

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 507

**Geschichtliche Grundlagen der Lehre  
vom subjektiven öffentlichen Recht**

Von

**Hartmut Bauer**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**HARTMUT BAUER**

**Geschichtliche Grundlagen der Lehre  
vom subjektiven öffentlichen Recht**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 507**

# Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht

Von

Dr. Hartmut Bauer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Bauer, Hartmut:**

Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom  
subjektiven öffentlichen Recht / von Hartmut  
Bauer. — Berlin: Duncker und Humblot, 1986.  
(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 507)  
ISBN 3-428-06053-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1986 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Gedruckt 1986 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06053-9

## Vorwort

Das einst von *Ottmar Bühler* als „Eckstein im Bau der rechtsstaatlichen Grundbegriffe und des Rechtssystems“ gepriesene subjektive öffentliche Recht befindet sich heute in einem äußerst kritischen Entwicklungsstadium: Während es von den einen „nach wie vor zu den wesentlichen Strukturbegriffen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts“ (*Georg Röss*) gezählt wird, erscheint es anderen „schlicht überflüssig“ (*Norbert Achterberg*). Die Gründe für die bereits mehrfach konstatierte „Krise des subjektiven öffentlichen Rechts“ sind nicht zuletzt in der Geschichte zu suchen, geht das noch vorherrschende Schulverständnis dieser Rechtsfigur doch in wesentlichen Punkten auf das öffentliche Recht des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts zurück. Durch verschiedene Modifikationen wurde zwar versucht, die traditionelle Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht an zwischenzeitliche Veränderungen des Rechtsgefüges und des Rechtsdenkens anzupassen. Dabei konnten jedoch konzeptionelle Brüche und strukturelle Spannungen nicht ausbleiben, die in vielen Regelungsbereichen zu einer — teilweise sogar verwirrenden — Unübersichtlichkeit des Rechtszustandes geführt haben. Nicht ohne Grund wird deshalb in jüngerer Zeit zunehmend eine grundsätzliche Neubesinnung befürwortet. Die dabei anzutreffenden Neuorientierungsvorschläge belegen zugleich das gegenwärtig mehr denn je bestehende Bedürfnis nach einer Grundsatzdiskussion, die über die — ohnehin teils nur kurzlebigen — Fragestellungen und Problemlösungen der „Tagesjurisprudenz“ hinausgreift und vorrangig die bislang viel zu sehr vernachlässigten *Grundlagen* der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht in den Blick nimmt. Hierzu will die vorliegende Studie aus verfassungs- und verwaltungsgeschichtlicher Perspektive einen Beitrag leisten.

Die Untersuchung wurde im Sommersemester 1985 abgeschlossen und im Wintersemester 1985/86 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Betreut wurde sie von Herrn Prof. Dr. *Dieter Suhr*, dem ich für seine ständige Gesprächsbereitschaft, mannigfache Anregungen, hilfreiche Hinweise und wohlwollende Kritik danke. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. *Reiner Schmidt*, der das Entstehen der Arbeit kritisch begleitet und mich als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl auf vielfältige Weise gefördert hat. Ferner bedanke ich mich bei Freunden und Kollegen für den fruchtbaren Gedankenaustausch in Sachen „subjektives öffentliches Recht“.

*Hartmut Bauer*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b>	11
I. Das aktuelle Kernproblem der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht ...	11
II. Die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht als Gegenstand verfassungs- und verwaltungsgeschichtlicher Reflexion .....	15
 <i>Erster Abschnitt</i>	
<b>Vorläufer des subjektiven öffentlichen Rechts im deutschen Mittelalter und im Zeitalter des Absolutismus</b>	22
I. Zum historischen Ursprung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht ...	22
II. „Subjektive Rechte“ im mittelalterlichen Rechts- und Ordnungsgefüge .....	26
1. Das subjektive Recht als integrierter Bestandteil von personalen „Rechte- und Pflichtenverhältnissen“ .....	27
2. Erscheinungsformen .....	30
III. „Subjektive Rechte“ im absolutistischen Rechts- und Ordnungsgefüge .....	32
1. Das subjektive Recht im Spannungsfeld von Recht und Gegenrecht .....	33
2. Erscheinungsformen .....	37
 <i>Zweiter Abschnitt</i>	
<b>Der Kampf um das subjektive öffentliche Recht im 19. Jahrhundert</b>	43
I. Das staatsrechtliche Umfeld der modernen Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht .....	45
1. Die dualistische Verfassungsstruktur der konstitutionellen Monarchie ...	45
a) Das monarchische Prinzip .....	45
b) Die Freiheitsverbürgungen .....	47
2. Der „Staat des 19. Jahrhunderts“ .....	48
3. Der staatsrechtliche Positivismus und die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht .....	51
II. Die Grundrechtsentwicklung .....	54
1. Der Frühkonstitutionalismus .....	55
a) „Rechte“ und „Pflichten“ .....	56
b) Die rechtliche Tragweite der Grundrechte .....	59

2. Der Spätkonstitutionalismus .....	62
3. Der Streit über den subjektiv-rechtlichen Charakter der Grundrechte .....	65
III. Der „Begriff“ des subjektiven öffentlichen Rechts .....	69
1. Die tendenzielle Abdrängung des „gerichtsgeschützten“ subjektiven Rechts in das Privatrecht und die „Rückholung“ des subjektiven Rechts in das öffentliche Recht .....	70
a) Die Rechtswegspaltung .....	70
b) Die Orientierung am subjektiven Privatrecht bei der Grundlegung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht .....	73
2. Die „Begriffsmerkmale“ des subjektiven öffentlichen Rechts .....	76
a) Das Merkmal des „zwingenden Rechtssatzes“ .....	77
b) Das Merkmal der „Rechtsmacht“ .....	78
c) Das Merkmal der „Schutznorm“ .....	80

### *Dritter Abschnitt*

#### **Die Konsolidierung des subjektiven öffentlichen Rechts in der Weimarer Zeit**

84

I. Verfassungstheoretische und verfassungsrechtliche Ansätze zu einer Neuorientierung .....	86
II. Die „juristische“ Bedeutung der Grundrechte und Grundpflichten .....	90
III. Die Kontinuität der (einfachen) subjektiven öffentlichen Rechte .....	94

### *Vierter Abschnitt*

#### **Der Kampf wider das subjektive öffentliche Recht im Nationalsozialismus**

102

I. Die nationalsozialistische „Rechtserneuerung“ .....	103
II. Die „volksgenössische Rechtsstellung“ .....	108
III. Das Schicksal des subjektiven öffentlichen Rechts .....	112
1. Die Grundrechte .....	113
2. Die verwaltungsrechtlichen subjektiven öffentlichen Rechte .....	114

### *Fünfter Abschnitt*

#### **Das subjektive öffentliche Recht im Wandel**

117

I. Der Wandel des subjektiven Rechts in der historischen Dimension .....	119
1. Die Komplexität des subjektiven Rechts .....	119
2. Entwicklungsstationen des subjektiven (öffentlichen) Rechts .....	123
II. Die Krise des subjektiven öffentlichen Rechts im Recht der Gegenwart .....	128

1. Zur Entwicklung der „herrschenden“ Lehre nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes .....	129
a) Der Dualismus von Grundrechtslehre und Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht .....	130
b) Das subjektive öffentliche Recht des Untertanen zwischen ungebrochener Kontinuität und strukturtiefer Veränderung .....	133
aa) Die Rezeption der „klassischen“ Konzeption .....	133
bb) Modifikationen und Akzentverschiebungen .....	135
aaa) Zum „Begriff“ des subjektiven öffentlichen Rechts .....	136
bbb) Zur sog. „Schutznormtheorie“ .....	140
ccc) Die tendenzielle Problemverlagerung auf die sog. „Drittrechte“ .....	143
ddd) Zu den Anwendungsunsicherheiten der „herrschenden“ Konzeption .....	148
2. Zur Meinungsvielfalt im Schrifttum .....	154
III. Bausteine für eine Neuorientierung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht .....	161
1. Die Notwendigkeit eines konzeptionellen Neuansatzes .....	161
2. Vom allgemeinen Gewaltverhältnis zum allgemeinen Rechtsverhältnis ....	167
3. Die Bedeutung des Rechtsverhältnisses für den „Begriff“ und die „Konzeption“ des subjektiven öffentlichen Rechts .....	170
a) Zum „Begriff“ des subjektiven öffentlichen Rechts .....	172
b) Zur „Konzeption“ des subjektiven öffentlichen Rechts .....	174
4. Zur Ermittlung subjektiver öffentlicher Rechte, dargestellt insbesondere am Beispiel des materiellen öffentlichen Baunachbarrechts .....	176
 <b>Schluß</b>	 186
 <b>Literaturverzeichnis</b>	 187



# Einführung

## I. Das aktuelle Kernproblem der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht

Rechtswissenschaftliche Studien, die sich mit „althergebrachten öffentlich-rechtlichen Institutionen“ beschäftigen, werden häufig mit einem Hinweis auf das 1924 von *O. Mayer* geprägte Wort „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“<sup>1</sup> eingeleitet. Beinahe ebenso häufig wird dieser schon damals provozierenden<sup>2</sup> These das moderne (Verfassungs-)Rechtsverständnis entgegengehalten, das sich — schlagwortartig verkürzt — mit *F. Werners* Gegenthese „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“<sup>3</sup> überschreiben läßt<sup>4</sup>.

Die Konfrontation der beiden offensichtlich gegensätzlichen<sup>5</sup> Auffassungen mag abgetragen wirken<sup>6</sup>, hat aber einen guten Grund. Bis weit nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes herrschte nämlich in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis eine Haltung vor, welche die Beharrungskraft des Verwaltungsrechts gegenüber dem geänderten Verfassungsrecht deutlich überbetonte<sup>7</sup>. Heute ist die „Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts“ dagegen nahezu durchweg anerkannt<sup>8</sup>. Sie macht es erforderlich, sowohl bei grundsätzlichen Überlegungen zur öffentlichrechtlichen Dogmatik als auch bei der Lösung konkreter Einzelfragen des öffentlichen Rechts das Verwaltungsrecht *und* das Verfassungsrecht in den Blick zu nehmen. Dadurch nimmt das Verwaltungsrecht teil an Änderungen der Verfassung und an der — in beschränktem Umfang möglichen<sup>9</sup> — Anpassung des Verfassungsrechts an eine gewandelte Verfassungswirklichkeit.

---

<sup>1</sup> Verwaltungsrecht, Bd. I, Vorwort zur 3. Aufl., 1924.

<sup>2</sup> Vgl. nur *F. Fleiner*, Institutionen, 8. Aufl., 1928, S. V: „Die Neugestaltung des Verfassungsrechts hat in Deutschland einen starken Einfluß auch auf das Verwaltungsrecht ausgeübt. Alte Rechtsinstitute haben einen veränderten Sinn bekommen ...“.

<sup>3</sup> DVBl. 1959, S. 527 ff.

<sup>4</sup> Vgl. zur Problematik allgemein z.B. *O. Bachof*, VVDStRL 30 (1972), S. 193 ff. (S. 195 ff., 204 ff.) und *P. Häberle*, BayVBl. 1977, S. 745 ff.

<sup>5</sup> Strittig — anderer Ansicht etwa *N. Achterberg*, JA 1980, S. 210 ff. (S. 210); wie hier z.B. *I. v. Münch*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1983, S. 1 ff. (S. 33).

<sup>6</sup> *F. Ossenbühl*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1983, S. 59 ff. (S. 71) spricht von dem „üblichen Ritual“, bei der Thematisierung des Verhältnisses von Verfassung und Verwaltung die beiden Zitate anzuführen.

<sup>7</sup> Vgl. *F. Ossenbühl* (FN 6), S. 71.

<sup>8</sup> Siehe dazu aus jüngerer Zeit z.B. *R. Wahl*, NVwZ 1984, S. 401 ff.

Für das subjektive Recht sind diese Zusammenhänge schon allein deshalb von besonderer Brisanz, weil es Bestandteil des Verfassungsrechts und des Verwaltungsrechts ist. Das subjektive Recht drängt sich demnach förmlich dazu auf, die „Nagelprobe“ auf die beiden gegensätzlichen Thesen von *O. Mayer* und *F. Werner* zu machen. Insoweit sticht bei oberflächlicher Betrachtung eine auffällige Diskrepanz der Rechtsentwicklung ins Auge: Während sich die aktuelle Diskussion über die subjektiven Rechte des Verfassungsrechts und insbesondere über die Grundrechte weit von den „klassischen“ Positionen des ausgehenden 19. Jahrhunderts entfernt hat, ist für die subjektiven Rechte des Verwaltungsrechts bis heute in wesentlichen Punkten diejenige Prägung maßgebend geblieben, die sie um die letzte Jahrhundertwende erhalten haben — den „Grundrechten im Wandel“<sup>10</sup> steht das (einfache) subjektive öffentliche Recht scheinbar als ein weitgehend unverändertes Rechtsinstitut des Verwaltungsrechts<sup>11</sup> gegenüber.

Gleichwohl wäre es nur teilweise zutreffend, wenn man hierin eine Bestätigung für die Resistenz verwaltungsrechtlicher Grundkategorien gegenüber Veränderungen des Verfassungsrechts sehen wollte. Denn abgesehen von gewissen zwischenzeitlichen Modifikationen<sup>12</sup> wurde seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ein Prozeß in Gang gesetzt, in dessen Verlauf sich das verwaltungsrechtliche subjektive Recht immer neue Anwendungsfelder erschlossen hat. Ungeachtet des prinzipiellen Festhaltens an der „klassischen“ Konzeption versuchte das Verwaltungsrecht, durch diese „Expansion des subjektiven

---

<sup>9</sup> Siehe zum Problem des „Verfassungswandels“ allgemein etwa *P. Lerche*, Stiller Verfassungswandel, in: Festgabe T. Maunz, 1971, S. 285 ff.; *K. Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift U. Scheuner, 1973, S. 123 ff.; *P. Häberle*, ZfP 21 (1974), S. 111 ff.; *W.-R. Schenke*, AÖR 103 (1978), S. 566 ff.; *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982 und — zuletzt — *W. Fiedler*, JZ 1985, S. 18 ff.

<sup>10</sup> So eines der Stichworte, unter denen heute verbreitet der aktuelle Stand der Grundrechtsentwicklung behandelt wird; vgl. etwa *E. Friesenhahn*, Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: 50. DJT, Bd. II, 1974, S. G 1 ff.; *H.H. Rupp*, AÖR 101 (1976), S. 161 ff. (S. 161: „Vom Wandel der Grundrechte“) und *P. Saladin*, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., 1982.

<sup>11</sup> Als Beleg für die „ungebrochene Kontinuität“ des (einfachen) subjektiven öffentlichen Rechts mag an dieser Stelle ein Hinweis auf die Arbeiten von *O. Bühler* (Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914; Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts, in: Festgabe F. Fleiner, 1927, S. 26 ff.; Altes und Neues, in: Gedächtnisschrift W. Jellinek, 1955, S. 269 ff.) genügen. Sie werden — ungeachtet aller zwischenzeitlichen Modifikationen — auch heute noch verbreitet als grundlegend angesehen; vgl. dazu statt vieler *H.J. Wolff*, *O. Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 327. Die Erscheinungsdaten von *Bühlers* Stellungnahmen zum subjektiven öffentlichen Recht zeigen, daß es sich bei diesen Arbeiten um „Brückenschläge“ vom Verwaltungsrecht des ausgehenden Kaiserreiches (1914) zum Verwaltungsrecht der Weimarer Republik (1927) und von dort zum Verwaltungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1955) handelt.

<sup>12</sup> Auf die Notwendigkeit derartiger Modifikationen machte vor allem *O. Bachof*, Reflexwirkungen und subjektive Rechte, in: Gedächtnisschrift W. Jellinek, 1955, S. 287 ff. frühzeitig unter Hinweis auf das gewandelte Verfassungsrecht aufmerksam.

öffentlichen Rechts<sup>13</sup> mit der „stürmischen“ Entwicklung des Verfassungsrechts Schritt zu halten. Wegweisende Bedeutung kam dabei nicht selten verfassungsrechtlichen „Richtlinien und Impulsen“ für die Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts<sup>14</sup> zu.

Die stetige „Zunahme“ (einfacher) subjektiver öffentlicher Rechte dokumentiert, daß nicht nur die subjektiven Rechte des Verfassungsrechts, sondern auch die subjektiven Rechte des Verwaltungsrechts in einem „Wandel“ begriffen sind. Beide zeigen sich zwar — wenn auch mit unterschiedlicher Intensität — den traditionellen Positionen des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts verbunden; gleichzeitig haben sich aber beide Arten von subjektiven Rechten — wenn auch auf unterschiedlichen Wegen — von eben diesen Positionen deutlich abgesetzt.

Marksteine dieser Rechtsentwicklung sind auf verfassungsrechtlicher Ebene vor allem die Ausbildung ständig neuer „Grundrechtsverständnisse“<sup>15</sup>, denen verbreitet ausschlaggebende Bedeutung für die Auslegung der Grundrechte beigemessen wird<sup>16</sup>, und die verstärkte Zulassung von sog. „grundrechtsunmittelbaren Drittklagen“<sup>17</sup>. Verwaltungsrechtliche Pendanten hierzu sind die Anerkennung neuer (einfacher) subjektiver Rechte, von denen das Recht auf Fürsorge<sup>18</sup> und das Recht auf polizei- bzw. ordnungsbehördliches Einschreiten<sup>19</sup> besonders herausragen, sowie die Generierung neuer Rechtsfiguren wie beispielsweise des „Gebotes der Rücksichtnahme“<sup>20</sup>, mit denen früher herrschende Positionen relativiert und „aufgeweicht“ wurden. Am vorläufigen Endpunkt der Entwicklung stehen eine Fülle von subjektiven Rechten, deren Anerkennung für die Väter der „klassischen“ Lehre kaum vorstellbar gewesen sein dürfte.

---

<sup>13</sup> Vgl. *J. Isensee*, Zugang zum öffentlichen Dienst, in: Festgabe BVerwG, 1978, S. 337 ff. (S. 337).

<sup>14</sup> Siehe dazu allgemein BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>15</sup> Siehe dazu z.B. *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, S. 1529 ff.; *F. Ossenbühl*, NJW 1976, S. 2100 ff. und *K. Hesse*, HdbVR, 1983, S. 79 ff.

<sup>16</sup> Vgl. *H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Stark*, Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., 1985, Rdnr. 106 zu Art. 1. Kritisch z.B. *J. Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 5 ff. und *D. Suhr*, EuGRZ 1984, S. 529 ff., (S. 530 ff.).

<sup>17</sup> Z.B. BVerwGE 30, 191 (auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützte Konkurrentenklage im Subventionsrecht); 32, 173 (auf Art. 14 GG gestützte baurechtliche Nachbarklage); 42, 141 (auf Art. 6 Abs. 1 GG gestützte Ehegattenklage im Ausländerrecht); 54, 211 (prinzipielle Anerkennung der Möglichkeit, eine Drittklage im Umweltrecht auf Art. 2 Abs. 2 GG zu stützen); 66, 307 (zur im wesentlichen aus Art. 14 GG hergeleiteten Klagebefugnis eines Fischers gegen die Genehmigungserteilung zur Dünnsäureverklappung in der Nordsee).

<sup>18</sup> BVerwGE 1, 159.

<sup>19</sup> Grundlegend: BVerwGE 11, 95.

<sup>20</sup> Vgl. dazu aus jüngerer Zeit z.B. *R. Breuer*, DVBl. 1982, S. 1065 ff.; *K. Redeker*, DVBl. 1984, S. 870 ff.; *O. Schlichter*, DVBl. 1984, S. 875 ff.; *R. Alexy*, DÖV 1984, S. 953 ff. und *F.-J. Peine*, DVBl. 1984, S. 963 ff.