

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 915

**Vom wohlerworbenen Recht
zur verrechtlichten Freiheit**

**Forderungen an das Öffentliche Recht
der Gegenwart aus der geschichtlichen Entwicklung
des Staatsabwehranspruchs**

Von

Bertrand Malmendier



Duncker & Humblot · Berlin

BERTRAND MALMENDIER

Vom wohlerworbenen Recht
zur verrechtlichten Freiheit

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 915

Vom wohlerworbenen Recht zur verrechtlichten Freiheit

Forderungen an das Öffentliche Recht
der Gegenwart aus der geschichtlichen Entwicklung
des Staatsabwehranspruchs

Von

Bertrand Malmendier



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Freien Universität Berlin hat diese Arbeit
im Jahre 2000 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-10539-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Denn für den Bürger macht es einen Unterschied aus, ob das ihm zgedachte Stück Brot ihm vom Gesetzgeber bereitgelegt worden ist, oder ob er es sich von der Verwaltungsbehörde vom Laib muß zuschneiden lassen.

Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage 1928, S. 174.

Vorwort

Freiheit und Abwehransprüche, zudem unter Einbeziehung ihrer historischen Dimension, sind Begriffe, die synonym stehen für eine kaum eingrenzbar Weite des Themas und für eine ungeheure Fülle des zu bewältigenden Materials. Die 1994 begonnene Untersuchung, die sich mit historischen und dogmatischen Aspekten des öffentlichrechtlichen Abwehranspruchs befaßt, konnte gleichwohl nach zahlreichen ausbildungsbedingten und beruflichen Unterbrechungen 1999 der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin vorgelegt werden. Sie wurde im Wintersemester 2000/01 als Dissertation angenommen. Die Studie hat sich zum Ziel gesetzt, dem Leser einen aus derselben Feder geschriebenen Gesamtüberblick über die Entwicklung des Staatsabwehranspruchs zu verschaffen, ohne sich mit Details zu überladen, ohne dem Leser aber auch vorzuenthalten, worauf sich die geschichtliche Interpretation gründet. Ob dieser Kompromiß gelungen ist, hat alleine der Leser zu entscheiden.

Mein akademischer Lehrer *Christian Pestalozza* hat meine Forschungen betreut und das Zweitgutachten übernommen, und ich möchte die Gelegenheit nutzen, um ihm auch an dieser Stelle nochmals meinen aufrichtigen Dank für die vielfältige wissenschaftliche und persönliche Förderung auszu-drücken, die ich von ihm erfahren habe. Großen Dank schulde ich auch Professor *Dr. Uwe Wesel*, der die Last des Erstgutachtens auf sich genommen hat und mit seiner ebenso unkomplizierten wie unkonventionellen, gleichwohl weiterhelfenden und kritischen Art dem Vorhaben zu einem schnellen und erfrischenden Ende verholfen hat. Professor *Dr. Philip Kunig* hat mir schon während des Studiums mit Rat zur Seite gestanden, und auch als Doktorand konnte ich mich auf seine Hilfsbereitschaft stets verlassen. Stete Diskussionsbereitschaft fand ich bei den Kollegen und Kolleginnen des Instituts für Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin. Die Damen *Mörtz-Rawak* und *Meier* haben mir bei der Beschaffung von Quellen, bei der Vorbereitung des Manuskripts und bei der Drucklegung wertvolle Hilfe geleistet. Die Studie kritisch begleitet und sich hierzu viel Zeit genommen haben schließlich meine Eltern. All ihnen sei herzlich gedankt!

Überhaupt erst ermöglicht wurde die Forschung durch eine Institution, die in letzter Zeit nach einem neuen Selbstverständnis sucht. Der Beitrag der *Studienstiftung des deutschen Volkes* läßt sich dennoch bei weitem nicht auf eine finanzielle Förderung reduzieren. Bleibende Freundschaften und

Einblicke weit über den doch so beschränkten juristischen Tellerrand verdanke ich ihr. Beeindruckt hat mich der beispiellose Unbürokratismus, an den ich nach den Erfahrungen im Referendariat kaum noch zu hoffen wagte. Mein Vertrauensdozent *Reiner Haussherr* hat es stets verstanden, der monotonen Fachsimpelei durch Ausflüge in die Kunst willkommene Abwechslung zu verschaffen.

Doch gilt mein besonderer Dank dem Lande Berlin, das mir durch die Gewährung von Sonderurlaub nicht nur die Zeit für die Anfertigung dieser Studie verschaffte. Der Vorsitzende der Prüfungskommission meines Assessorexamens, Herr Staatssekretär a.D. *Diethard Rauskolb*, rundete meine Eindrücke des Staatsdienstes passend ab und erleichterte erheblich meine persönliche Entscheidung, welche berufliche Schiene ich nicht einschlagen sollte.

Berlin, im Herbst 2002

Bertrand Malmendier

Inhaltsübersicht

Einleitung	19
I. Themeneingrenzung	19
II. Historische Aspekte der Studie	21
1. Wechselwirkungen zwischen Geschichte und Recht	21
2. Vom Sinn rechtsgeschichtlicher Untersuchungen	22
3. Methodologische Vorbemerkungen	24
III. Dogmatische Aspekte der Studie	26
1. Integrierende Methode	26
2. Ein Beitrag zur Materialisierung des subjektiven öffentlichen Rechts	27
3. Ein Beitrag zum heutigen Grundrechtsverständnis	33
4. Ein Beitrag zur Praxis des Verwaltungsprozesses	35

Erster Teil

Ausbildung und Verrechtlichung der Freiheitsidee	37
I. Abwehrrechte gegen den absolutistischen Staat im 18. Jahrhundert	38
1. Die „wohlerworbenen Rechte“ als subjektive Rechtspositionen des einzelnen	40
2. Der Eingriff in wohlerworbene Rechte durch die Obrigkeit und seine Folgen	63
3. Die Fiskustheorie	86
4. Recht zwischen zwei Zeiten	116
II. Die Entwicklung der Freiheitsidee im 19. Jahrhundert	120
1. Entwicklungslinien	120
2. Das staatliche Umfeld der Reformen	122
3. Die neuen Grundrechte	134
4. Die alten wohlerworbenen Rechte	172
5. Die Brücke zum heutigen Staatsabwehranspruch	189
6. Der Freiheitseingriff und seine Folgen	326

Zweiter Teil

Von der Kammerjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit	377
I. Der Rechtsschutz vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	378
1. Die preußische Kammerjustiz und ordentliche Gerichtsbarkeit bis 1808	379

2. Die Reichsgerichtsbarkeit bis 1806	385
3. Die Allzuständigkeit der ordentlichen Gerichte (1808)	402
4. Die Entwicklung der Administrativjustiz seit 1808	404
5. Die Renaissance der ordentlichen Gerichtsbarkeit	417
II. Der Rechtsschutz seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	424
1. Die Justitiabilität staatlichen Handelns	429
2. Objektive Rechtsordnung versus subjektives Recht	433
3. Die Rechtsschutzformen und der Entscheidungsinhalt	457
Literatur- und Quellenverzeichnis	461
Rechtsquellenindex	513
Namen- und Sachverzeichnis	521

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Themeneingrenzung	19
II. Historische Aspekte der Studie	21
1. Wechselwirkungen zwischen Geschichte und Recht	21
2. Vom Sinn rechtsgeschichtlicher Untersuchungen	22
3. Methodologische Vorbemerkungen	24
III. Dogmatische Aspekte der Studie	26
1. Integrierende Methode	26
2. Ein Beitrag zur Materialisierung des subjektiven öffentlichen Rechts	27
3. Ein Beitrag zum heutigen Grundrechtsverständnis	33
4. Ein Beitrag zur Praxis des Verwaltungsprozesses	35

Erster Teil

Ausbildung und Verrechtlichung der Freiheitsidee	37
I. Abwehrrechte gegen den absolutistischen Staat im 18. Jahrhundert	38
1. Die „wohlerworbenen Rechte“ als subjektive Rechtspositionen des einzelnen	40
a) Natürliche und bürgerliche Freiheit	45
b) Subjektive öffentliche und private Rechte	54
c) Wohlerworbene Rechte in der Rechtsordnung	57
d) Heutige Parallelen und Unterschiede	60
2. Der Eingriff in wohlerworbene Rechte durch die Obrigkeit und seine Folgen	63
a) Störende Handlungen des Landesherrn selbst	65
aa) Majestäts- und Hoheitsrechte	74
bb) Eintrittsrecht des Landesherrn	75
cc) „The King can do no wrong“	75
b) Störende Handlungen unterer Verwaltungsbehörden	78
c) Störende Handlungen Privater	80
3. Die Fiskustheorie	86
a) <i>Otto Mayers</i> „Dulde und liquidiere“	87
b) Eine rechtsgeschichtliche Legende	89
aa) Das differenzierte Anspruchssystem des absoluten Staates	89
bb) Die Einheit des Staates	89
c) Fazit	101

c)	Die Wandlungen des Fiskusbegriffs	101
aa)	Der Fiskus als Staat	101
bb)	Der Fiskus als juristische Person des Privatrechts	102
cc)	Der Fiskus als Träger des staatlichen Vermögens.....	102
dd)	Der Fiskus als Privatrechtssubjekt	107
d)	Zur Obsoleszenz des Fiskusbegriffs	116
4.	Recht zwischen zwei Zeiten	116
II.	Die Entwicklung der Freiheitsidee im 19. Jahrhundert.....	120
1.	Entwicklungslinien	120
2.	Das staatliche Umfeld der Reformen	122
a)	Trennung von Staat und Gesellschaft	126
b)	„Dualistische“ Verfassungsstrukturen	130
3.	Die neuen Grundrechte	134
a)	Zwischen Liberalismus und Monarchismus	135
aa)	Frühkonstitutionelle Verfassungen	137
bb)	Die „Paulskirchenverfassung“.....	139
cc)	Die Preußische Verfassungsgebung	142
dd)	Norddeutscher Bund und Deutsches Reich	144
ee)	Die Weimarer Reichsverfassung.....	146
b)	Nachwirkungen der Pflichtenlehre.....	147
c)	Zur Wortschöpfung der Grund„rechte“	150
d)	Leges imperfectae	157
aa)	Umsetzungsschwierigkeiten.....	160
bb)	Erste juristische Einlösungen	165
4.	Die alten wohlherworbenen Rechte	172
a)	Ihre Kontinuität, ihre Wandlungen	173
b)	Der Gesetzesvollziehungsanspruch	174
c)	Justiz- und Administrativsachen.....	183
5.	Die Brücke zum heutigen Staatsabwehranspruch	189
a)	Verfassungsmäßige Rechte und Gesetzespositivismus	194
aa)	Grundrechtseffektivität in der Rechtsprechung	200
bb)	Grundrechtseffektivität durch einfaches Gesetzesrecht	202
cc)	Die Allmacht des Gesetzesstaates	208
b)	„Schutznormtheorie“.....	209
c)	Umfassende Eingriffsfreiheit.....	217
aa)	Der status negativus	219
bb)	Zur Unterscheidung zwischen Freiheit und Recht	224
cc)	Der Staatsabwehranspruch am Ende des 19. Jahrhunderts	246
d)	§ 127 Abs. 3 LVG	247
e)	Zwischen Stagnation und Innovation	259
aa)	Die Fortentwicklung der konstitutionellen Lehren	262
bb)	Die Bedeutung der Weimarer Grundrechte	281
cc)	Die Herausforderungen der neuen Verfassungsordnung	296

f) Nichts Neues	305
aa) Die Entstehung der Individualrechtsschutzgarantie	306
bb) Der Staatsabwehranspruch in der Verwaltungsgerichtsordnung ...	315
6. Der Freiheitseingriff und seine Folgen	326
a) Der (angeblich) „klassische“ Eingriff	330
aa) Eingriffe des Gesetzgebers	333
bb) Eingriffe des Richters	351
cc) Eingriffe in dreipoligen Rechtsverhältnissen	352
dd) Gründe für die Annahme eines „klassischen“ Eingriffs	365
ee) Rückblick	368
b) Die Fehlerhaftigkeit des staatlichen Handelns	369
aa) Gesetze oder Verordnungen als Rechtmäßigkeitsmaßstab	370
bb) Zur Unrechtsunfähigkeit des Regenten	372
c) Der Anspruchsgegner	374

Zweiter Teil

Von der Kammerjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit 377

I. Der Rechtsschutz vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	378
1. Die preußische Kammerjustiz und ordentliche Gerichtsbarkeit bis 1808 ..	379
a) Die Klagebefugnis	382
b) Der Entscheidungsinhalt	384
2. Die Reichsgerichtsbarkeit bis 1806	385
a) Beklagter, Prüfungsdichte und Entscheidungsinhalt	388
b) Rechtliche und faktische Schranken der Reichsgerichtsbarkeit	392
aa) „Reichsfreie“ und eximierte Landesteile	393
bb) Die Austräge	393
cc) Privilegia de non appellando	396
dd) Diskrepanzen zwischen Sein und Sollen	398
3. Die Allzuständigkeit der ordentlichen Gerichte (1808)	402
4. Die Entwicklung der Administrativjustiz seit 1808	404
a) Die Administrativjustiz zwischen Exekutive und Judikative	405
aa) Das französische Vorbild	407
bb) Nord- und süddeutsches Modell	410
b) Die Beschwerde	414
c) Der Entscheidungsinhalt	417
5. Die Renaissance der ordentlichen Gerichtsbarkeit	417
II. Der Rechtsschutz seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	424
1. Die Justitiabilität staatlichen Handelns	429
2. Objektive Rechtsordnung versus subjektives Recht	433
a) <i>Rudolf Gneists</i> Konzeption	436
b) Funktionen gerichtlicher Verfahren	442

aa) „Formelle“ Interessenklagen	443
bb) Rechtsschutzklagen	443
cc) „Materielle“ Interessenklagen	444
c) Ein Scheinstreit	447
3. Die Rechtsschutzformen und der Entscheidungsinhalt	457
Literatur- und Quellenverzeichnis	461
Rechtsquellenindex	513
Namen- und Sachverzeichnis	521

Abkürzungsverzeichnis

Die Abkürzungen folgen, sofern sie nicht allgemein üblich oder aus sich heraus verständlich sind, denen von *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage 1993, bis auf:

AGB	Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten von 1791 (zitiert nach der in der Königl. Hofbuchdruckerei gedruckten und 1791 in Berlin erschienenen Ausgabe)
AnlStVerhAbgH	Anlagen zu den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des preußischen Hauses der Abgeordneten
ArchSozWiss.	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
Ausg.	Ausgabe
Bearb.	Bearbeiter
BayRegIntBl.	Regierungs- und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern
Bg.	Begründer
BGBI. NDB	Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes
BVerwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1952 (BGBI. I, S. 625–635)
CCM	Corpus constitutionum Marchicarum
CJCG	Corpus Juris Confoederationis Germanicae, oder Staatsacten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes, Nach officiellen Quellen herausgegeben von Philipp Anton Guido von Meyer, Ergänzt und bis auf die neueste Zeit fortgeführt von Heinrich Zoepfl, Zweiter Theil: Beschlüsse der Deutschen Bundesversammlung, 3. Auflage 1859.
E	Entwurf
Éd.	Édition
Eglfg.	Ergänzungslieferung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 (BGBI. II S. 766) i. d. F. des Vertrages über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 (BGBI. II S. 1253/1256)
Einl.	Einleitung
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 (BGBI. II S. 1251)
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GStA PK	Geheimes Staatsarchiv Preußischer Kulturbesitz
HAbt.	Hauptabteilung

HChE	Entwurf eines Grundgesetzes durch den Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen vom 23. August 1948 (Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, 1948, S. 61–85)
Hg.	Herausgeber
HZ	Historische Zeitschrift
Jb. f. d. Dogmatik d. heut. röm. u. dt. Privatrechts	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JbSächsOVG	Jahrbücher des Königlich Sächsischen Oberverwaltungsgerichts
JK	Jura-Karteikarte
J.O.	Journal officiel de la République Française
KrO	Kreisordnung für die Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien und Sachsen vom 13. Dezember 1872 (PrGS, Nr. 8080, S. 661–714)
LVG	[Preußisches] Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 (PrGS, Nr. 8951, S. 195–236)
NCC	Novum corpus constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum
NDB	Norddeutscher Bund
OrgG	[Preußisches] Gesetz über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung vom 26. Juli 1880 (PrGS, Nr. 8731, S. 291–313)
<i>P.N.</i>	prænomen nescio (Vorname unbekannt)
PrGS	Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten/Preußische Gesetzsammlung
PrLT-Drucks.	Sammlung der Drucksachen des Preußischen Landtags (Anlagen zu den Sitzungsberichten)
ProTE	Entscheidungen des Königlichen Geheimen Preußischen Ober-Tribunals
ProVGE	Entscheidungen des (Königlichen) Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrVerf	Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850 (PrGS, Nr. 3212, S. 17–35)
PVG	[Preußisches] Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 (PrGS, Nr. 13604, S. 77–94)
Rep.	Repositur
RR	Reichsrat
SächsGVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen
SächsOVG	(Königlich) Sächsisches Oberverwaltungsgericht
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

StGHE	Hans-Heinrich Lammers/Walter Simons (Hg.), Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung
StNV	Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen constituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main
SZ	Süddeutsche Zeitung
Tn.	Textnummer
VDJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages
VDNV	Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung
VStAussch.	Niederschriften über die Verhandlungen des Staatenausschusses bzw. Reichsrats des Deutschen Reichs
VerfGHG	Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof vom 10. Mai 1990 (GVBl. S. 122–134, ber. S. 231)
VwGG	[Preußisches] Gesetz, betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3. Juli 1875 (PrGS, Nr. 8337, S. 375–392) i. d. F. der Bek. vom 2. August 1880 (PrGS, Nr. 8733, S. 327–348)
WürttVGH	Württembergischer Verwaltungsgerichtshof
WürttZRpfVw.	Fr. Haller/Ed. Natter (Hg.), Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung; von Heft 7 des XXIV. Jg. (1931) an: Württembergische Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege
ZsRpfIBraunschw.	Adolf Dedekind (Hg.), Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthume Braunschweig
ZustG	[Preußisches] Gesetz, betreffend die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichtsbehörden im Geltungsbereiche der Provinzialordnung vom 29. Juni 1875 vom 26. Juli 1876 (PrGS, Nr. 8446, S. 297–344)

Das Zeichen | in wörtlichen Zitaten weist auf einen Seitenumbruch im Original hin.

Einleitung

I. Themeneingrenzung

(1) Freiheit. Ein großes Wort. Schillernd, für die einen alles, für die anderen nichts sagend, von viel versprechenden Politikern nicht mehr mißbraucht als vom Egoismus politikverdrossener Bürger. Etymologisch ist die „Freyheit“ mit den Wörtern „Friede“ und „Freund“ im Sinne eines geschützten, geschonten und liebenden Verhältnisses in Familie und Gemeinschaft eng verwandt¹. Die Briten haben diesen Sinnzusammenhang im englischen freedom bis heute erhalten. Die Deutschen unterscheiden hingegen zwischen Friede und Freiheit. Ihre Unterscheidung hilft dem Juristen wenig: Schillernd war und ist die Freiheit auch im Recht. Wenn wir uns im folgenden mit ihr befassen wollen, dann nur mit einem bescheidenen Ausschnitt, und wohl nicht dem wichtigsten, in einem heute eher schwachen Staat, dem man eine Schlankheitskur verschrieben hat und dessen vordringlichste Aufgabe es werden könnte, die „reale“ Freiheit des einzelnen vor seinen Mitmenschen durch staatliche Eingriffsreserven zu schützen, wenn einst öffentliche Aufgaben auf der Flucht vor der erdrückenden Finanzlast in einem Privatisierungsrausch zunehmend auf Private verlagert werden bis hin zu der Auffassung, der Staat sei nicht einmal verpflichtet, die innere und äußere Sicherheit durch eigene Organe zu gewährleisten², wenn die organisierte Kriminalität besser ausgestattet ist als manch ein Staatsanwalt und man sich fragen kann, wer wen „belauscht“, wenn das Faustrecht jener „schlechthin konstituierenden“ vierten Gewalt längst die öffentliche Meinung diktiert und den politischen Kurs nicht mehr nur beobachtet, sondern nunmehr maßgeblich gestaltet. Doch solange es diesen Staat geben wird, ob nun an Bulimie erkrankt oder an chronischem Gewichtsverlust leidend, ob nun ungeheuerlicher Leviathan oder friedliches Lamm, wird sich die Frage nach seiner *Distanz zum Individuum* stellen, einmal mehr, einmal weniger pointiert. Hierum soll es im folgenden gehen, wenn von verrechtlichter Freiheit die Rede ist.

(2) Neu ist das Thema gewiß nicht. Abwehransprüche des einzelnen gegen den Staat, gerichtlich durchsetzbare Unterlassungs- und Beseitigungsan-

¹ *Dilcher*, Freiheit (MA), in: Erler/Kaufmann (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, I. Band, 1971, Sp. 1228 (1229).

² *Lecheler*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, BayVBl. 1994, 555 (558).

sprüche, sind eine Errungenschaft des Konstitutionalismus. Die Flut an Judikatur und Literatur ist seitdem unübersehbar, – die Feststellung *Klaus Sterns*, wer für den Grundrechtsbereich Lückenlosigkeit erstrebe, „hätte nur zu lesen, zum Schreiben bliebe ihm keine Zeit mehr“³, trifft für den umfassenderen Bereich des subjektiven öffentlichen Rechts um so mehr zu –, und die Lehre des subjektiven öffentlichen Rechts entwickelt sich immer mehr zu kasuistischen Spezialwissenschaften des Besonderen Verwaltungsrechts. Was also kann eine weitere Arbeit über dieses alte Thema „Neues“ bringen?, wird sich der Leser berechtigt fragen.

(3) Sie kann Entscheidungen der Rechtsprechung systematisieren, – und wird zum Handbuch, ohne neue Erkenntnisse zu liefern. Sie kann eine ganz neue Grundlegung des subjektiven öffentlichen Rechts beabsichtigen, – und wird eine schon verschwommene Figur noch verschwommener machen, ohne je in der Praxis um den Preis der Rechtssicherheit Beachtung zu finden. Beides soll denn auch nicht versucht werden. Nicht Revolutionierung, sondern teilweise neue Belichtung und partiell andere Akzentuierung bestimmter Dimensionen des öffentlichrechtlichen Abwehranspruchs in seinem rechtshistorischen Kontext sind das Ziel dieser Arbeit.

(4) Die Weite des Themas und das Ziel der Arbeit, dem Leser einen *Gesamtüberblick* über die vielschichtige Entwicklung des Staatsabwehranspruchs (und seiner Durchsetzbarkeit in der gerichtlichen Realität) zu verschaffen, machen es zum Teil erforderlich, auf Einzelheiten zu verzichten, sich nicht in Finessen zu verlieren und die Akzente auf das Wesentliche zu legen. Sich (in ihrem Umfang) von Habilitationen kaum noch unterscheidende Dissertationen von 400 Seiten und mehr sind heute keine Seltenheit mehr. Eine Dissertation von 1910 über die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage wies 42 Seiten auf, das Literaturverzeichnis 22 Veröffentlichungen⁴; 1931 erschien eine Habilitationsschrift über das subjektive Recht, die aus 70 Seiten bestand und ein zweieinhalbseitiges Literaturverzeichnis vorwies⁵. Was damals keine Ausnahmerecheinung war, entspricht heute dem Umfang von Hausarbeiten in juristischen Übungen. Vielleicht sind auch deswegen Juristen so unbeliebt (geworden), weil sie sich nicht (mehr) kurz fassen können und wollen⁶. Zugegeben, allzu kurz gibt sich die vorliegende Untersuchung auch nicht. Einen Mittelweg zu gehen hat sie versucht, der die großen geistesgeschichtlichen Entwicklungslinien um die erforderlichen

³ Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, S. VII.

⁴ *Poensgen*, Die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage nach der württembergischen, preußischen, badischen und sächsischen Gesetzgebung.

⁵ *Schantz*, Das subjektive Recht als Bestandteil des allgemeinen Teils der Rechtsordnung.

⁶ Als eine Antwort auf *Braun*, Über die Unbeliebtheit des Juristen, JuS 1996, 287–290.

Details aus der täglichen Rechtspraxis ergänzt. Sie will die geschichtliche Entwicklung weder aus einer ausschließlich mikroskopischen Sicht noch aus einer von der Wirklichkeit abgehobenen Makroperspektive betrachten. Sich in Detailkenntnisse zu flüchten, ist zu einfach; sich an verallgemeinernden Interpretationen zu versuchen, ohne dem Leser mitzuteilen, worauf sie sich gründen, zu gefährlich. Ein gewisses geschichtliches und juristisches Vorverständnis des Lesers wird vorausgesetzt; die Studie *so* fließend und lebendig zu schreiben, daß sie auch vom rechtsgeschichtlich unvorgebildeten Leser prompt verstanden wird, war dem Verfasser als Juristen zu schwierig. Um die Lesbarkeit jedenfalls für rechtshistorisch Interessierte zu gewährleisten, wurde versucht, die Fußnoten auf ihre eigentliche Funktion zurückzuführen. Ob dies gelungen ist, hat allein der Leser zu entscheiden.

II. Historische Aspekte der Studie

1. Wechselwirkungen zwischen Geschichte und Recht

(5) Die Abhandlung verfolgt trotz ihrer isoliert-geschlossenen Darstellungsweise alleine den Zweck, zum besseren Verständnis des heutigen öffentlichrechtlichen Abwehrenspruchs beizutragen. Sie ist trotz ihrer geschichtswissenschaftlichen Methode nicht um ihrer selbst willen geschrieben, versteht sich lediglich als notwendiges Vorverständnis zur heutigen Rechtslage. Hieraus ergeben sich die in der Studie immer wieder auftauchenden Querverbindungen zur Gegenwart. Jede vertiefte Untersuchung des heutigen subjektiven öffentlichen Rechts wird zwangsläufig in die Weimarer Zeit zurückverweisen. Der Stand des Weimarer Staats- und Verwaltungsrechts wiederum erschließt sich nur demjenigen, der bereit ist, sich auf die Wurzeln der Weimarer Rechtswissenschaft im deutschen Konstitutionalismus weiterverweisen zu lassen. Unendlich holt einen die Vergangenheit indessen nicht ein: Das ausgehende 18. Jahrhundert markiert – wie in der Arbeit verdeutlicht werden wird – eine historische Zäsur, die sich auch im Recht und damit in seiner Geschichte manifestiert.

(6) Sich nicht in Einzelheiten und Besonderheiten zu verlieren, um Überschaubarkeit, Verständlichkeit und Lesbarkeit zu gewährleisten, gleichwohl wissenschaftlich fundiert zu sein, war der kompromißhafte Leitgedanke dieser Studie. Um Nachsicht wird deshalb gebeten, wenn einzelne Epochen kürzer als andere dargestellt werden, diese Kürze zwangsläufig zur Gedrängtheit führt und der interessierte Leser auf weiterführende Nachweise in den Fußnoten verwiesen wird. Wenn einmal ein Entwicklungsaufriß genügt, ist ein anderes Mal eine genauere Schilderung nützlich. Während die vorkonstitutionelle Zeit linearartig skizziert werden konnte, erwies sich eine detailliertere Auseinandersetzung mit Gesetzgebung, Rechtsprechung und