

HANS HEINRICH RUPP

# Freiheit – Organisation – Verwaltung

Herausgegeben von  
ANDREAS FUNKE

---

**Mohr Siebeck**

*Hans Heinrich Rupp*

Freiheit – Organisation – Verwaltung





Hans Heinrich Rupp

Freiheit –  
Organisation –  
Verwaltung

Ausgewählte Schriften  
zum Staats- und Verwaltungsrecht

Herausgegeben von  
Andreas Funke

Mohr Siebeck

*Andreas Funke* ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.  
orcid.org/0000-0002-8895-6802

ISBN 978-3-16-163290-7 / eISBN 978-3-16-163291-4  
DOI 10.1628/978-3-16-163291-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Garamond gesetzt, in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

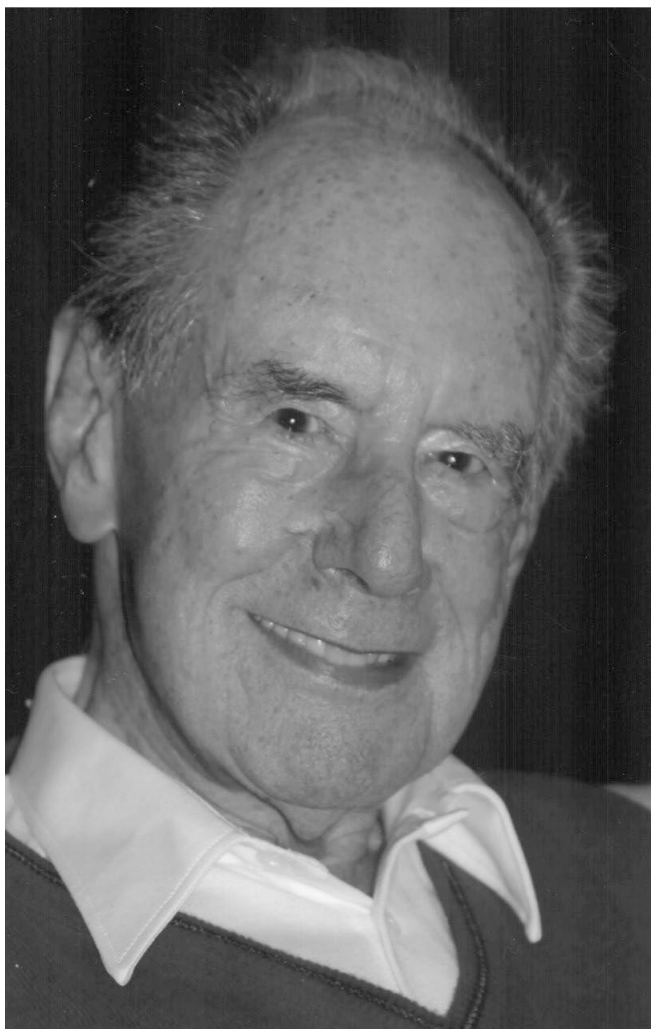
## Vorwort

Im April 2020 schrieb ich einen Brief an Hans Heinrich Rupp. Darin schlug ich ihm vor, eine Auswahl seiner Schriften zu veröffentlichen. Wie ich erst später erfuhr, verstarb er gerade an dem Tag, an dem ich den Brief in die Post gab. Glücklicherweise hat seine Familie zügig und unkompliziert ihre Unterstützung des Projekts bekundet. Hierfür danke ich ihr herzlich, insbesondere Privatdozent Dr. K. Dieter Rupp.

Für die mühsame Zusammenstellung und Aufbereitung der Schriften sowie für die Erstellung der Bibliographie gebührt mein Dank den studentischen Hilfskräften meines Lehrstuhls Lara Zorn, Moritz Beck, Eveline Steiger und Markus Trost. Sie haben mit ihrem unermüdlichen Einsatz maßgeblich zum Gelingen des Projekts beigetragen.

Über die Beweggründe, die Edition in Angriff zu nehmen, gibt die Einführung näher Auskunft. Die Originale wurden im Grundsatz ohne Korrekturen übernommen, abgesehen von einigen offensichtlichen Fehlern. Im Interesse eines harmonischen Erscheinungsbildes des Bandes erfolgte eine behutsame redaktionelle Vereinheitlichung, etwa bei der Zeichensetzung in den Fußnoten und bei der Verwendung von Abkürzungen. Stilistische Eigenheiten Rupps bei der Kommasetzung wurden beibehalten, auch wenn sie nicht den Regeln entsprechen. Anmerkungen von mir sind als „Anm. d. Hrsg.“ gekennzeichnet.

*Andreas Funke*



Hans Heinrich Rupp  
(1926–2020)  
(Foto: Familie Rupp)

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Einführung: Der Staats- und Verwaltungsrechtler Hans Heinrich Rupp ( <i>Andreas Funke</i> ) . . . . .	XI
1. Teil: Grundrechte . . . . .	1
1. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz – eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG? (1966) . . . . .	3
2. Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1967) . . . . .	11
3. Verfassungsrecht und Kartelle (1968) . . . . .	39
4. Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes (1971) . . . . .	58
5. Grundrechtlicher Freiheitsstatus und ungesetzlicher Zwang. Anmerkungen zum Aufsatz Schwabe in DÖV 1973, 623 ff. (1974) . . . . .	69
6. Vom Wandel der Grundrechte (1976) . . . . .	75
7. Grundrechte (1981) . . . . .	113
8. „Dienende“ Grundrechte, „Bürgergesellschaft“, „Drittwirkung“ und „soziale Interdependenz“ der Grundrechte (2001) . . . . .	144
9. Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz (2005) . . . . .	161
10. Einteilung und Gewichtung der Grundrechte (2006) . . . . .	169
2. Teil: Demokratie, Rechtsstaat, Bundesstaat . . . . .	193
11. Demokratie und Selbstverwaltung. Ein Diskussionsbeitrag zum Selbstverwaltungsrecht der Sozialversicherungsträger (1959) . . . . .	195
12. Die Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes und die Entscheidungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts – BVerfG, NJW 1963, 947, 1243, 1600 (1963) . . . . .	202
13. Freiheit und Partizipation (1972) . . . . .	213
14. Die Bindung des Richters an das Gesetz. Zu Theorie und Praxis der Rechtsanwendung (1973) . . . . .	228



15. Wandlungen im Rechtsprechungsstil des Bundesverfassungsgerichts (1976) . . . . .	240
16. Zweikammersystem und Bundesverfassungsgericht. Bemerkungen zu einem verfassungspolitischen Reformvorschlag F. A. von Hayeks (1979) . . . . .	248
17. Bemerkungen zur neueren Diskussion über den bundesdeutschen Föderalismus (1984) . . . . .	259
18. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (2004) . . . . .	267
3. Teil: Verwaltungsrecht . . . . .	319
19. Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt. Eine Untersuchung zur prozeßrechtlichen Behandlung des schlichten Verwaltungshandelns insbesondere im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge (1958) . . . . .	321
20. Der Zeitpunkt der Beurteilung eines Verwaltungsaktes bei der Aufhebungsklage und Vornahmeklage. Anmerkung zu BSG, Urt. v. 28.3.1958, 6 RKa 1/58 (1959) . . . . .	340
21. Verwaltungsakt und Vertragsakt. Eine Darstellung der Probleme an Hand des Vertragssystems der Sozialversicherung, insbesondere des Ersatzkassenrechts (1959) . . . . .	349
22. Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme (1960) . . . . .	364
23. Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen (1961) . . . . .	440
24. Der Schadensersatz- und Regreßanspruch des Dienstherrn im „besonderen Gewaltverhältnis“ und seine Durchsetzung – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt – (1963) . . . . .	446
25. Kommentare zur Verwaltungsgerichtsordnung (1963) . . . . .	458
26. Der maßgebende Zeitpunkt für die Rechtfertigung des Verwaltungsakts. Zugleich eine Studie zum Begriff der Rechtswidrigkeit (1965) . . . . .	474
27. Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen. Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht (1968) . . . . .	496
28. Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit (1969) . . . . .	505
29. Ministerial-Erlasse – Ausdruck originärer Rechtsetzung der Exekutive? (1970) . . . . .	519
30. Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten (1970)	524
31. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung (1971) . . . . .	531
32. Popularklage im Umweltschutzrecht? (1972) . . . . .	544

33. Die „Verwaltungsvorschriften“ im grundgesetzlichen Normensystem. Zum Wandel einer verfassungsrechtlichen Institution (1975) . . . . .	552
34. Verwaltungsrecht Allgemeine Lehren (1978) . . . . .	572
35. Der verwaltungsrechtliche (Folgen-)Beseitigungsanspruch (1979) . .	584
36. Kritische Bemerkungen zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß (1982) . . . . .	599
37. Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt (1984) . .	608
38. „Ermessen“, „unbestimmter Rechtsbegriff“ und kein Ende (1987) . .	625
39. Unsicherheiten zum Thema des subjektiven öffentlichen Rechts (2004) . . . . .	637
 4. Teil: Europarecht . . . . .	 649
40. Die Grundrechte und das Europäische Gemeinschaftsrecht (1970) . .	651
41. Nationaler Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften (1978) . . . . .	666
42. Verfassungsprobleme auf dem Weg zur Europäischen Union (1990)	679
43. Europäische „Verfassung“ und demokratische Legitimation (1995)	687
 5. Teil: Persönliches . . . . .	 695
44. Abschied von Tübingen und Marburg – gemeinsame Erinnerungen (2001) . . . . .	697
45. Bemerkungen zur Entwicklung der deutschen Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts unmittelbar nach 1946 (2017) . . . . .	708
 Drucknachweise . . . . .	 715
Verzeichnis der Schriften von Hans Heinrich Rupp . . . . .	719
Sachregister . . . . .	737



## Einführung:

Der Staats- und Verwaltungsrechtler Hans Heinrich Rupp

*Andreas Funke*

### I.

Wissenschaft ist erbarmungslos. Der Drang nach neuen Erkenntnissen ist für sie konstitutiv, und alles, was dem Finden des Neuen nicht dient, wird aussortiert. Anders geht es nicht. Deshalb ist es das Erinnern, das der Rechtfertigung bedarf, nicht das Vergessen.<sup>1</sup> Selbst Werke, die den Zeitgenossen noch groß und prägend erscheinen, verblassen schnell. Gerade in der Rechtswissenschaft: Sorgt hier doch schon die Dynamik des Gegenstands, also des Rechts, dafür, dass die wissenschaftliche Produktion in der Regel nur von kurzer Haltbarkeit ist. Man liest die alten Texte einfach nicht mehr. Anders geht es nur den Klassikern. Denn diese gibt es, bei aller Flüchtigkeit der rechtswissenschaftlichen Arbeit. So manche Schrift, gelegentlich ein ganzes Oeuvre, entwickelt sich auch in der Jurisprudenz zu einem bleibenden Haltepunkt im Fluss der Diskurse. Um im Horizont des öffentlichen Rechts zu bleiben: Die Namen Paul Laband und Carl Friedrich Gerber, Hugo Preuß und Otto Gierke, Georg Jellinek und Otto Mayer, Hans Kelsen und Carl Schmitt, Gerhard Anschütz und Richard Thoma sagen uns auf die eine oder andere Weise auch heute noch etwas. Und sei es, weil man ihre Arbeiten mit Gewinn kritisieren kann.

Warum nun also Hans Heinrich Rupp? Um es auf den Punkt zu bringen: Weil viele seiner Texte es nach der Auffassung des Herausgebers nach wie vor verdienen, gelesen zu werden. *Ein* Werk, das als Klassiker gelten kann, hat Rupp unzweifelhaft ohnehin verfasst: seine Monographie „Grundfragen der Verwaltungsrechtslehre“. Sie wurde als Habilitationsschrift in den Jahren 1961/1962 abgeschlossen, erschien im Jahr 1965 in erster Auflage und im Jahr 1991 in zweiter, um einen Abschnitt erweiterter Auflage. Die Schrift gilt nicht nur – neben Dietrich Jeschs „Gesetz und Verwaltung“ (1961) – als eines der prägenden Werke der neu ansetzenden Verwaltungsrechtswissenschaft der frühen Bundesrepublik,<sup>2</sup> sondern ist

---

<sup>1</sup> Siehe *Nikolaus Marsch/Laura Münkler/Thomas Wischmeyer* (Hrsg.), *Apokryphe Schriften*, Tübingen 2019.

<sup>2</sup> Vgl. *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4. *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945–1990*, München 2012, S. 249.

bis heute eine Referenz für viele Einzelfragen der verwaltungsrechtlichen Dogmatik.<sup>3</sup> Dies ist ohne Zweifel auch dem Umstand geschuldet, dass Rupp gerade die Grundlagen eines rechtsstaatlich-demokratischen Verwaltungsrechts zu bestimmen suchte. Die Arbeit musste eine gewisse Abstraktionshöhe einnehmen, weshalb ihre Aussagen in Distanz zum zeitbedingten Detail des positiven Rechts stehen und auch noch Jahre später auf Resonanz stoßen konnten. Aber wen der Gedankenreichtum dieser Arbeit neugierig auf die Vertiefung von Einzelfragen oder auf andere Arbeiten dieses Autors – sei es zum Staatsrecht, sei es zum Verwaltungsrecht – macht, der muss sich auf teilweise mühsame Recherchen begeben. Viele Ideen, die im thematischen Umkreis dieser Schrift angesiedelt sind, wurden nur sehr verstreut in zahlreichen Aufsätzen veröffentlicht. Diese Lücke soll mit der vorliegenden Edition geschlossen werden.

## II.

Die 45 Aufsätze geben einen Überblick über das Schaffen Rupps. Die äußere Aufteilung der Edition – (1) Grundrechte, (2) Demokratie, Rechtsstaat, Bundesstaat, (3) Verwaltungsrecht, (4) Europarecht, (5) Persönliches – soll Orientierung geben und die wichtigsten thematischen Akzentuierungen des Werks widerspiegeln. Die Beiträge hängen gleichwohl innerlich eng zusammen. Der Zusammenhang muss meines Erachtens gerade in bestimmten Überzeugungen gesehen werden, die Rupp zur Bedeutung der Grundrechte für die individuelle Freiheit wie auch für die gesellschaftliche Ordnungsbildung entwickelt hatte. Aus diesem Grund stehen diese Arbeiten am Anfang der Edition.

Es wurden für die Edition sowohl die großen Archivaufsätze und Handbuchbeiträge wie auch kleinere Gelegenheitsarbeiten ausgewählt. Die Gründe für die Auswahl sind unterschiedlich. Manche Aufsätze haben sich als einflussreich in bestimmten Debatten gezeigt und wurden (bzw. werden) häufig zitiert, etwa „Vom Wandel der Grundrechte“, „Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft“ oder „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“. Manche durchaus grundlegende Beiträge finden sich nur an entlegenen Stellen („Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren“, „Grundrechte“). Andere, kleine Arbeiten helfen nicht nur, anhand des Details und des Beispiels die leitenden Ideen besser zu verstehen; manche Themen hat Rupp nur in der Form der situativen Gelegenheitsarbeit behandelt. Weil sich Rupp beispielsweise mit dem verwaltungsrechtlichen Organstreit, einem nicht

---

<sup>3</sup> Weshalb es nicht erklärlich ist, warum sie in dem eigentlich sehr gründlichen Überblick bei *Christian Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 73, fehlt.

unwichtigen Thema des Verwaltungsrechts, außerhalb der „Grundfragen“<sup>4</sup> nicht im Rahmen einer systematischen Abhandlung beschäftigt hat, wurde für die Edition hierfür eine Rezension ausgewählt.<sup>5</sup> Die Auswahl orientiert sich nicht in erster Linie daran, solche Arbeiten aufzunehmen, die heute (noch) Bestand haben. Es soll vor allem ermöglicht werden, Entwicklungen in den staats- und verwaltungsrechtlichen Diskussionen nachzuvollziehen, die sich in einem Zeitraum von nahezu 50 Jahren vollzogen haben. Rupp war ein sehr produktiver und breit rezipierter Staats- und Verwaltungsrechtler.<sup>6</sup> Sofern er Auffassungen entwickelte, die später zur „herrschenden Meinung“ wurden, kann bei der Lektüre der Arbeiten noch einmal die argumentative Rechtfertigung jener Auffassungen nachvollzogen werden. Anderes, das nicht auf breite Zustimmung stieß, lässt sich als fruchtbare Kritik lesen.

Die Edition konzentriert sich auf das Staatsrecht und das allgemeine Verwaltungsrecht sowie das Verwaltungsprozessrecht. Die zahlreichen Arbeiten Rupp zum Wirtschaftsverwaltungsrecht, zum Hochschulrecht, zum Beamtenrecht usw. wurden weitgehend ausgelassen. Wer hier Vertiefung sucht, sei auf die Bibliographie verwiesen, die mit ihren 342 Positionen die Breite des Schaffens Rupp verdeutlicht.

### III.

Die genannten grundrechtstheoretischen sowie grundrechtsdogmatischen Überzeugungen Rupp können an dieser Stelle nur grob skizziert werden. Sie haben eine inhaltliche und eine methodische Seite.

1. Die inhaltliche Seite betrifft das Verständnis der Grundrechte. Rupp legt dabei den Schwerpunkt auf die Freiheitsrechte, ohne Gleichheitsrechte auszublenken.<sup>7</sup> Freiheitsrechte haben für Rupp eine doppelte Funktion. Sie begründen zum einen einen Status, der mit Abwehransprüchen bewehrt ist, zum ande-

---

<sup>4</sup> Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl., Tübingen 1991, S. 99f.

<sup>5</sup> Siehe in diesem Band „Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten“, S. 524. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch Rupp's hartnäckiges Verfolgen eines langjährigen Verfahrens, in dem die Staatsanwaltschaft gegen den Bundesminister der Finanzen auf Benennung eines Informanten klagte, siehe die Anmerkungen in JZ 1958, S. 756; JZ 1960, S. 66f.; JZ 1966, S. 34f.

<sup>6</sup> Merkwürdig ist nur, dass Rupp, abgesehen von einer Rezension, bei aller Breite seiner Publikationen in der angesehenen Archivzeitschrift „Der Staat“ nicht veröffentlichte. Das kann Zufall sein, hängt aber vielleicht doch mit einer gewissen inhaltlichen Distanz gegenüber diesem aus der Carl-Schmitt-Schule kommenden Organ ab. Schmitt spielt für Rupp in theoretischer Hinsicht jedenfalls keine erkennbare Rolle.

<sup>7</sup> Aber auch die Gleichheitsrechte: Hans Heinrich Rupp, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, 1976, S. 364.

ren sind sie objektive Prinzipien. Die Abwehrfunktion wirkt unmittelbar allerdings nur gegenüber dem Gesetzgeber, verstanden als Freiheit von verfassungswidrigem Zwang.<sup>8</sup> Im Verhältnis des Einzelnen zur Verwaltung wirken die Grundrechte in Vermittlung über das Verwaltungsgesetz. Hierbei nimmt Rupp keine besondere Originalität in Anspruch, sondern versucht, die Statuslehre Georg Jellineks<sup>9</sup> konsequent auf das Verwaltungsrecht anzuwenden. Das objektive Prinzip der Gesetzmäßigkeit soll so interpretiert werden, dass es die Grundlage von Rechten und Pflichten im Verhältnis des Einzelnen zur Verwaltung darstellt.<sup>10</sup> Der *status* des Einzelnen gegenüber der Verwaltung besteht in der Freiheit von ungesetzlichem Zwang. Die Grundrechte wirken insofern nur mittelbar, nämlich in erster Linie als Prinzipien, die die Auslegung des Verwaltungsgesetzes leiten.<sup>11</sup>

Als objektive Prinzipien verbürgen die Grundrechte nach Rupp bestimmte soziale Lebensbereiche – Institutionen also. Die Überlegungen setzen schon in den 1960er Jahren ein.<sup>12</sup> Die institutionelle Grundrechtsauffassung Peter Häberles scheint dabei ein wichtiger Einfluss gewesen zu sein, aber keineswegs der einzige. So verweist Rupp auf das angelsächsische Grundrechtsverständnis,<sup>13</sup> womit er insbesondere die häufiger von ihm in Bezug genommene Freiheitskonzeption John Lockes meint. Eine institutionelle Deutung ist keineswegs nur bei der Eigentumsgarantie oder der Freiheit von Forschung und Lehre naheliegend, sondern für jedes Freiheitsrecht: Grundrechte sind, wie es in dem wichtigen Aufsatz „Zum Wandel der Grundrechte“ heißt, nicht „verstreute Individualreservate“,<sup>14</sup> sondern „freiheitlich geordnete Teilsysteme, Normenkom-

<sup>8</sup> Vgl. in diesem Band „Grundrechtlicher Freiheitsstatus und ungesetzlicher Zwang“, S. 71.

<sup>9</sup> Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.

<sup>10</sup> Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 112. Eingehend zur verwaltungsrechtlichen Konzeption Rupp's Andreas Funke, Ein Außenseiter, mittendrin, in: Carsten Kremer (Hrsg.), Die Verwaltungswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977), Tübingen 2017, S. 305.

<sup>11</sup> Vgl. Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 264 ff., 272. Klarstellend „Grundrechtlicher Freiheitsstatus und ungesetzlicher Zwang“, in diesem Band, S. 70. Ähnlich die Konzeption einer „norminternen“ Wirkung der Grundrechte, siehe Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand: Sept. 2022, Art. 19 Abs. 4 Rn. 123; im Ergebnis auch Thomas Groß, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, DV 43 (2010), S. 349 (352 f.).

<sup>12</sup> Siehe in diesem Band „Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, S. 11. Weiter Hans Heinrich Rupp, Beweisverbote im Strafprozeß in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Nürnberg 1966, Band I, Teil 3 A, München Berlin 1966, S. 165 (185 ff.), u. a. in Anknüpfung an Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962.

<sup>13</sup> In diesem Band „Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, S. 22.

<sup>14</sup> In diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 86. Die Wendung verwendete Rupp häufiger, siehe etwa in diesem Band „Verfassungsrecht und Kartelle“, S. 56. Die grundrechts-

plexe, die als institutionelle Grundelemente und Bausteine den Makro-Organismus der objektiven Gesamtrechtsordnung zu einer Verfassung der Freiheit werden lassen“.<sup>15</sup> Grundrechte werden damit zu „Organisationsmaximen“.<sup>16</sup>

Was das heißt, lässt sich anhand des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft veranschaulichen. Die Rolle des Staates bei der Steuerung der Wirtschaft beurteilt Rupp aus der institutionalistischen Perspektive. Das Kartellrecht, bis heute von der Wissenschaft des öffentlichen Rechts vernachlässigt, sucht er früh verfassungsrechtlich an- und einzubinden.<sup>17</sup> Wirtschaftlichen Wettbewerb deutet Rupp als eine Einrichtung, die ihren Bestand bestimmten gesellschaftlichen Funktionen verdankt, die sie für die freiheitliche Gesellschaft erfüllt. Wettbewerbsbeschränkende Abreden sind hingegen gar nicht freiheitsrechtlich geschützt; ihre Zulassung bedarf „einer besonderen Gemeinwohlbegründung“.<sup>18</sup> In der kleinen Monographie „Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung“ (1974), die wegen ihres Umfangs nicht mit in diese Edition aufgenommen wurde, überschreitet Rupp einmal mehr den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ausgangspunkt dieser Überlegungen: „Allein aus der Sicht des Individuums und des einklagbaren Schutzes seiner personalen Freiheit lässt sich noch kein Ordnungssystem gewinnen, dass nicht nur die Freiheit aller in ein operationales Konzept bringt, sondern die Voraussetzungen dafür bietet, dass sich die Summe aller Freiheiten auch entfalten kann, und zwar zum Wohl des ganzen Gemeinwesens.“<sup>19</sup> Die – normativ gesehen: individuelle – Freiheit stiftet also in der gesellschaftlichen Wirklichkeit eine Interdependenz, in der der Mitbürger nicht mehr „potentieller Grundrechtsfeind“, sondern „Nutznießer der Freiheit des anderen“ ist.<sup>20</sup> Diese Gegenseitigkeit lässt sich als soziale Ordnung erfassen, die ihrerseits bzw. als solche nicht mehr auf individuelle Positionen reduziert werden kann. Dass sich aus dieser Perspektive nicht messerscharfe Konklusionen ziehen lassen, dürfte gerade Rupp, der stets die Fehlbarkeit juristischer Urteile hervorgehoben hat, klar gewesen sein. Wenn er also im Falle der unternehmerischen Mitbestimmung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft meint, diese Mitbestimmung komme einer Sozialisierung gleich, die nur unter den Voraussetzungen des Art. 15 GG, nicht aber Art. 14 Abs. 1, 2 GG

---

theoretischen Erwägungen Rupps wurden etwa bei *Ulrich K. Preuß*, Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts, Frankfurt am Main 1979, aufgegriffen. Parallelen finden sich in der Vorstellung inpersonalen Grundrechte bei *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes (1975), in: Helmut Ridder, Gesammelte Schriften, hrsg. v. Dieter Deiseroth/Helmut Ridder/Peter Derleder/Christoph Koch/Frank-Walter Steinmeier, Baden-Baden 2010, S. 7 (105 ff.).

<sup>15</sup> In diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 85.

<sup>16</sup> Siehe in diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, Überschrift S. 99.

<sup>17</sup> Siehe in diesem Band „Verfassung und Kartelle“, S. 39.

<sup>18</sup> In diesem Band, „Verfassungsrecht und Kartelle“, S. 57.

<sup>19</sup> *Hans Heinrich Rupp*, Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“, Tübingen 1974, S. 10.

<sup>20</sup> *Rupp*, Grundgesetz (Fn. 19), S. 15.



zulässig sei,<sup>21</sup> dann handelt es sich nicht nur um eine juristische Interpretation des Art. 15 GG als Sozialisierungsverbot. Rupp betrachtet das Unternehmen allein unter dem Gesichtspunkt der unternehmerischen Freiheit der Anteilseigner, und blendet aus, dass diese Freiheit mit der Arbeitnehmerseite verwoben ist, die eine Arbeitsleistung erbringt.<sup>22</sup> Seine Grundrechtstheorie hätte es möglich gemacht, diesem Aspekt mehr Geltung zu verschaffen. Dass Rupp dies nicht getan hat, lässt vielleicht eine gewisse liberalistische Grundhaltung erkennen, die sich juristisch nicht mehr einfangen lässt. Das Problem hat Rupp weiter beschäftigt und er hat sich bemüht, es in den größeren Kontext einer grundrechtlichen Durchdringung der Binnenorganisation privater Vereinigungen zu stellen.<sup>23</sup>

Im gesellschaftlichen Wettbewerb wird also Ordnung durch Freiheit hergestellt. Die Parallelen zu ordoliberalen Wirtschaftsmodellen liegen auf der Hand, und Rupp ist sich dessen bewusst. „Der Mensch ist nicht nur homo politicus, sondern auch homo oeconomicus.“<sup>24</sup> Doch erweitert er das Modell vorsichtig über den Bereich der Wirtschaft hinaus: Aus der institutionalistischen Sicht auf die Grundrechte ergeben sich Konsequenzen für die Betrachtung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft im Allgemeinen. Auf die „spontane Ordnung“ – das klassische Modell Friedrich Hayeks – kommt Rupp regelmäßig zurück; er sieht das Modell als übergreifend an. Gesellschaftliche Ordnungsbildung vollzieht sich zwar in Freiheit, ist aber keine reine gesellschaftliche Veranstaltung, sondern wird gerade durch die staatliche Verfassung bewirkt.<sup>25</sup> Dabei ist der Staat nicht etwa ein „Gegenüber“ der Gesellschaft, sondern ein bestimmter Funktionsbereich menschlichen Handelns, der durch Rollendifferenzierung erklärbar ist.<sup>26</sup> Statt aber in den Zwang zu verfallen, die eine Grundrechtsfunktion zu Lasten der anderen zu priorisieren,<sup>27</sup> möchte Rupp dem Gesetzgeber die entsprechende Gestaltung überlassen.<sup>28</sup> Auch das selten vertieft behandelte Problem der Grundrechtsverwirkung beurteilt Rupp aus

<sup>21</sup> Rupp, Grundgesetz (Fn. 19), S. 22 ff.

<sup>22</sup> So mit einiger Berechtigung BVerfGE 50, 290 (349).

<sup>23</sup> In diesem Band: „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 104 ff.; weiter *Hans Heinrich Rupp*, Zur organisations- und verfahrensnormierenden Kraft der Grundrechte, in: Herbert Schambeck/Klaus Stern/Hans-Detlef Horn (Hrsg.), *Recht im Pluralismus*, Berlin 2016, S. 307.

<sup>24</sup> In diesem Band „Verfassungsrecht und Kartelle“, S. 46.

<sup>25</sup> In diesem Band „Freiheit und Partizipation“, S. 221 ff.; „Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft“, S. 290 ff.

<sup>26</sup> „Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft“, S. 279.

<sup>27</sup> So ist in der institutionellen Grundrechtskonzeption bei *Henning Zwierner*, Die politische Treuepflicht des Beamten (1956), Baden-Baden 1987, S. 181 ff., die individuelle Abwehrfunktion nur noch eine Folge des grundrechtlichen Schutzes von Institutionen, der umgekehrte Ansatz bei *Jan Henrik Klement*, Wettbewerbsfreiheit. Bausteine einer europäischen Grundrechtstheorie, Tübingen 2015.

<sup>28</sup> In diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 87; im europäischen Kontext in diesem Band „Die Grundrechte und das europäische Gemeinschaftsrecht“, S. 660 f.

der objektiv-rechtlichen Perspektive.<sup>29</sup> Da die Grundrechte das einfache Recht durchdringen, bleibt nach seiner Analyse eine konkret verhängte Grundrechtsverwirkung weitgehend folgenlos, solange nicht der – kraft des objektiv-rechtlich geltenden Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung notwendig einzuschaltende – Gesetzgeber ein Sonderrechtsregime geschaffen hat. Letztlich belässt Rupp das Verhältnis von individueller und institutioneller Betrachtung in seinen Arbeiten in der Schwebe – vielleicht sieht er hier eine Dialektik am Werk, die sich nicht aufheben lässt.

Rein staatsorganisationsrechtlichen Fragen hat Rupp im Vergleich zu den Grundrechten weniger Aufmerksamkeit zuteil werden lassen. Die Demokratie erschließt Rupp vornehmlich aus organisationsrechtlicher Perspektive, wie schon die Dissertation zur funktionalen Selbstverwaltung zeigt.<sup>30</sup> Auch für das Staatsorganisationsrecht mobilisiert Rupp den Wettbewerbsgedanken. Originell sind in diesem Zusammenhang etwa seine Überlegungen zu einem Umbau des Parlaments, die von Hayek inspiriert sind.<sup>31</sup> Ähnliches gilt für seine Deutungen des Bundesstaatsprinzips und dessen Verfassungspraxis.<sup>32</sup> Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts würdigt Rupp auch – vergleichsweise früh – unter dem Aspekt des Stils.<sup>33</sup>

2. Die methodische Seite der grundrechtsdogmatischen Überzeugungen Rupp's wird getragen von einer spezifisch wirklichkeitsbezogenen Betrachtung. Die Überlegungen zum Anteilseigentum haben dies schon erkennen lassen. Am ausführlichsten sind hierzu die systematischen Darlegungen in dem schon erwähnten Aufsatz zum „Wandel der Grundrechte“. Rupp nimmt einen „Bedingungszusammenhang“ zwischen Norm und Wirklichkeit an, der sich dem Anspruch des Rechts verdankt, menschliches Verhalten zu steuern. Freiheits-sicherung, die den Sinn der Grundrechte ausmacht, stellt sich dementsprechend, nimmt man die von ihnen geordneten Lebensbereich in den Blick, als ein „Organisationsproblem“ dar.<sup>34</sup> Grundrechte sind dementsprechend, wie schon erwähnt, Organisationsmaximen. Es kann vermutet werden, dass sich nicht nur die institutionalistische Grundrechtsauffassung, sondern durchaus auch die auf

---

<sup>29</sup> Hans Heinrich Rupp, Bemerkungen zur Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG), in: Hans Hablitzel/Michael Wollenschläger (Hrsg.), Recht und Staat, Bd. 2, Berlin 1972, S. 653.

<sup>30</sup> Hans Heinrich Rupp, Die ärztlichen Berufskörperschaften, Diss. 1953; siehe zudem in diesem Band „Demokratie und Selbstverwaltung“, S. 195; weiter „Freiheit und Partizipation“, S. 216 ff.

<sup>31</sup> In diesem Band „Zweikammersystem und Bundesverfassungsgericht“, S. 213.

<sup>32</sup> In diesem Band „Bemerkungen zur neueren Diskussion über den bundesdeutschen Föderalismus“, S. 248.

<sup>33</sup> In diesem Band „Wandlungen im Rechtsprechungsstil des Bundesverfassungsgerichts“, S. 240. Siehe dazu etwa Oliver Lepsius, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159 ff.

<sup>34</sup> In diesem Band „Vom Wandel der Grundrechte“, S. 78.

Jellinek stützende Deutung des Abwehrstatus einer solchen „realistischen“ Betrachtung verdankt: Denn das gesetzliche Eingriffsverbot für die Verwaltung konstituiert nun einmal gerade faktisch jenen Freiheitsraum, dessen Bestehen mit dem Begriff des Status abgedeckt bzw. erfasst wird.

Die Verknüpfung des Steuerungsanspruchs des Rechts mit einer wirklichkeitsbezogenen Betrachtung setzt sich im Übrigen fort bis in das verwaltungsrechtliche Detail, etwa wenn Rupp die Frage des Zeitpunktes für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts daran festmacht, dass der Akt als raum-zeitliches Ereignis nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (wobei diese Aussage zugleich geprägt ist durch ein rechtsstaatliches Verständnis der Funktion von Handlungsnormen).<sup>35</sup>

In methodischer Hinsicht bedürfen ansonsten zwei Konstanten im Werk Rupp der Erwähnung. Zum einen ist dies die historische Kontextualisierung, die Rupp immer wieder einsetzt, auch als stilistisches Mittel. Sie leitet viele Arbeiten ein und bestimmt den Kerngedanken der „Grundfragen“. Sicherlich war der von Rupp als „Freund und Vorkämpfer“<sup>36</sup> gewürdigte Dietrich Jesch mit seiner auch historisch ansetzenden Arbeit zum Gesetzesvorbehalt ein Vorbild,<sup>37</sup> aber er war nicht das einzige.<sup>38</sup> Leitend ist für Rupp die Frage, inwiefern die Interpretation der vom Grundgesetz aufgenommenen verfassungsrechtlichen Prinzipien noch durch die monarchische Verfassungsstruktur des 19. Jahrhunderts geprägt ist. Nur wenn hierüber Klarheit besteht, ist es möglich, diese Prinzipien als Elemente der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassungsstruktur des Grundgesetzes richtig zu erfassen. Bei aller emphatischen Bejahung des Grundgesetzes sind Rupp, Jesch und andere dabei keine Verfassungspositivisten. Was Rechtsstaat, Demokratie und Republik bedeuten, kann nicht einfach aus dem Grundgesetz abgelesen werden. Aus ihrer Perspektive fügt sich das Grundgesetz in die Tradition des politischen Liberalismus ein, und deshalb muss es unter Rückgriff auf diese Ideenwelt interpretiert werden.

Die andere methodologische Konstante Rupp ist eine unbefangene und undogmatische Orientierung am Normativismus der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens und Adolf Merkl's. Für die damalige Zeit war dies durchaus bemerkenswert, weil die Reine Rechtslehre als formalistischer Rechtspositivismus verrufen war.<sup>39</sup> Dabei ist Rupp kein dogmatischer Kelsenianer. Manche Aspekte der

<sup>35</sup> In diesem Band „Der maßgebende Zeitpunkt für die Rechtfertigung des Verwaltungsakts“, S. 479.

<sup>36</sup> Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 11.

<sup>37</sup> Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 2. Aufl., Tübingen 1968; hierzu Ino Augsberg, Demokratische Aufklärung, in: Carsten Kremer (Hrsg.), Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977), Tübingen 2017, S. 287.

<sup>38</sup> Siehe die Nachweise in Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 1.

<sup>39</sup> Vgl. Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, Tübingen 2013.

Reinen Rechtslehre fundieren den Gedankengang maßgeblich.<sup>40</sup> Andere hat er scharf kritisiert. Nicht nur auf strukturelle Analyse, sondern auf wertungsbezogene Differenzierungen kommt es etwa für die Lehre vom fehlerhaften Staatsakt an.<sup>41</sup> In seiner autobiographischen Selbstreflexion betont Rupp den Einfluss Kelsens noch einmal.<sup>42</sup> Auch insofern macht sich also eine gewisse dialektische Herangehensweise bemerkbar. Rupp liest die Reine Rechtslehre als konsequente Theorie der rechtsstaatlichen Legalität: Auch die Verwaltung kann nur rein rechtlich begriffen werden; sie ist (im Verhältnis zum Bürger) „nur als Rechtsfunktion denkbar“.<sup>43</sup> Dies führt ihn insbesondere zur Annahme eines umfassenden Gesetzesvorbehalts und zur Ablehnung der herrschenden Auffassung des Verwaltungsermessens. Im Gegensatz zu Kelsen und Merkl verwirft Rupp aber den Gedanken, es bestehe zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung kein kategorialer, sondern nur ein gradueller Unterschied. Diese Distanz hat zunächst Folgen für das rechtstheoretische Problem des Verständnisses richterlicher Gesetzesbindung, und sie macht sich im Verwaltungsrecht an verschiedenen Stellen bemerkbar. Die Eigenheiten richterlicher Rechtsanwendung bestimmt Rupp nicht entlang der Kelsen-Merklschen Differenzierung von Rechtserzeugung und Rechtserkenntnis, sondern auf andere Weise. Er sucht einen Weg, der weder die überspitzten Anforderungen eines richterlichen „Subsumtionsautomaten“ aufstellt, noch die radikalen Auffassungen der sog. Freirechtsschule vertritt. Die nicht stark ausgearbeiteten Überlegungen Rupp skizzieren – unter anderem in Anknüpfung an Theodor Viehweg – ein „teleologisch-topisch orientiertes Erkenntnisverfahren“<sup>44</sup>, das eine willenhafte Rechtserzeugung durch den Richter ablehnt, aber für die damit verbundenen Anforderungen an das juristische Urteilsvermögen auch die richterliche Verantwortung einbezieht.<sup>45</sup> Für die Verwaltung gilt im Grundsatz nichts anderes, weshalb es durch „Ermessen“ oder „unbestimmte Rechtsbegriffe“ eröffnete Spielräume nicht gibt. Denn damit würde für die Verwaltung gerade jener Spielraum eröffnet werden, der ihr nach den normativistischen, rechtsstaatlich begründeten Prämissen gar nicht zustehen *darf* (näher unter IV). Bei der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle kommt es dementsprechend wiederum, ja gerade im besonderen Maße, auf die richterliche Verantwortung (Rupp spricht sogar von „Takt“<sup>46</sup>)

---

<sup>40</sup> Bis hin zur Grundnorm, siehe in diesem Band „Europäische ‚Verfassung‘ und demokratische Legitimation“, S. 691.

<sup>41</sup> Siehe in diesem Band „Die Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes und die Entscheidungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts“, S. 206.

<sup>42</sup> Siehe in diesem Band „Bemerkungen zur Entwicklung der deutschen Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts unmittelbar nach 1946“, S. 710, 711.

<sup>43</sup> Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 209.

<sup>44</sup> Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 194.

<sup>45</sup> Beginnend mit Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 184 ff. Weiter insbesondere in diesem Band „Die Bindung des Richters an das Gesetz“, S. 237 f.

<sup>46</sup> Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 220. Es handelt sich um eine Variante dessen, was gegen-

an.<sup>47</sup> Beispielsweise muss sich der Verwaltungsrichter in Prüfungsangelegenheiten bewusst sein, dass er im Gericht die Prüfungssituation nicht rekonstruieren kann. Dass Rupp die Stufenbaulehre der Reinen Rechtslehre verinnerlicht hat, zeigt sich auch an seinem Zugang zu den komplizierten Rechtsfragen, die die Einordnung des Europäischen Gemeinschaftsrechts betreffen. Er weist darauf hin, dass denjenigen Normen der europäischen Verträge, die die Geltung und Verbindlichkeit europäischer Sekundärrechtsakte betreffen, keine Aussagen über die derogatorische Kraft dieser Akte entnommen werden können.<sup>48</sup> Hierfür wären weitere Vorschriften erforderlich, die sich den Verträgen aber gerade nicht finden.

#### IV.

Die Freiheit des Einzelnen im Verhältnis zur Verwaltung beurteilt Rupp mit differenzierten Erwägungen. Rupp unterscheidet dabei den freiheitlichen Status des Einzelnen von der rechtlichen Reaktion auf die Verletzung des Status. Erst diese Verletzung löst Ansprüche aus, genauer einen Beseitigungsanspruch, der auch über einen Unterlassungsanspruch abgesichert werden kann.<sup>49</sup> Mit dieser – umstrittenen<sup>50</sup> – Konzeption sind eine Reihe von Einzelfragen verbunden, die Rupp immer wieder aufgreift. Wichtig ist vor allem, worin genau die Verletzung des Status besteht: nämlich der Verletzung einer Rechtspflicht. Die Rechtspflicht bildet gewissermaßen das Urelement der Ruppischen Rechtstheorie.<sup>51</sup> Von hier aus beantwortet sich beispielsweise die Frage, anhand welchen Zeitpunkts die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts zu beurteilen ist.<sup>52</sup> Ein

---

wärtig als *virtue jurisprudence* eine Renaissance erfährt, vgl. den Überblick bei *Claudio Michelon*, Legal Reasoning (Virtues), in: M. N. S. Sellers/Stephan Kirste (Hrsg.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (online), Dordrecht <https://link.springer.com/referencework/10.1007/978-94-007-6730-0> (letzter Abruf: 27.2.2024).

<sup>47</sup> Siehe etwa in diesem Band „Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit“, S. 517.

<sup>48</sup> In diesem Band „Nationaler Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften“, S. 670.

<sup>49</sup> Siehe in diesem Band „Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt“, S. 333 ff.; „Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen“, S. 444.

<sup>50</sup> Der Streit betrifft die Terminologie und die Sache (Überblick über die Diskussion bei *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1. Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1. Halbband, München 1988, S. 426 ff., 518 f.). Die extreme Gegenposition führt zu einer Auflösung der materiell-rechtlichen Betrachtung in den verwaltungsprozessualen Klagen, so *Johannes Buchheim*, *Actio, Anspruch, subjektives Recht. Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts*, Tübingen 2017, kritisch dazu *Andreas Funke*, *Ansprüche und Klagen im Verwaltungsrecht*, DV 52 (2019), S. 239.

<sup>51</sup> *Rupp*, *Grundfragen* (Fn. 4), S. 226.

<sup>52</sup> Dazu in diesem Band „Der Zeitpunkt der Beurteilung eines Verwaltungsaktes bei der Aufhebungsklage und Vornahmeklage“, S. 340; „Der maßgebende Zeitpunkt für die Rechtfertigung des Verwaltungsakts“, S. 474.

schwieriges Problem ist, welchen Rechtsgrund der Beseitigungsanspruch hat. Rupp hat dafür in den „Grundfragen“ etwas notgedrungen darauf (als Indiz) abgestellt, dass das geltende Prozessrecht die Anfechtungsklage einräumt<sup>53</sup> (später auf § 113 Abs. 1 VwGO zurückgegriffen<sup>54</sup>) und daran lange festgehalten, später erweitert zu einem ungeschriebenen Grundrecht, unter ergänzendem Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.<sup>55</sup>

Den reaktionsrechtlichen Ansprüchen stellt Rupp eine zweite Kategorie des subjektiven öffentlichen Rechts zur Seite, nämlich schlichte Ansprüche auf Gesetzeserfüllung.<sup>56</sup> Solche Ansprüche haben eine ganz andere Struktur als die Reaktionsansprüche. Sie entstehen nicht erst aus der Verletzung eines Status, sondern bestehen unmittelbar kraft einer Rechtsnorm.

Dieses rechtsanalytische Instrumentarium erweist sich bei der Durchdringung des Verwaltungsrechts als überaus fruchtbar. Dabei interpretiert Rupp den Vorbehalt des Gesetzes nicht nur als rechtsstaatlich-liberalen Grundsatz im Sinne der insofern bewahrenswerten rechtsstaatlichen Tradition des 19. Jahrhunderts, sondern auch im Sinne demokratischer Legitimation:<sup>57</sup> Ohne Gesetz darf die Verwaltung weder eingreifend noch leistend tätig werden. Es ist die Freiheitsgefährdung auch im Leistungsbereich, die eine gesetzliche Grundlage erforderlich macht,<sup>58</sup> und dies selbst für das Handeln der Verwaltung durch Vertrag.<sup>59</sup>

Trotz – oder gerade wegen – des Rückgriffs auf prozessuale Normen zur Bestimmung der materiell-rechtlichen Stellung des Einzelnen legt Rupp großen Wert darauf, diese Stellung von den prozessualen Zugangsvoraussetzungen zu unterscheiden. Dies gilt v. a. für seine Kritik daran, unter dem Aspekt der „Klagebefugnis“ materiell-rechtliche Fragen in prozessualer Verklammerung zu bearbeiten. Dass Rupp sich dieser Unterscheidung bewusst ist, hat zur Folge, dass er in der Lage ist, überhaupt die Konturen des Verwaltungsprozessrechts klar zu sehen bzw. sich darum zu bemühen.<sup>60</sup> Er hat aber auch keinerlei Schwierigkeiten, Beanstandungsklagen, so wie sie etwa für das Umweltrecht bedeutsam sein könnten, in sein System zu integrieren.<sup>61</sup>

Ein weiteres von Rupp immer wieder aufgegriffenes Thema sind die Spielräume der Verwaltung. Sie interessieren Rupp zum einen unter dem Aspekt der

<sup>53</sup> Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 174.

<sup>54</sup> Siehe etwa in diesem Band „Der verwaltungsrechtliche (Folgen-)Beseitigungsanspruch“, S. 591.

<sup>55</sup> Siehe in diesem Band „Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz“, S. 165 ff.

<sup>56</sup> Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 262 ff.

<sup>57</sup> Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 135, 140; in diesem Band „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, S. 534 f.; „Verwaltungsrecht Allgemeine Lehren“, S. 575 f.

<sup>58</sup> Rupp, Grundfragen (Fn. 4), S. 142.

<sup>59</sup> Dazu in diesem Band „Verwaltungsakt und Vertragsakt“, S. 358.

<sup>60</sup> Siehe in diesem Band insbesondere „Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung“, S. 413 ff.

<sup>61</sup> Dazu in diesem Band „Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes“, S. 62, und „Popularklage im Umweltschutzrecht“, S. 548 ff.

Rechtsetzung durch Verwaltungseinheiten (Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschriften). Hier stellt er strikt auf die Unterscheidung von Innen- und Außenrecht ab<sup>62</sup> und ist wiederum bemüht, im Außenverhältnis die Verwaltung strikt parlamentarisch einzubinden.<sup>63</sup> Hier kritisiert Rupp zunehmend Tendenzen der Verselbstständigung der Verwaltung, denen er das Demokratieprinzip entgegensetzt.<sup>64</sup> Es komme darauf an, die „anspruchsvolle Strategie einer systemimmanenten Ausschöpfung und Aktivierung des demokratischen Potentials ins Werk zu setzen“.<sup>65</sup> Dies gilt auch für die Idee der Selbstverwaltung.<sup>66</sup> Aber der Ton der Schriften wird in diesem Zusammenhang mit den Jahren zunehmend skeptischer und mahnender. Der andere Aspekt der Spielräume der Verwaltung ist die Deutung des Ermessens, das der Verwaltung bei der Einzelfallentscheidung zusteht.<sup>67</sup> Dabei ist für Rupp schon die Berechtigung des Begriffs des Ermessens zweifelhaft; er sah diesen Begriff – rückblickend sicherlich zu Unrecht – im Schwinden. Rupp lehnt es ab, der Verwaltung irgendeinen Raum zuzugestehen, der frei von Rechtsbindung ist. Das hört sich höchst – und viele würden sagen: zu – anspruchsvoll an, ist es aber nicht. Denn keineswegs fordert Rupp (aus der Perspektive des Gesetzesvorbehalts) eine in jeder Hinsicht determinierende, dichte Normierung.<sup>68</sup> Eingängig ist der Vergleich mit der privatrechtlichen Kündigung:<sup>69</sup> Sie ist einerseits materiell-rechtlich klar bestimmt (Kündigungsvoraussetzungen), aber andererseits wird damit eine Handlungsmöglichkeit des Kündigungsberechtigten begründet, die ihrerseits vom BGB *nicht* beschränkt wird. Dies muss dann auch für das Verwaltungsrecht gelten.

## V.

Die Edition wird – abgesehen von den persönlich gehaltenen Beiträgen – mit einigen Aufsätzen Rupps zum Europarecht – damals: Recht der Europäischen Gemeinschaften – abgeschlossen. Er hat sich v. a. mit Blick auf dessen wirt-

<sup>62</sup> Grundlegend: *Rupp*, Grundfragen (Fn. 4), 15 ff.

<sup>63</sup> Hierzu in diesem Band etwa „Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen“, S. 498; „Ministerial-Erlasse – Ausdruck originärer Rechtsetzung der Exekutive“, S. 521; „Die ‚Verwaltungsvorschriften‘ im grundgesetzlichen Normensystem“, S. 569.

<sup>64</sup> Siehe in diesem Band „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, S. 537 ff.; weiter das Vorwort zur 2. Auflage der „Grundfragen“.

<sup>65</sup> „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, S. 537.

<sup>66</sup> In diesem Band, „Demokratie und Selbstverwaltung“, S. 200.

<sup>67</sup> Dazu in diesem Band „Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit“, S. 505; „Ermessen“, ‚unbestimmter Rechtsbegriff‘ und kein Ende“, S. 625.

<sup>68</sup> Zur Interpretation der Auffassung Rupps in diesem Zusammenhang näher *Stephan Meyer*, Fordert der Zweck im Recht wirklich eine „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“?, *VerwArch* 101 (2010), S. 351 (359).

<sup>69</sup> In diesem Band, „Ermessen“, ‚unbestimmter Rechtsbegriff‘ und kein Ende“, S. 632.

schaftsverwaltungsrechtliche Dimension früh zugewandt, früh auch mit Blick auf die verfassungsrechtliche Bedeutung. Für die Solange-Rechtsprechung des BVerfG hatte Rupp wenig Verständnis: Sie „lässt sich ... nur schwer mit juristischen Maßstäben messen.“<sup>70</sup> Dass ihn die Frage der Grundrechtsbindung der Europäischen Gemeinschaften besonders interessierte, nimmt angesichts seiner starken grundrechtlichen Prägung (siehe unter II) nicht Wunder. Auch in diesem Zusammenhang bestimmen methodische, besser: methodenkritische Erwägungen seinen Problemzugriff. Rupp beklagt, dass das methodische Vorgehen im Gemeinschaftsrecht – auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts selbst wie auch zum einschlägigen deutschen Verfassungsrecht – einer bisher unbekanntem Interpretationsmethode folge, die nicht rational diskutierbar sei. Es fehle, so die resignierende Einschätzung, „Übung im Umgang mit der Verfassungsmechanik solcher dezisionistischen Rechtssysteme“.<sup>71</sup> In der Rückschau kann festgestellt werden, dass diese Übung mittlerweile vorhanden ist.

Im Europarecht entfaltete Rupp auch rechtspraktische Wirkung. Rupp's Kritik, die Herrschaftsgewalt der Europäischen Gemeinschaften bewege sich außerhalb demokratischer Einbindung,<sup>72</sup> hat womöglich eine Vorlage des Verwaltungsgerichts Frankfurt zum EuGH motiviert.<sup>73</sup> Diese Vorlage führte zur Entscheidung des EuGH in der Sache Internationale Handelsgesellschaft, die den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Verfassungsrecht bestätigte.<sup>74</sup> Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main gab sich damit nicht zufriede-

---

<sup>70</sup> Hans Heinrich Rupp, Anmerkung (zu BVerfG, 22.10.1986, 2 BvR 197/83 – Solange II), JZ 1987, S. 241 (241).

<sup>71</sup> Siehe in diesem Band „Nationaler Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften“, S. 672.

<sup>72</sup> Siehe in diesem Band „Die Grundrechte und das europäische Gemeinschaftsrecht“, S. 653.

<sup>73</sup> Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford 2003, S. 88 ff.; aufgegriffen bei Franz C. Mayer, *Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft*, NJW 2017, S. 3631 (3632); Wolfgang Kahl/Paul Hüther, *Der „Zweckverband funktioneller Integration“ nach Hans Peter Ipsen. Ein Beitrag zur Begriffsgeschichte und zur Finalitätsdebatte in der Europawissenschaft*, Berlin 2023, S. 42 ff. Rupp hielt am 13. Januar 1970 einen Vortrag in einer Veranstaltung des Deutschen Richterbundes (später veröffentlicht: „Die Grundrechte und das Europäische Gemeinschaftsrecht“); der in der Argumentation vergleichbare Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main zum EuGH stammt vom 18.3.1970 (I/2 E 228/69, in: *Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern* 1971, S. 278). Allerdings nimmt das VG weder in diesem Beschluss noch im Vorlagebeschluss zum BVerfG, der auf die Entscheidung des EuGH folgte (siehe VG Frankfurt am Main, Beschl. v. 14.11.1971, II/2 – E 228/69, in: *Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters* 1971, S. 541), explizit Bezug auf Rupp. Auch mit Blick darauf, dass die einschlägigen Fragen zu jener Zeit durchaus intensiv diskutiert wurden (Nachweise bei Anna Katharina Mangold, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht*, Tübingen 2011, S. 200 ff.), sind Annahmen über einen Einfluss Rupp's doch recht spekulativ.

<sup>74</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70, Rn. 3 f.



den und legte die Sache dem BVerfG vor, das daraufhin in der später als *Solange I* rubrizierten Entscheidung einen ersten Vorbehalt gegenüber dem EuGH anbrachte.<sup>75</sup> In der Sache hat Rupp's Kritik in der späteren Rechtsprechung des BVerfG zur demokratischen Legitimation des BVerfG ohne Frage Bestätigung gefunden.

Während sich Rupp in diesem Zusammenhängen klar aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive äußerte, übernahm er in dem bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren, das zum Maastricht-Urteil des BVerfG führte,<sup>76</sup> auch eine praktische Rolle. Die gegen das Zustimmungsgesetz gerichtete Verfassungsbeschwerde war nach den bis dahin geltenden Maßstäben nicht als zulässig anzusehen. Hier wirkte Rupp zwar nicht als Verfahrensbevollmächtigter mit, wurde aber offenbar von dem Verfahrensbevollmächtigten Karl-Albrecht Schachtschneider hinzugezogen und entwickelte im Rahmen der Zulässigkeit eine Argumentation, die das ungeschriebene demokratische Grundrecht auf politische Mitentscheidung und Mitverantwortung herausstellte. Rupp verortete es „verdeckt“ in Art. 38, 20 Abs. 2 GG.<sup>77</sup> Die Idee eines solchen Grundrechts hatte er vorher schon entwickelt und er ist er immer wieder darauf zurückgekommen.<sup>78</sup> Die Übertragung umfassender Zuständigkeiten auf die Europäische Union lasse das Wahlrecht zum Bundestag bedeutungslos werden.<sup>79</sup> Das BVerfG griff diese Argumentation in der Sache auf.

Das nachfolgende Engagement Rupp's im „Bund freier Bürger“ blieb vorübergehend<sup>80</sup> und hat mit dem späteren Abdriften dieser Organisation in das rechte Spektrum nichts zu tun.

<sup>75</sup> BVerfGE 37, 271.

<sup>76</sup> BVerfGE 89, 155 (12.10.1993).

<sup>77</sup> *Hans Heinrich Rupp*, Plädoyer in der mündlichen Verhandlung am 1./2. Juli 1993 – Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, in: Ingo Winkelmann (Hrsg.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993*, Berlin 1994, S. 544 (544). Die knappen Ausführungen Rupp's sind jedenfalls präziser als der weit ausgreifende und Art. 38 GG vernachlässigende Ansatz bei *Karl-Albrecht Schachtschneider*, *Anspruch auf Demokratie*, Juristische Rundschau 1970, S. 401. In der ursprünglichen Beschwerdeschrift wird zwischen Zulässigkeit und Begründetheit nicht unterschieden, die Argumentation zu Art. 38 GG ist in der Sache ähnlich (siehe *ders.*, Beschwerdeschrift B. vom 18. Dezember 1992, in: Ingo Winkelmann (Hrsg.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993*, Berlin 1994, S. 102 (115 ff.)).

<sup>78</sup> Siehe in diesem Band „Grundrechte“, S. 130; „Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz“, S. 161 f.

<sup>79</sup> Sog. Entleerungsrüge, siehe dazu – auch zur Weiterentwicklung des Arguments in der Lissabon-Entscheidung des BVerfG – *Heiko Sauer*, *Demokratische Legitimation zwischen Staatsorganisationsrecht und grundrechtlichem Teilhabeanspruch*, *Der Staat* 58 (2019), S. 7 (10 ff.).

<sup>80</sup> Siehe hierzu etwa das Interview *Hans Heinrich Rupp*, *Individuelle Freiheit*, spontane Ordnung und staatliches Gesetz, in: Franz-Ullrich Willeke (Hrsg.), *Bund Freier Bürger*, München 1994, S. 21.

## VI.

Zur Biographie Rupp ist an dieser Stelle nur das Notwendigste zu sagen. Geboren am 11. März 1926, zählte Rupp zu denjenigen, die als junge „Generation“ noch den Zweiten Weltkrieg prägend erlebten, aber sodann den Wiederaufbau der Bundesrepublik mitgestalten und dies mit der eigenen beruflichen Entfaltung verknüpfen konnten. Die westdeutsche Rechtswissenschaft formierte sich unter dem Grundgesetz neu; junge Wissenschaftler – wie etwa Hans F. Zacher oder Reinhold Zippelius, beide geboren 1928 – prägten bald das Fach.<sup>81</sup> Die Älteren, die ihre wissenschaftliche Laufbahn noch in Weimar begonnen hatten (und unter dem Nationalsozialismus fortsetzen konnten), sprachen von den „zornigen jungen Juristen“.<sup>82</sup> Rupp zählte sich bald dazu.<sup>83</sup> In den Grundrechten des Grundgesetzes sah er gerade eine Antwort auf die Nazidiktatur.<sup>84</sup> Sie prägte seine jungen Jahre: Noch als 17-jähriger begann er eine Ingenieurlaufbahn bei der Kriegsmarine. Die Niederlage Deutschlands führte Rupp zunächst in die Gefangenschaft. Das Abitur erwarb er 1946 in einem Abiturlehrgang für Kriegsteilnehmer. Von 1947 bis 1950 studierte er Rechts- und Staatswissenschaften in Heidelberg und Mainz. Dem schloss sich im Jahr 1953 die Promotion in Mainz an („Die Stellung der ärztlichen Berufskörperschaften“). Ab 1955 war Rupp mehrere Jahre als Richter in einer Zivilkammer am Landgericht Frankenthal/Pfalz tätig, wobei er schon im Jahr 1956 als wissenschaftlicher Assistent an die Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer abgeordnet wurde. Im Jahr 1959 wechselte er als Assistent an das Seminar für öffentliches Recht der Universität Tübingen. Unter der Betreuung von Otto Bachof verfasste er seine Habilitationsschrift; das Habilitationsverfahren wurde 1963 abgeschlossen.<sup>85</sup> Im Jahr 1964 übernahm Rupp einen Lehrstuhl für öffentliches Recht an der Universität Marburg. Vier Jahre später wechselte er an die Universität Mainz, wo er bis zur Emeritierung im Jahr 1993 als Professor für Öffentliches Recht und Staatslehre wirkte. Er starb am 9. April 2020 in Mainz.

Rupp hat sich offenbar stets dagegen gewehrt, mit einer Festschrift bedacht zu werden.<sup>86</sup> Dies ist jedenfalls insofern bedauerlich, als Festschriften üblicher-

---

<sup>81</sup> Siehe hierzu insbesondere die beiden Beiträge im 5. Teil, S. 697 ff., 708 ff.

<sup>82</sup> *Hans Schneider*, Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, NJW 1962, S. 1273 (1275).

<sup>83</sup> Vgl. *Rupp*, Grundfragen (Fn. 4), S. 123 Fn. 48.

<sup>84</sup> Siehe *Rupp*, Grundfragen (Fn. 4), S. XI (Vorwort zur 1. Aufl.); in diesem Band „Freiheit und Partizipation“, S. 215; „Nationaler Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften“, S. 673.

<sup>85</sup> Zu Bachof *Matthias Kötter*, Fortbilden, um zu bewahren: Otto Bachof und der Wandel verwaltungsrechtlicher Dogmatik unter dem Grundgesetz, in: Carsten Kremer (Hrsg.), Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977), Tübingen 2017, S. 231.

<sup>86</sup> Erinnerungen, Würdigungen etc.: *Peter Häberle*, Laudatio auf H.H. Rupp, DV 24

weise Bibliographien des Geehrten enthalten. Um dieses Defizit zu beheben, enthält diese Edition abschließend eine Bibliographie.

---

(1991), S. 355; *Friedhelm Hufen*, Hans Heinrich Rupp zum 80. Geburtstag, JZ 2006, S. 294; *Friedrich von Zezschwitz*, Hans Heinrich Rupp In Memoriam, Rundschreiben der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2/2020, Anlage; *Hufen*, Nachruf: Hans Heinrich Rupp (1926–2020) 28.5.2020 (<https://rewi.uni-mainz.de/2020/05/28/nachruf-hans-heinrich-rupp/>, letzter Abruf: 27.2.2024).

1. Teil:  
Grundrechte



# 1. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz – eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG? (1966)

Das jüngst veröffentlichte Urteil des BVerfG zum Sammlungsgesetz<sup>1</sup> verdient für das Grundrechtsverständnis im Allgemeinen und für die Grundrechtsproblematik des Art. 2 Abs. 1 GG im Besonderen weit höhere Aufmerksamkeit als dies Gegenstand und veröffentlichter Leitsatz der Entscheidung nahelegen. Geht das Urteil doch in einer Art und Weise das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit an, die deutlich machen, dass zwischen dem Elfes-Urteil<sup>2</sup> und der jetzigen Entscheidung ein weiter, dornenvoller Weg liegt, auf welchem das BVerfG zwar heftiger und berechtigter Kritik begegnet ist, nicht aber wirklich besseren und überzeugenderen Lösungen. Das neue Urteil, mangels einschlägiger „benannter“ Grundrechte allein auf das „Auffanggrundrecht“ des Art. 2 Abs. 1 GG gestellt, setzt in gewissem Sinne einen Neuanfang, der sich nicht nur von der bisherigen Deutung löst, sondern hoffen lässt, dass Art. 2 Abs. 1 GG fassbaren grundrechtlichen Gehalt gewinnt, ähnlich wie dies durch das Apothekenurteil<sup>3</sup> für den Bereich des Art. 12 GG erzielt wurde.

Es ist hier nicht der Ort, die Rechtsprechung und die schon Bände füllende Literatur zu Art. 2 Abs. 1 GG<sup>4</sup> im Einzelnen zurückzuverfolgen. Sie kreisten und kreisen um das Zentralproblem, daß die Allgemeine Handlungsfreiheit zu uferlos ist, als daß die grundrechtlich relevante und an sich allen Freiheiten innewohnende Frage nach dem „Freisein wovon?“ sich im Sinne präziser Bindungen des Gesetzgebers beantworten ließe, mit der Folge, daß trotz gegenteiliger Deklamationen die spezifische Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG zu einem Schemen verblaßt.<sup>4a</sup> Wer hier keinen Rat mehr weiß und redlich bekennt,

---

<sup>1</sup> NJW 66, 1651.

<sup>2</sup> BVerfGE 6, 32 = NJW 57, 297.

<sup>3</sup> BVerfGE 7, 377 = NJW 58, 1035; zu ihm hat die Rechtsprechung des BVerfG wieder zurückgefunden: BVerfGE 19, 330 = NJW 66, 291 – Einzelhandelsgesetz –.

<sup>4</sup> Vgl. zuletzt: *Walter Schmidt*, Die Freiheit vor dem Gesetz; zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 91 (1966), 42 ff.

<sup>4a</sup> Dieses Problem wird zum gordischen Knoten, wenn man mit Hilfe der sog. Drittwirkungslehre die Allgemeine Handlungsfreiheit als Grundrecht sogar in das bürgerliche Recht verpflanzt und dort beispielsweise als Vertragsfreiheit versteht, um dann mit den auf den Staat

daß Art. 2 Abs. 1 GG vielleicht einen „Wert“, aber jedenfalls kein Grundrecht verbürge, braucht allenfalls den Vorwurf vorzeitiger Resignation zu scheuen.

Einem ganz anderen Vorwurf war indessen die Rechtsprechung des BVerfG seit dem Elfes-Urteil ausgesetzt. Dort hatte das Gericht einerseits die nominelle Grundrechtsqualität der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG beteuert, andererseits aber in der Sache von dieser Grundrechtsqualität nichts mehr übriggelassen. Das geschah bekanntlich dadurch, daß das Gericht sozusagen von der „Schrankenseite“ her den Freiheitsinhalt paralyisierte, indem es die von Art. 2 Abs. 1 GG der Allgemeinen Handlungsfreiheit auferlegte „immanente“ Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ im Sinne der gesamten formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsordnung begriff, das Grundrecht insoweit jeder selbständigen Schutzverbürgung beraubte und nur partizipieren ließ an den außerhalb seiner selbst bestehenden Rechtsbindungen. Damit war Art. 2 Abs. 1 GG vom eigenständigen Auffanggrundrecht zum inhaltsleeren Reflex derjenigen Freiheit geworden, die schon durch die „außerhalb des Art. 2 Abs. 1 GG“<sup>5</sup> konstituierte Rechtsordnung begründet war. Indessen glaubte das BVerfG gleichwohl noch einen grundrechtlichen Restbestand des Art. 2 Abs. 1 GG gerettet zu haben, indem es dem einzelnen für all diejenigen Fälle das verfahrensrechtliche Instrument der Grundrechtsbeschwerde an die Hand gab, in welchen gerügt wurde, ein Rechtsakt gehöre eben nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung und verletze *deshalb* zugleich die Allgemeine Handlungsfreiheit. Abgesehen davon, daß seitdem die Grundrechtsbeschwerde zum allgemeinen Rechtsbehelf gegen jeden rechtswidrigen Staatsakt auszufern droht, ist diese folgenschwere Argumentation schon deshalb nicht schlüssig, weil die Grundrechtsbeschwerde niemals als selbständiger verfahrensrechtlicher Grundrechtsrestbestand des Art. 2 Abs. 1 GG gewertet werden kann; denn die bundesrechtliche Grundrechtsbeschwerde ist als solche weder durch Art. 2 Abs. 1 GG noch sonst durch irgendeine andere Vorschrift mit Verfassungsrang gegenüber dem Gesetzgeber abgesichert, entbehrt also gerade der spezifischen Grundrechtswirkung des Art. 1 Abs. 3 GG. Bei dieser Deutung bleibt also bei Lichte besehen von der selbständigen Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG nur noch eine wohlgemeinte Behauptung ohne rechtliche Relevanz übrig – in der Sache besteht kaum ein Unterschied zu den Verneinern der Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG.

---

eingestellten grundrechtlichen Bindungs- und Beschränkungssystemen schlechthin nichts mehr anfangen zu können. So lässt sich denn gerade im Bereich des Art. 2 Abs. 1 GG die Drittwirkungslehre besonders eindrucksvoll widerlegen, was ganz gewiss nicht heißt, dass das Zivilrecht nicht auch der Freiheit der Person im Gestrüpp der „gesellschaftlichen“ Machtmechanismen zu dienen habe (vgl. hierzu neuestens *Hans Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966).

<sup>5</sup> BVerfGE 9, 137 (146) = NJW 59, 931; BVerfGE 17, 306 (313) = NJW 64, 1219.

Doch auch die literarischen Lösungsversuche, die Art. 2 Abs. 1 GG, sei es als Allgemeine Handlungsfreiheit, als Entfaltungsfreiheit oder als Eingriffsfreiheit, immerhin aber als Grundrecht verstehen, sind nicht überzeugender. Das gilt von der „Persönlichkeits-Kern-Theorie“ *Hans Peters*<sup>6</sup> bis zu dem neuesten Anlauf *Walter Schmidts*.<sup>7</sup> Wurde *Peters* mit Recht entgegengehalten,<sup>8</sup> die Reduzierung der Allgemeinen Handlungsfreiheit auf einen – grundrechtswürdigen und grundrechtsfähigen – Persönlichkeitskern echten Menschentums im Sinne der abendländischen Kulturauffassung liefere das Grundrecht einseitigen Wertvorstellungen aus, so haben auch die Kritiker kein Rezept bei der Hand, wie auf andere Weise als durch eine inhaltliche Radizierung und Präzisierung der grundrechtlichen Freiheit Art. 2 Abs. 1 GG zu bindungsfähiger Konturenschärfe gelangen solle. Gelegentlich hat man den Eindruck, daß häufig eine Frage nur durch eine andere ersetzt wird, beispielsweise dann, wenn zwar Art. 2 Abs. 1 GG als grundrechtliche Allgemeine Handlungsfreiheit anerkannt, indessen jedoch davon ausgegangen wird, diese Freiheit besitze irgendwie einen innersten Kern, der gemäß Art. 19 Abs. 2 GG für den Gesetzgeber sogar absolut und schlechthin unantastbar sei.<sup>9</sup> Damit verschiebt sich die ganze Fragestellung unter Umgehung des Art. 1 Abs. 3 GG auf das noch schwierigere Problemgebiet des Art. 19 Abs. 2 GG, ohne dass im Übrigen klarer würde, welchen Inhalt denn ein solcher – angeblich absolut geschützter – Persönlichkeitskern besitze. Eine inhaltlich nicht fassbare Freiheit wird nicht konturenschärfer dadurch, daß man von ihrem Kern spricht und sich daran macht, diesen Kern als Grundrecht und zugleich als Wesensgehalt seiner selbst zu begreifen und unvermittelt mit der ungesicherten Absolutität des Art. 19 Abs. 2 GG<sup>10</sup> zu umgeben.

Keine Lösung verspricht auch der gelegentlich unternommene Versuch, der Grundrechtsproblematik des Art. 2 Abs. 1 GG durch eine einseitige Verengung der gesetzgeberischen „Eingriffsmöglichkeiten“ Herr zu werden, indem der Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ restriktiv im Sinne etwa der „elementaren Grundsätze der Verfassung“ interpretiert wird.<sup>11</sup> Ein solcher Rückzug wäre zwar prima facie in der Lage, die Manipulationen des einfachen Gesetzgebers abzusichern. Aber einmal würde auch dieser Schutz, ähnlich wie in der Deutung des BVerfG, nur durch die „außerhalb des Art. 2 Abs. 1 GG“ beheima-

---

<sup>6</sup> Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, 1953, S. 669; *ders.*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963.

<sup>7</sup> AöR 91 (1966), 42ff.

<sup>8</sup> z. B. von *Evers*, AöR 90, 88ff.

<sup>9</sup> Andeutungen in dieser Richtung enthält – unter Berufung auf frühere Entscheidungen – z. B. BVerfGE 12, 341 [347, 348] = NJW 61, 1395; ähnlich BVerfGE 17, 232 [251] = NJW 64, 1067 mit Anm. von *Hamel*: „Jener letzte Bereich menschlicher Freiheit, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist ...“; ähnlich *Evers*, JZ 65, 665; DVBl. 65, 451.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu *Rupp*, Gutachten zum 46. DJT, Bd. I 3 A, S. 186ff.

<sup>11</sup> Nachweise bei *Hamann*, GG, 2. Aufl., Art. 2, S. 81.



teten „elementaren Grundsätze der Verfassung“ gewährleistet werden, so daß die Frage nach der eigenen Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG nach wie vor offen bleibe; zum anderen ist nicht recht vorstellbar, daß gerade das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit, als subjektiv-rechtlich umgeformtes Spiegelbild der elementaren Grundsätze der Verfassung verstanden, zu einem lediglich und ausschließlich durch diese Prinzipien begrenzten Horizont ungehinderter und unhinderbarer subjektiven Freiheit ausufern sollte. Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG wäre ausschließlich durch verfassungsrangige Elementarprinzipien begrenzt, also streng genommen jedem gesetzgeberischen Zugriff schlechthin entzogen. Verstünde man dagegen die elementaren Verfassungsgrundsätze im Sinne eines vagen „materiellen“ Verfassungsverständnisses bzw. im Sinne eines lediglich an diese Grundsätze gebundenen bzw. von ihnen „geforderten“<sup>12</sup> Normengefüges, so wäre, wenn auch auf mühsamere Art, fast dasselbe Ergebnis erreicht, zu dem auch das BVerfG gelangte, wenn es die „verfassungsmäßige Ordnung“ als Gesamtheit der formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen begriff.<sup>13</sup> Auch von diesem Ausgangspunkt läßt sich mit dem BVerfG nicht rechten.

Insoweit ist es der offenere Weg, wenn man, wie jüngst *Walter Schmidt*<sup>14</sup> die Allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG resignierend als „Eingriffsfreiheit“ bezeichnet, im Übrigen darauf hofft, dass sich ein neues ungeschriebenes, aber gleichwohl bestimmtes Freiheitsrecht bzw. ein Bündel solcher Rechte entwickeln möge und ansonsten zunächst einmal sorgfältig das Vorfeld eines grundrechtlichen Rechtsverständnisses des Art. 2 Abs. 1 GG abtastet.

In der Tat: Dieser Weg scheint der einzig gangbare. Das BVerfG setzt an, ihn zu beschreiten.

Allerdings erfordert dieser Weg die Einsicht, daß Art. 2 Abs. 1 GG als selbständiges Grundrecht nicht aus dauernden Anleihen von Rechtsprinzipien außerhalb seiner selbst genährt werden kann, sondern wirklich als „Auffanggrundrecht“ von thematisch einschlägigen Grundrechten negativ abgegrenzt wird. Gerade in dieser Hinsicht neigt freilich die Rechtsprechung des BVerfG entsprechend der noch unsicheren Basis, zur Widersprüchlichkeit. Begründete BVerfGE 17, 306<sup>15</sup> trotz der gesetzestechnisch freilich überdeckten Thematik der Art. 12 und 14 GG die Verfassungswidrigkeit des Verbots der Mitfahrerzen-

<sup>12</sup> In dieser Differenzierung glaubt *Dürig* (*Maunz-Dürig*, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 18) eine Lösung gefunden zu haben. Doch zu Unrecht: Welches sollten die Kriterien zur Ermöglichung der Feststellung sein, ob eine Rechtsnorm der Verfassung nicht nur nicht *widerspreche*, sondern von ihr *gefordert* werde?

<sup>13</sup> Ob die „verfassungsmäßige Ordnung“ im Zusammenhang des Art. 9 Abs. 2 GG anders zu interpretieren sei, hat BVerfGE 6, 32 (38) = NJW 57, 297 offengelassen. Es steht denn auch zu vermuten, daß auch dort der Streit angesichts des Kartellrechts neue Ufer erreicht.

<sup>14</sup> AöR 91 (1966), 42 ff.

<sup>15</sup> = NJW 64, 1219. Differenzierter, allerdings ohne klare Begründung, BVerfGE 19, 206 [215] = NJW 66, 147; BVerfGE 19, 226 [237] = NJW 66, 103; BVerfGE 19, 242 [247] = NJW 60,

tralen allein aus Art. 2 Abs. 1 GG – offenbar weil das in Bezug genommene Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgebot als spezifisch in Art. 2 Abs. 1 GG aufgenommenes Verfassungsprinzip bewertet wurde – so wird andererseits, etwa bei der Frage, ob eine berufsbezogene Rechtsnorm wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip oder gegen verfassungsrechtliche Erzeugungsregeln die Berufsfreiheit grundrechtswidrig beschneide, allein Art. 12 GG herangezogen und auf eine Auseinandersetzung mit Art. 2 Abs. 1 GG verzichtet.<sup>16</sup> Hier gilt es also zunächst Klarheit zu schaffen: Jedes Grundrecht ist auf eine thematisch selbständige Freiheit bezogen. Diese spezifischen Freiheiten sind nicht nur dann verletzt, wenn eine Rechtsnorm oder ein Rechtsakt *inhaltlich* mit einer dieser Freiheiten kollidiert, sondern vor allem dann, wenn der zugreifende Rechtsakt beispielsweise dem alle verfassungsrechtlichen Kompetenz- und Zuständigkeitsregelungen sowie den allgemeinen Gesetzesvorrang umfassenden grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt nicht gemäß ist, dem grundrechtstypischen Wirkungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit zuwiderläuft oder sonst der verfassungsrechtlichen Legitimität ermangelt. Solche Sicht der Dinge muss sich freilich lösen von dem bis heute gepflegten Rechtsdenken in räumlich isolierten subjektiven Rechten. Jedes subjektive Recht ist über seine „institutionelle Seite“ unlösbar mit dem objektiven Recht verschmolzen und vereinigt in sich all die es formenden, ausprägenden, gestaltenden Elemente, Beschränkungen, Sicherungen der objektiven Rechtsordnung. Deshalb sind auch die Grundrechte nicht als räumliche Individualreservate<sup>16a</sup> begreifbar, sondern nur als Rechte, deren Verletzung sich – entgegen weitverbreiteter Deutung – nicht als Wertverfall oder Raumverlust, sondern nur als Missachtung des Rechts in seiner komplexen verfassungsrechtlichen Ausprägung begreifen lässt. So gesehen ist die inhaltliche Offenheit der Allgemeinen Handlungsfreiheit kein solcher Mangel, der die Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG ernsthaft in Frage stellte.

Das beweist mit hinreichender Deutlichkeit das neue Urteil des BVerfG.

Versucht man, die von ihm verwendeten grundrechtsgemäßen Maßstäbe systematisch zu ordnen, so stößt man zunächst auf den Gesichtspunkt, daß das Sammlungsgesetz die grundrechtlich-institutionelle Freiheitsverbürgung dadurch pervertiere, daß es vom Verbot als Regel und von der Freiheit als Privileg ausgeht. Insoweit nimmt das BVerfG in erfreulich entschiedener Weise Stellung zu der im Verwaltungsrecht so heimisch gewordenen Rechtsfigur des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, die einer obrigkeitlichen Staatsauffassung entsprochen

105 L; BVerfGE 19, 248 [251] = NJW 66, 149; BVerfGE 19, 253 [257] = NJW 66, 150; BVerfGE 19, 268 [273] = NJW 66, 101 – Kirchensteuerentscheidungen.

<sup>16</sup> BVerfGE 9, 83 [88] = NJW 59, 523; BVerfGE 13, 181 [190] = NJW 61, 2299; BVerfGE 14, 105 [116]; BVerfGE 17, 381 [389] = NJW 64, 1515.

<sup>16a</sup> Zum naturrechtlichen Ursprung dieser Vorstellung und ihrer politischen Umwelt neustens *Hans Maier*, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, Recht und Staat H. 321, S. 14–17.

haben mag, einer freiheitlich-grundrechtlichen Konzeption nicht mehr gemäß ist. Der grundrechtlichen Freiheit ist das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nicht mehr adäquat, sondern allenfalls ersetzbar durch die Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt.<sup>17</sup> Das Sammlungsgesetz trägt diesem grundrechtlich bedingten Strukturbruch nicht Rechnung. Das BVerfG führt hierzu aus: „Das Sammeln und die sammlungsähnlichen Veranstaltungen werden im Prinzip nicht als erlaubt angesehen ..., sondern als grundsätzlich verboten, mit der ‚Chance‘, von diesem Verbot eine Befreiung zu erhalten. Die Genehmigung besagt nicht mehr nur, dass dem Vorhaben keine gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen, sondern gestattet die Tätigkeit erst. Die Genehmigung ist nicht lediglich eine zur präventiven Kontrolle vorgesehene *formelle* Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung einer an sich nicht verbotenen Betätigung, sondern enthält der Sache nach die Aufhebung eines repressiven Verbots des objektiven Rechts.“

Das BVerfG sieht in dieser Konzeption eine schlichte Umkehrung grundrechtlicher Freiheit in ihr Gegenteil. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Auf dem Fuße folgt ein zweites Argument, das nicht weniger gewichtig ist: Das Sammlungsgesetz geht nicht nur von einer Umkehrung grundrechtlicher Freiheiten aus, sondern liefert die zum Privileg herabgesunkene Freiheit überdies der Disposition der Verwaltung aus – auch dies eine traditionelle Erscheinung, die nicht nur beim Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, sondern im Bereich der deutschen Ermessenslehre sorgsam gepflegt wurde. Damit wandert die beliebige Verfügung über grundrechtliche Freiheiten vom Gesetzgeber sogar zur Exekutive ab. Das BVerfG hält dies – in Anlehnung an frühere Entscheidungen – für grundrechtswidrig: „Das Gesetz muss die Tätigkeit der Verwaltung inhaltlich normieren.“ Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Prinzip der Gewaltenteilung, das die Exekutive – jedenfalls im Bereich der Eingriffsverwaltung – auf die Ausführung der Gesetze beschränke, gebiete es, daß der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung die der staatlichen Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre *selbst* abgrenze und dies nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlasse. Wenngleich diese These auch nicht revolutionär ist: Die deutsche Ermessenslehre, die das Ermessen gerade als Ausübung eigener Entscheidungsfreiheit der Verwaltung *anstelle* des Gesetzes begreift, hat diese Deutung noch nicht verkräftet. Sie hebt denn auch – was hier nur angedeutet werden kann<sup>18</sup> – die ganze Ermessenslehre aus den Angeln.

Schließlich lässt das BVerfG erkennen, daß es aus einem weiteren, wenn auch mit den soeben erwähnten Argumenten zusammenhängenden Grund das Sammlungsgesetz für grundrechtswidrig hält:

<sup>17</sup> Vgl. hierzu statt vieler: *Friauf*, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 62, 422 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 203, Fn. 332.

Die rechtstechnische Umkehrung und Auslieferung grundrechtlicher Individualfreiheit an das Ermessen der Verwaltung durch das Sammlungsgesetz bewirkte zugleich, daß der individual-rechtliche Charakter der grundrechtlichen Freiheit verlorenging – auch dies, wie das BVerfG mit Recht hervorhebt, eine bewusst ins Auge gefasste Nebenfolge nationalsozialistischer Gesetzgebungstechnik. Damit wird der einzelne zum Objekt staatlichen Verwaltens herabgewürdigt<sup>19</sup> und ein einklagbares subjektives Grundrecht in ein Nichts, bestenfalls in einen bloßen Reflex umgefälscht. Auch diese „Umpolung“ ist spezifisch grundrechtswidrig, weil sie dem Grundrecht eines seiner wesentlichen institutionellen Momente nimmt. Das kommt in der Entscheidung des BVerfG betont und wiederholt zum Ausdruck, wenn darauf hingewiesen wird, daß dem „Sammlungsträger“ durch das Sammlungsgesetz jeder Rechtsanspruch auf Sammlung entzogen werde.

Man sieht also, welche Breite spezifisch grundrechtlicher Elemente sich finden lassen, um ein Gesetz an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen. Allerdings bewegt sich das BVerfG bis hierher noch auf einigermaßen vorbereiteten Bahnen; das Beispielhafte seiner Argumentation liegt darin, die genannten Prinzipien für die Grundrechtsdogmatik des Art. 2 Abs. 1 GG erschlossen und aufbereitet zu haben.

Das eigentliche Neue beginnt dort, wo das BVerfG das Prinzip der Verhältnismäßigkeit einführt und als Prinzip grundrechtlicher Bindungskraft auch bei Art. 2 Abs. 1 anerkennt. Hatte noch BVerfGE 17, 251<sup>20</sup> sich einer Auseinandersetzung mit Art. 2 Abs. 1 GG durch den schlichten Hinweis entzogen, daß „jener letzte Bereich menschlicher Freiheit, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen“ sei, „zweifelsfrei“ nicht durch das angegriffene Gesetz berührt werde, so wird schon in BVerfGE 17, 315<sup>21</sup> festgestellt, daß das in Betracht stehende Gesetz „empfindlich“ in die Handlungsfreiheit des Kraftwagenbesitzers eingreife, und die Frage gestellt, welche Gründe des öffentlichen Wohls den gesetzlichen Eingriff rechtfertigen könnten. Bereits in seiner früheren Rechtsprechung<sup>22</sup> hatte das BVerfG, wenn auch mehr am Rande erörtert, ob ein Gesetz die Handlungsfreiheit in „unzumutbarer oder übermäßig belastender Weise“ beschneide. Das neue Urteil erklärt nunmehr bündig, das spezifisch grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip gelte auch für Art. 2 Abs. 1 GG: Das Gesetz und seine Regelungen müssen der Gefahr angepasst sein, der sie begegnen sollen; Art und Umfang der staatlichen Kontrollen müssen der tatsächlichen Situation, zu deren Meisterung sie geschaffen sind, adäquat sein.

---

<sup>19</sup> Vgl. hierzu mit Nachweisen: *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 246 mit Fn. 442.

<sup>20</sup> = NJW 64, 1072.

<sup>21</sup> = NJW 64, 1220.

<sup>22</sup> z. B. BVerfGE 13, 231 [235].

Bei seinen an den künftigen Gesetzgeber adressierten Hinweisen wird das BVerfG noch deutlicher: „Je mehr der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, um so sorgfältiger müssen die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundrechtlichen Freiheitsanspruch abgewogen werden.“ Das ist eine völlig neue Sprache: Die Rezeption des Apothekenurteils für die Allgemeine Handlungsfreiheit – ein nicht hoch genug einzuschätzender Fortschritt des Grundrechtsverständnisses. Gewiss: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das Übermaßverbot sind längst als verfassungskräftige Rechtsprinzipien anerkannt. Aber es war gerade die herrschende Hilflosigkeit gegenüber der inhaltlichen Weite und der die Aufmerksamkeit absorbierenden „Schränkentrias“ des Art. 2 Abs. 1 GG, die auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip die grundrechtliche Konturenschärfe nahm, es jedenfalls nicht partizipieren ließ an der für Art. 12 entwickelten grundrechtlichen Rigidität. Deshalb bedeutet – wie schon an anderer Stelle<sup>23</sup> betont – die neue Entscheidung des BVerfG weit mehr als eine Wiederholung des allgemeinen Prinzips der Rechtsstaatlichkeit oder des doch recht weitmaschigen Willkürverbots. Nimmt man nämlich die These des BVerfG ernst, so bedarf zunächst einmal jeder „Eingriff“ in die Allgemeine Handlungsfreiheit rechtfertigender Gründe. Je tiefer er „elementare Äußerungen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt“, um so gewichtiger müssen die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe sein. Mit anderen Worten: Jede gesetzliche Regelung, die die Allgemeine Handlungsfreiheit berührt, ist nur dann zulässig, wenn der vom Gesetz verfolgte Zweck legitim und plausibel ist, die eingesetzten Mittel diesem Zweck angemessen sind und die Grundrechtsbescheidung je nach ihrem Intensitätsgrad von umso gewichtigeren und drängenderen Gründen aufgewogen wird.

Wendet man diese Skala auf Art. 2 Abs. 1 GG an, so steht zu erwarten, daß nicht nur das Sammlungsgesetz, sondern auch eine ganze Reihe anderer Gesetze oder Gesetzesbestimmungen als zu leicht befunden werden.

---

<sup>23</sup> Gutachten für den 46. DJT, Bd. I 3 A, S. 196.

## Sachregister

- Abwehranspruch 338, 419  
Abwehrrecht 60, 73, 78, 90, 92, 99, 299, 418, 424, 526  
Abwendungsanspruch 333, 645  
Amtshaftung siehe *Staatshaftung*  
Anfechtungsklage 72, 243 f., 328, 330 ff., 341 ff., 364 ff., 367 ff., 398, 409 ff., 417 f., 447, 457, 460 ff., 478, 492 ff., 546, 592, 601 ff., 637 f., 643 f.  
Aufhebungsanspruch 488, 593, 604  
Aufopferung 167, 181, 329, 331, 371, 394, 582, 596  
aufschiebende Wirkung 243 f., 346, 409, 428, 492, 503, 602
- Beanstandungsklage 396, 461, 525, 546 ff.  
Beseitigungsanspruch 70, 72 f., 165 ff., 336, 417 ff., 442 ff., 494 f., 581, 587 ff., 645  
Beurteilungsspielraum 496, 508 f., 516, 517 f., 576, 626, 633 ff., 711  
Beweislast 330, 365, 399 ff., 422 ff., 472  
Beweiswürdigung 407
- Daseinsvorsorge 36, 152, 160, 281, 322, 326 ff., 350, 357, 537, 558, 709  
Dispositionsmaxime 395 ff., 403 ff.  
Drittes Reich 233 f., 261, 522, 534, 557, 704  
Drittwirkung (der Grundrechte) 39 ff., 46, 48, 81, 83, 136 f., 154 ff., 224, 290, 306, 595
- Einzelfallgerechtigkeit 239, 512, 620  
Elfes-Urteil 3, 4, 69  
Erlaubnisvorbehalt 7 f.  
Enteignung 63, 86, 117, 127, 142, 168, 174, 327, 329, 371, 394, 420, 445, 492, 498, 501  
Enumerationsprinzip 370, 373, 386
- Ermessensfehler 354, 369, 410, 421, 511, 606 f., 609 f., 632 f., 711  
Ermessenslehre 8, 88, 232, 505 ff., 628, 632  
Erstattungsanspruch 581, 587, 595  
Europäische Gemeinschaften 122 ff., 539, 651 ff., 664 f., 666 ff., 679 ff.  
Europäische Menschenrechtskonvention 122 ff., 182, 315, 653  
Europäische Union 153, 175 f., 314 f., 679 ff.  
Europäisches Gemeinschaftsrecht 73, 664, 666 ff., 687 ff.
- Feststellungsklage 310, 328, 365, 394, 408, 412, 416, 421, 427  
Fiskus(-lehre) 323, 454, 535, 538, 579  
Folgenbeseitigungsanspruch 165, 167, 394, 438, 581, 585 ff.
- Gemeinwohl 24, 27 ff., 33 ff., 40, 57, 90 f., 142, 147 f., 150 f., 154 ff., 171, 189 f., 205, 285, 287, 293 f., 306 ff., 367, 492, 496 ff.  
Generalklausel, verwaltungsgerichtliche 334, 338, 350, 364, 366, 369, 371 ff., 386, 394, 425, 442, 465  
Gewaltverhältnis, besonderes 133, 352, 359 ff., 369, 448, 454, 519 ff., 534 ff., 552 ff., 560 ff., 575, 640, 708, 710  
Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) 14, 33, 88, 132, 134, 136, 168, 176 f., 181, 203, 224, 258, 410, 499, 510, 537, 567, 579, 709
- Handlungsnorm 88, 631, 636
- Impermeabilitätslehre 105, 525, 527, 535, 556, 558 f., 566, 619, 640, 710  
Institutsgarantie 50, 84, 169, 173 f., 175

- Integrationslehre (Rudolf Smend) 98, 148, 151, 171, 187, 283
- Interpretation  
 – gemeinschaftskonforme 659  
 – juristische 15 ff., 24 f., 47, 61, 75 ff., 83, 183 f., 196, 210, 498, 500, 512 f., 567, 570, 627, 668 f., 688 ff.  
 – verfassungskonforme 606, 618, 624, 659
- Klagebefugnis 369, 396, 413 ff., 460 f., 467, 597, 599 ff., 617, 637, 643, 645, 647
- Kontrollnorm 88, 477, 636
- Leistungsklage 329, 332, 411 f., 447, 469, 478, 494 f., 596, 603 f.
- Marxismus 76, 80, 100, 152, 273 ff., 280 f.,  
 Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) 24, 42, 47, 79, 128, 147, 182 f., 464, 497, 623, 646
- Nationalsozialismus 9, 120, 124, 155, 259, 291, 326, 456, 502, 673
- Naturrecht 12, 22, 44, 47, 50, 72, 233 f., 269, 482, 497, 526, 533, 540, 546, 658, 671, 689, 700
- Numerus-clausus-Urteil 92, 95, 131, 260, 281, 569
- Offizialprinzip 394 ff., 404, 407
- Organisationsgewalt 20, 35, 37, 520 f., 537, 552, 556 ff., 564 ff., 619
- Palmström(sche Logik) 26, 601, 659
- Parteien, politische 142, 163, 170, 199, 218 f., 253, 268, 303, 370
- Parteienstaat 151, 248, 253, 261 ff., 302 f., 313
- Pflichtwidrigkeit 468, 482, 484 f., 487
- Popularklage 414, 461 f., 465, 546, 548, 599, 602, 637
- Privatisierung 269, 305 ff.
- Reaktionsrechte 70 ff., 181, 468, 638, 644
- Rechtsschutz (Anspruch/Garantie nach Art. 19 Abs. 4 GG) 121, 132 f., 143, 177, 181, 230, 276, 334 ff., 374, 426, 429, 443, 465, 512, 518, 523, 528, 545, 561, 575, 578, 618, 639, 652
- Rechtsverordnung (Art. 80 GG) 25 f., 310, 344, 484, 486, 499, 507, 513 f., 520, 522 f., 535, 541 f., 545, 552, 555 ff., 560 ff., 577, 626 f.
- Reine Rechtslehre siehe *Stufen(bau-)lehre* und *Wiener Rechtsschule*
- Selbstbindung der Verwaltung 512, 553, 567
- Selbstverwaltungsgarantie 51
- Selbstverwaltungsrecht 117, 173, 195 ff., 272
- Solange-Beschluss 124, 666, 675, 681
- Sozialbindung 21, 28, 51, 90 f., 139, 156, 293
- Sozialgrundrechte 61, 89, 91 f., 175 f.
- Sozialisierung 54, 86, 174, 225, 498
- Sozialstaat 27 f., 51, 53, 59, 61, 79, 92 f., 95, 119, 125, 176, 250, 278, 281 f., 317, 531, 534 f., 567, 572, 575 ff., 701 f.
- Suspensiveffekt 243 f., 336 f., 346, 493, 597, 602
- Schutzansprüche, soziale 61, 89 f.
- Schutzstatus 71, 604 f., 645
- Schutzverpflichtung 90, 92
- Staat und Gesellschaft 22, 43, 45, 46, 97, 100, 131, 148 f., 162, 171, 187, 198, 214, 221, 231, 267 ff., 356, 497, 702
- Staatshaftung (Art. 34 GG) 166 f., 323, 344, 394, 421, 440 ff., 447, 457, 578, 582, 587 f., 596, 597 f., 712
- Status activus 27 f., 93, 97, 170, 282 f., 638, 644
- Status activus processualis 93, 97, 98, 282 f.
- Status libertatis 93, 98, 163, 283, 285, 289, 644
- Status negativus 27, 59, 61, 69, 91, 282, 644 f.
- Status positivus 61, 91, 282, 644
- Statuslehre (Georg Jellinek) 71, 96, 166, 282, 461, 464, 642 f., 644
- Streitgegenstand 330, 367, 380, 416 ff., 460, 463, 477, 601, 638
- Stufen(bau-)lehre 449, 453, 467, 486, 577, 629

- Teilhabe 23, 56, 88 f., 92 ff., 95 ff., 102,  
125, 130 f., 163 f., 173, 187, 213, 220, 269,  
273, 276 ff., 282 f., 294  
Teilhaberecht 92 ff., 130, 275, 281 f.
- Unterlassungsanspruch 165 ff., 321, 337,  
419, 469, 590  
Untersuchungsmaxime 393 f., 398 ff., 416
- Verbandsklage 548 ff., 603  
Verfassungsauslegung 141, 208, 519  
Verfassungsinterpretation 77, 203  
Verfassungswandel 77, 255  
Verhältnismäßigkeit 7, 9 f., 13, 29 f., 33 ff.,  
142, 205, 497, 510
- Verpflichtungsklage 367, 369, 394, 408 ff.,  
413 ff., 431, 474, 494 f., 545, 596, 603 f.  
Verwaltungsprivatrecht 136, 287, 306,  
535, 538, 578 ff.  
Verwaltungsvorschriften 15, 20, 26, 243,  
514, 522, 552 ff., 576, 709, 711  
volonté générale 23, 46, 217, 221, 498, 701  
Vornahmeklage 330 ff., 340 f.
- Wesensgehalt 5, 85, 127, 197, 280, 660  
Wettbewerb 40 f., 52 ff., 101, 139, 152, 157,  
226, 263 ff., 295, 306 f., 316 f., 549 f.,  
677 f.  
Wiener Rechtsschule 449 f., 481, 485 f.,  
629, 690 f.