen dirigiert. Eine Würdigung dieser verschiedenen Rechtskomplexe als solcher ist vorliegend weder möglich noch sinnvoll. Der Analyse geht es allein darum zu zeigen, welche Funktion im Europarecht den Individualbefugnissen beigemessen wird und welche Vorstellung von der Stellung des Bürgers gegenüber der Exekutive sich hierin verbirgt. Diesbezüglich aber macht gerade der Querschnitt durch die verschiedenen Bereiche in einer über die gängigen Darstellungen hinausgehenden Weise erkennbar, daß sich die verschiedenen Einzelaspekte zu einer kohärenten und als Konzept zu begreifenden Entwicklung zusammenfügen.

Der zweite Hauptteil wendet sich der deutschen Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht zu. Die zentrale Fragestellung gilt dabei, wie dargelegt, deren Individualbezogenheit, mit der sie einen vom Europarecht grundsätzlich verschiedenen Ausgangspunkt im Verständnis individueller Befugnisse bezieht. Ein wesentlicher Schwerpunkt der Untersuchung liegt hier zunächst darin, die – trotz zahlreicher historischer Abrisse bisher noch nicht herausgearbeitete – Bedeutung der prinzipiellen Individualbezogenheit unter den geschichtlichen Bedingungen des deutschen Konstitutionalismus zu verstehen (I.). Mit ihr nämlich fügte man das subjektiv-öffentliche Recht, wie zu zeigen sein wird, in das konstitutionelle Schisma von Krone und Bürgertum paßgerecht ein: Die Bürger beanspruchten nur die Sicherheit ihrer individuellen Sphäre, während die Realisierung der öffentlichen Interessen demgegenüber als Sache allein der Exekutive und damit der Krone hingestellt werden konnte, die die Bürger nichts anzugehen hatte. Eine Grundstruktur des 19. Jahrhunderts gerann so zu verwaltungsrechtlicher Dogmatik. Unabweislich war damit der Individualbezug auch mehr als ein rechtspraktisches Kriterium für die Einforderbarkeit von Gesetzen, sondern bildete den substantiellen Kern der Figur des subjektiv-öffentlichem Rechts, die mithin auch für den Gesetzgeber als maßgeblich angesehen wurde. Die ihr zugrundeliegende Grundbestimmung zum Staat-Bürger-Verhältnis schloß gerade eine Anerkennung des Bürgers als Anwalt des Rechts gezielt aus.

Im Anschluß an diese historischen Darlegungen ist in knapper Form aufzuzeigen, daß dieses Grundverständnis bis heute die Dogmatik des subjektiv-öffentlichem Rechts prägt und ein zwar weithin nicht voll bewußtes, aber in den Emanationen doch bestimmendes Begriffselement geblieben ist (II.). Trotz erheblicher Weiterungen in praktischer Hinsicht wird bis heute – und zwar ganz überwiegend auch in der gegenüber der Rechtsprechung oft kritischen Literatur – allein der Individualschutz als legitimes Kriterium subjektiver Rechte angesehen und die allgemeine Funktion der Rechtsverwirklichung als verbotene, zumindest aber irrelevante Perspektive ausgeschlossen. Daß sich hierbei freilich auch Brüche ergeben, kann nicht verwundern. Auch sie sind