

## § 54

# Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht

Luc Heuschling

### Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Ein facettenreicher Fragenkomplex	1– 3	b) Das Band zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft	28–29
II. Eine methodische Vorfrage: Die Definition des „Verwaltungsrechts“ und des „Verfassungsrechts“	4–10	5. Zwischenbilanz: Eine Neudefinition der Problematik	30
1. Die asymmetrische Grenzziehung auf dem Kontinent (außer in Österreich)	5– 7	IV. Großbritannien: Immer noch ein Sonderfall?	31–42
2. Das Vereinigte Königreich: Eine amorphe, im Umbruch befindliche materielle Grenzziehung	8–10	1. Diceys Anathema: Die konstitutionelle Vereisung des Verwaltungsrechts	32–36
III. Die „Zwei-Welten-Lehre“: Eine Rarität und ein begriffliches Unding	11–30	a) Eine falsche Verallgemeinerung: Die Existenz des englischen Verwaltungsrechts	33–34
1. Eine schwer fassbare „Theorie“	11–12	b) Diceys Wirkungsmächtigkeit als Indiz eines gewissen Vorrangs der Verfassungsprinzipien	35–36
2. Die deutsche Debatte zum Diktum Otto Mayers	13–16	2. Die zeitgenössische Konstitutionalisierung des (Verwaltungs-)Rechts	37–42
a) Irrlicht: Das Mayersche Diktum als Ausdruck der Zwei-Welten-These	14	a) Die Debatte über die verfassungsrechtlichen Grundlagen der gerichtlichen Kontrolle	38–39
b) Ein Körnchen Wahrheit: Die Problematik der Verfassungsumbrüche	15–16	b) Die Rangsteigerung von Teilen der Verfassung aufgrund des Human Rights Act und der Europäischen Menschenrechtskonvention	40–42
3. Der französische Fall oder die logische Unmöglichkeit der Zwei-Welten-Lehre	17–23	V. Das gemeineuropäische Paradigma einer variablen Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts	43–71
a) Frankreich als Heimat der Zwei-Welten-Lehre?	17–18	1. Ein breites Spektrum: Divergenzen in Wort und Sache	45–51
b) Die Zwei-Welten-Lehre unter der Feder von René Chapus und Georges Vedel	19–20	a) Ein Fall außerhalb des Mainstream: Schweden	46–47
c) Der punktuelle Wahrheitsgehalt: Die Rivalität der Gerichte und das Auseinanderdriften beider Rechtsmaterien	21–23	b) Die Avantgarde des Mainstream: Deutschland	48
4. Ein letzter Gegenbeweis und ein Ausblick	24–29	c) Varianz innerhalb des Mainstream: Das Beispiel Frankreichs	49–51
a) Das Band zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit	25–27		

1

## Übersicht

	Rn.		Rn.
2. Die Ursachen: Die vielfältigen Parameter einer komplexen Verfassungsabhängigkeit	52–71	lidierung der vorgefundenen Rechtsordnung?	60–61
a) Die Anzahl der verwaltungsrechtlich relevanten Verfassungsnormen	53–54	e) Der Vorrang der Verfassung und die Frage ihrer Legitimität	62
b) Das Vorverständnis: Die Verfassung als „Weltenei“ oder als „Rahmen“/„Schleuse“?	55–57	f) Die Stabilität oder Instabilität der Verfassung	63
c) Die Frage der Abstraktheit der Verfassungsprinzipien	58–59	g) Die institutionelle Durchschlagskraft der Verfassungsprinzipien vermittelt der Gerichte	64–69
d) Der Telos der Verfassung: Transformation oder Konso-		h) Die Hüterfunktion der Lehre	70–71
		Bibliographie	

### Abkürzungen:

AEAP	Annuaire européen d'administration publique
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
CMLR	Common Market Law Reports
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBbl.	Deutsches Verwaltungsblatt
RDP	Revue du droit public
Rfda	Revue française de droit administratif
Rfdc	Revue française de droit constitutionnel
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
PL	Public Law
RIDC	Revue internationale de droit comparé
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

2

## I. Ein facettenreicher Fragenkomplex

Das Recht ist eine durch vielfältige Parameter bedingte soziale wie geistige Konstruktion. Etwas konkreter ausgedrückt: Recht ist eine gewaltige, schier unendliche Masse an Normen, die es zu erdenken, zu erlassen, umzusetzen, anzuwenden und einzuordnen gilt. Dabei hilft die klassische Theorie der „Rechtszweige“, „Rechtsgebiete“ oder „Teilrechtsordnungen“. Um sich in der Komplexität des Rechts zurechtzufinden, teilt der Jurist sein Königreich in Provinzen auf. Sein Begriffshorizont wird eingezäunt, aufgegliedert, geordnet, mit zum Teil ganz handfesten Konsequenzen: Jede Provinz mag seine eigenen Hüter haben (Richter, Universitätsdozenten), ja sogar seinen eigenen „Esprit“ im Sinne von Charles-Louis Secondat Baron de Montesquieu entwickeln. **1**

So stellt sich die folgende Frage: Was bedeutet dem Verwaltungsjuristen, in seiner Begriffs- und Arbeitswelt, das Verfassungsrecht? (1) Wie werden in den Rechtsordnungen Europas beide Pole des Binoms „Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht“ voneinander *abgegrenzt*: Sind beide Objekte strikt getrennt (es kommt zu keiner Überlappung), oder sind sie auf das Engste miteinander verwoben (der Plural wäre dann problematisch)? (2) Welches sind die *spezifischen Eigenarten* eines jeden Rechtsgebietes? (3) Wie sind die *Beziehungen* zwischen den Rechtsnormen, den Gerichtsbarkeiten und den ihnen zugewandten Wissenschaftsdisziplinen?<sup>1</sup> (4) Wie *wichtig* ist für den jeweiligen Verwaltungsjuristen diese vielschichtige Thematik: Ist es eine zentrale Thematik (ja gar ein Problemherd?) oder nur ein Randphänomen in Lehre und Praxis? Ist es *die* Gretchenfrage des Verwaltungsrechts, oder kommen die weit wichtigeren Impulse aus der Politik und/oder aus anderen Teilrechtsordnungen (Privat-, Völker-, Europarecht oder ausländischem Recht)? Angesichts der Fülle an Fragen, der Weite des Forschungsfeldes<sup>2</sup> sowie – dies sei schon vorausgeschickt – des breiten Spektrums der jeweiligen Antworten soll sich dieser Beitrag damit begnügen, einige große Perspektiven herauszuarbeiten. **2**

Das Erkenntnisziel ist ein zweifaches: Es ist einerseits rechtsvergleichender und andererseits rechtstheoretischer Natur. Es gilt, an erster Stelle, die interne rechtskulturelle Vielfalt des *ius publicum europaeum* aufzuzeigen, ohne dabei Sonderfälle, die nicht in das *Mainstream*-Schema passen (hier: Großbritannien und Schweden), einfach auszublenden. An diesen „harten Nüssen“ muss sich der rechtsvergleichende Jurist bewähren. Nur so kann etwa der Beweis, dass eine Einheit in der Vielheit besteht, wahrlich überzeugen. Der Nutzen der Rechtsvergleichung beschränkt sich jedoch nicht auf ein kartographisches Wissen zur Posi- **3**

1 Im Folgenden soll vor allem der erste dieser drei konzentrischen Kreise erörtert werden. Ausblicke auf die beiden anderen Bereiche sind jedoch unausweichlich und ebenfalls aufschlussreich.

2 Die Rechtsvergleichung im Rahmen des Projektes *Ius Publicum Europaeum* umfasst, wenn nicht ganz Europa, so doch eine Vielzahl europäischer Rechtsordnungen. Auf die Klassifizierung der „Rechtsfamilien“ oder „Haupttypen“ (siehe dazu *Michel Fromont*, in diesem Band, § 55 Rn. 2ff.) soll hier nicht zurückgegriffen werden, da sie für dieses Thema eher erkenntnis-schädlich wäre. Siehe schon die Kritik bei *Jean Rivero*, *Réflexions sur l'étude comparée des sources du droit administratif*, Mélanges M. Stassinopoulos, 1974, S.135ff.

tion der jeweiligen Länder (eine juristische Weltkunde). Gegenüber dem rein national ausgerichteten Rechtswissenschaftler verfügt der Rechtsvergleicher über ein sehr viel reicheres Anschauungsmaterial, das es ihm ermöglicht – gerade mit Hilfe der äußerst aufschlussreichen Extremfälle<sup>3</sup> – eine tiefere Einsicht in die Materie zu gewinnen. Es geht also gerade auch um ein Verständnis des Verwaltungsrechts als solchem.

## II. Eine methodische Vorfrage: Die Definition des „Verwaltungsrechts“ und des „Verfassungsrechts“

- 4 In einem so komplexen Bereich ist äußerste Behutsamkeit angesagt, will man nicht einem Zerrbild der Realität verfallen. Die Definition der beiden Termini „Verwaltungsrecht“ und „Verfassungsrecht“ gibt dazu einen ersten Vorgeschmack: Die Grenzziehung zwischen diesen Rechtsgebieten variiert je nach Land.

### 1. Die asymmetrische Grenzziehung auf dem Kontinent (außer in Österreich)

- 5 Auf dem Kontinent (wozu, obwohl disloziert, auch Irland gehört) besteht ein relativer Konsens darüber, dass das Verfassungsrecht weitgehend formell zu definieren ist. Unter Verfassung versteht man das (interpretierte) Verfassungsgesetz. Grund dafür ist dessen positivrechtlich verankerte, richterlich garantierte Vorrangstellung. Eine erste (kleinere) Schwierigkeit besteht jedoch darin, dass die materielle Definition der Verfassung teilweise noch in der Lehre präsent ist und das heutige Recht mitprägt.<sup>4</sup> Die größte Schwierigkeit besteht jedoch darin, dass anhand des formellen Kriteriums das Verfassungsrecht nicht vom Verwaltungsrecht, sondern vom „einfachen“ Recht abgesondert (abgehoben) wird. Unter Zugrundelegung der Normenhierarchie macht das Binom „Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht“ auf den ersten Blick keinen Sinn.
- 6 Sinnvoll wäre es nur dann, wenn das Verwaltungsrecht ebenfalls durch seine Rechtsquellen definiert werden würde. Dazu zwei Hypothesen: (1) Das Verwaltungsrecht besteht nur aus unterverfassungsrechtlichen Normen, weil das Verfassungsgesetz *absolut keine* Aussage zur Verwaltung macht. Diese Position ist jedoch unhaltbar (dazu später mehr). (2) Das Verfassungsgesetz beinhaltet Aussagen zur Verwaltung; diese Normen werden jedoch *nur* dem Verfassungsrecht und *nicht auch* dem Verwaltungsrecht zugeordnet. Dies ist der Fall in Österreich:

3 Zur heuristischen Fruchtbarkeit von Grenzfällen siehe *Carl Schmitt*, Politische Theologie, <sup>2</sup>1934, S. 22, dort vor allem das Zitat von Søren Kierkegaard: „Die Ausnahme erklärt das Allgemeine und sich selbst. Und wenn man das Allgemeine richtig studieren will, braucht man sich nur nach einer wirklichen Ausnahme umzusehen. Sie legt alles viel deutlicher an den Tag als das Allgemeine selbst“.

4 Zu ihrem Einfluss auf die Abgrenzung der Kompetenzen der Verfassungsgerichtshöfe siehe *Michel Fromont*, La justice constitutionnelle dans le monde, 1996, S. 2 f.; *Luc Heuschling*, Justice constitutionnelle et justice ordinaire, in: Grewe/Jouanjan/Maulin/Wachsmann (Hg.), La notion de justice constitutionnelle, 2005, S. 103 f.

Die Lehre geht zur Definition des Verwaltungsrechts von dem althergebrachten Dualismus zwischen „Justizrecht“ (das von den ordentlichen Gerichten vollzogene Recht) und „politischem Recht“ (das von den Verwaltungsorganen vollzogene Recht, Verwaltungsrecht *lato sensu*) aus.<sup>5</sup> Dieses erste Kriterium wird durch die Einbeziehung des modernen Stufenbaus der Rechtsordnung ergänzt. Aus dem Verwaltungsrecht *lato sensu* wie auch aus dem Justizrecht *lato sensu* werden alle verfassungsgesetzlichen Normen ausgeschieden. Das Resultat dieser Subtraktion ist das Verwaltungsrecht *stricto sensu*. Insgesamt ergeben sich auf diese Weise drei Rechtsmassen, die – auf den ersten Blick – sowohl hierarchisch als auch analytisch streng (ohne Rest- oder Schnittmenge) getrennt sind. Diese „saubere“ Aufteilung des Rechtsmaterials erlaubt eine „saubere“ Aufteilung der Gerichtsbarkeit: oben die Verfassungsgerichtsbarkeit, unten die parallelen Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeiten.<sup>6</sup>

Diese Wienerische Definition ist jedoch eine Rarität: In keinem anderen Land fließt, wenn man die herrschende Meinung zugrunde legt, das Kriterium der Rechtsquelle in die Definition des Verwaltungsrechts ein.<sup>7</sup> Dieses wird in einem ersten Schritt entweder organisch oder materiell-funktional definiert; aus dieser Masse wird meistens in einem zweiten Schritt das Privatrecht aussortiert. Das Resultat dieser asymmetrischen Definition von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht ist die Existenz einer *Schnittmenge*, die man mit Pierre Moor als „droit constitutionnel administratif (verwaltungsrechtliches Verfassungsrecht)“ oder als „droit administratif constitutionnel (verfassungsrechtliches Verwaltungsrecht)“ bezeichnen kann.<sup>8</sup> Die Überlappung, die relativ breit oder schmal sein kann, je nachdem, wie eng oder lose die Verklammerung beider Rechtsstoffe ist, wird jedoch sehr häufig in der Hitze der Diskussion aus den Augen verloren.<sup>9</sup>

## 2. Das Vereinigte Königreich: Eine amorphe, im Umbruch befindliche materielle Grenzziehung

Analytisch viel sinnvoller erscheint dagegen das Binom „Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht“, wenn beide Rechtsgebiete materiell definiert werden.<sup>10</sup> Daraus ergibt sich die Idee zweier Sphären: die Sphäre der Politik (Gesetzesproduktion) und die nachgeordnete Sphäre der Verwaltung (Gesetzesanwendung). Das Verfassungsrecht normiert die höchsten Staatsorgane, das Verwaltungsrecht die unteren Organe (die von der Regierungsgewalt abgesonderte Verwaltungsge-

5 Ewald Wiederin, in diesem Band, § 46 Rn. 21, 23 und 91; Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, Nachdruck 1999, S. 79 und 85. Die klassische Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht wird unter dem Einfluss Hans Kelsens verworfen.

6 Merkl (Fn. 5), S. 378f.; näher dazu unten, Rn. 68.

7 Zum Beispiel Frankreich, Deutschland, Schweiz, Irland, Spanien, Portugal, Griechenland, Italien, Belgien, Luxemburg und Schweden.

8 Pierre Moor, Droit administratif, Bd. 1: Les fondements généraux, <sup>2</sup>1994, S. 28ff.

9 Die gängige Frage nach dem Einfluss des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht macht nur Sinn, wenn beide Objekte nicht identisch sind.

10 Siehe beispielsweise Georges Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, 1949, S. 3ff.; Gerard Hogan/David Gwynn Morgan, Administrative Law in Ireland, <sup>3</sup>1998, S. 1f.

walt). Fokus des ersten sind die Grundsätze der staatlichen Existenz und der Kern des politischen Entscheidungsprozesses, Fokus des zweiten ist die detaillierte Umsetzung der Politik. Eine scharfkantige Trennung können diese materiellen Definitionen jedoch nicht gewähren: Die Regierung ist an dem Scharnier von Politik und Verwaltung angesiedelt; ähnlich dem Gott Janus blickt sie in beide Richtungen. Zudem strahlen die im Herzen des politischen Prozesses verankerten Grundsätze (Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie usw.) auf das Verwaltungsrecht aus.

- 9 In England und in Schottland<sup>11</sup> herrscht traditionell der materielle Definitionsansatz vor, sowohl für das Verfassungs- als auch für das erst spät anerkannte Verwaltungsrecht. Analysiert man die Lehrbuchliteratur, so ergibt sich schematisch ein Emanzipationsprozess des Verwaltungsrechts in vier Etappen: erstens die Verwerfung seiner Existenz innerhalb der Verfassungslehre Albert Venn Diceys; zweitens die Anerkennung (etwa ab der Zeit von William Ivor Jennings) des Verwaltungsrechts innerhalb der Lehrbücher zum „Constitutional Law“; drittens die verstärkte Offizialisierung seiner Existenz durch den sich ab den 1960er Jahren durchsetzenden Typus des Lehrbuches mit dem Titel „Constitutional and Administrative Law“; viertens die Veröffentlichung von nur dem „Administrative Law“ gewidmeten Lehrbüchern. War traditionell das Verwaltungsrecht *im* Verfassungsrecht verortet – „Administrative Law is a part of Constitutional Law“<sup>12</sup> –, so steht es jetzt häufiger *außerhalb*. In dem einflussreichen Lehrbuch von William Wade und Christopher Forsyth werden Verfassungs- und Verwaltungsrecht nunmehr als *zwei* Teilgebiete des Rechts angesprochen.<sup>13</sup> Die Leinen zwischen beiden Materien sind jedoch nicht gekappt. Zudem gilt manchen Autoren der neu eingeführte Begriff „public law“ als Dachbegriff für beide Rechtsstoffe.<sup>14</sup> Die Frage, wo genau die Demarkationslinie verläuft, ist nach wie vor relativ verschwommen. Sie ist „a matter of convenience“ oder „choice“.<sup>15</sup> Die Kriterien sind daher vielfältig.<sup>16</sup> Die Autoren gerade von Lehrbüchern zum „Constitutional and Administrative Law“ sehen häufig davon ab, irgendeine Grenzlinie zu zie-

11 In Sachen öffentliches Recht ist die schottische Entwicklung trotz gewisser Unterschiede (sowohl im Verwaltungs- als auch im Verfassungsrecht) stark an die englische Situation angelehnt. Siehe McHarg/Mullen (Hg.), *Public Law in Scotland*, 2006; ferner Law Society of Scotland (Hg.) *The Laws of Scotland. Stair Memorial Encyclopaedia*, Bd. 1, 1987, S. 59 ff. (Administrative Law); *Mungo Deans, Scots Public Law*, 1995; *Valerie Finch/Christina Ashton, Administrative Law in Scotland*, 1997; *Jean McFadden/Dale McFadzean, Scottish Administrative Law*, 2006; *Christopher Himsworth/Christina O'Neil, Scotland's Constitution: Law and Practice*, 2006. Querverweise zu Schottland sollen nur dann erfolgen, wenn es relevante Unterschiede gibt. Das nordirische Verwaltungsrecht ist dem englischen Recht noch stärker verwandt.

12 *Frederick John Port, Administrative Law*, 1929, S. 6; *William R. Wade, Administrative Law*, <sup>1</sup>1961, S. 3; *Stanley A. de Smith/Rodney Brazier, Constitutional and Administrative Law*, <sup>8</sup>1998, S. 503.

13 *William R. Wade/Christopher F. Forsyth, Administrative Law*, <sup>9</sup>2004, S. 9: „Constitutional law and administrative law are subjects which interlock closely and overlap extensively“.

14 Feldman (Hg.), *English Public Law*, <sup>2</sup>2009; *John F. McEldowney, Public Law*, 2002.

15 *Owen Hood Phillips/Paul Jackson, Constitutional and Administrative Law*, <sup>7</sup>1987, S. 10 und 31.

16 Gemäß der einflussreichen Definition William R. Wades liegt der Fokus des „Administrative Law“ beim richterlichen Rechtsschutz und dem Verwaltungsprozessrecht (*judicial review*). Siehe *Wade/Forsyth* (Fn. 13), S. 4; *Peter Cane, Administrative Law*, <sup>4</sup>2004, S. 1 ff. Fragen der Behördenorganisation werden z. B. dem Verfassungsrecht zugeordnet. Das Kriterium bei *de Smith/Brazier* (Fn. 12), S. 503, ist die Unterscheidung zwischen Gesetzgebung und Vollziehung. Bei *Paul Craig, Administrative Law*, <sup>5</sup>2003, S. 3 ff., ist dagegen die Reichweite des Verwaltungsrechts viel breiter; der Übergang zum Verfassungsrecht und zur Staatslehre ist fließend.

hen (warum auch?). Tatsache ist gleichwohl, dass das britische Verfassungsrecht, wie noch zu zeigen ist, in einem Umbruchprozess von einer rein materiellen zu einer formell-hierarchischen Definition steht. Diese tektonische Verschiebung wird von der Lehre noch nicht auf der Begriffsebene wahrgenommen. Das finale Erdbeben steht noch aus; die Anzeichen dafür mehren sich jedoch.<sup>17</sup>

Insgesamt muss der Rechtsvergleicher mit drei, zum Teil komplexen Definitionssträngen jonglieren. Zur Klärung sind sie in dem folgenden Schaubild wiedergegeben:

10

	<i>Definition des Verfassungsrechts</i>	<i>Definition des Verwaltungsrechts</i>
„Kontinent“ (einschl. Irland)	formell	materiell
Österreich	formell	formell
Vereinigtes Königreich	materiell (im Umbruch)	materiell

Wie stehen die solchermaßen abgesteckten Rechtsgebiete in *Verbindung*? Ein historisch-rechtsvergleichender Ausblick ergibt nicht weniger als vier verschiedene Thesen, welche die „Klassik“ dieses Themas ausmachen: (1) Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht sind vollständig getrennt. (2) Die Verfassung unterbindet die Existenz des Verwaltungsrechts (Albert Venn Dicey). (3) Das Verwaltungsrecht wird durch das Verfassungsrecht determiniert: Es ist „konkretisiertes Verfassungsrecht“ (Fritz Werner);<sup>18</sup> in fast allen Ländern und Sprachen ist heute die Rede von der „Konstitutionalisierung“ des Verwaltungsrechts (Louis Favoreu). (4) Das Verfassungsrecht wird im Gegenteil durch das Verwaltungsrecht inhaltlich vorbestimmt – ein Perspektivenwechsel, den Georges Vedel provokativ die „administrativisation du droit constitutionnel“ nennt.<sup>19</sup>

### III. Die „Zwei-Welten-Lehre“: Eine Rarität und ein begriffliches Unding

#### 1. Eine schwer fassbare „Theorie“

Als Ausgangspunkt unserer Analyse soll aufgrund ihrer Radikalität die Zwei-Welten-Lehre stehen. Auf der Folie der heutigen Anschauungen erscheint diese These

11

<sup>17</sup> So auch die Analyse von *Aidan O'Neill*, Parliamentary Sovereignty and the Judicial Review of Legislation, in: McHarg/Mullen (Fn. 11), S. 197, 198 ff. Dort findet sich auch das Zitat von Lord Donald Nicholls: „In all cases development of the common law, as a response to changed conditions, does not come like a bolt out of a clear sky. Invariably the clouds gather first, often from different quarters, indicating with increasing obviousness what is coming“ (S. 200).

<sup>18</sup> *Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527 ff.

<sup>19</sup> *Georges Vedel*, Vorwort, in: *Bernard Stirn*, Les sources constitutionnelles du droit administratif, <sup>6</sup>2008, S. VIII.

geradezu kurios. Wie wäre eine solche (totale) Abkoppelung beider Rechtsgebiete voneinander überhaupt denkbar? Zwar geistert die Idee einer „Trennung“ in den Köpfen mancher Juristen herum; sie drängt sich dem in Antithesen denkenden Juristen geradezu auf, ist sie doch das logische Gegenstück zur These von der Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts. Sie zu fixieren oder selbst nur ihren Autor auszumachen, erweist sich jedoch als recht schwierig. Systematisch-stringent durchdacht wurde diese These eigentlich nie. Von einer „Theorie“ zu sprechen – ein Begriff, der ein Minimum an Schlüssigkeit erfordert – ist daher wohl verfehlt. Der ihr nachspürende Forscher muss sich oft mit einigen berühmten, missverstandenen und missverständlichen Zitaten und „geflügelten Worten“<sup>20</sup> begnügen. Bestenfalls trifft er auf *Theorieansätze*.

- 12 Versucht man, diese These systematisch zu rekonstruieren, ergibt sich folgende Aussage: Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht bilden zwei hermetisch abgeschottete, nebeneinander stehende Rechtssphären. Bildlich gesprochen: Beide sind parallele, ja vielleicht sogar auseinanderstrebende Äste am mächtigen Stamme des Rechts.<sup>21</sup> Perfekt wäre die Trennung, wenn beide Rechtsstoffe: (a) grundverschiedene Sachbereiche regeln; (b) unterschiedlichen Rechtsquellen entspringen; (c) unterschiedliche Wertvorstellungen, Kategorien und Normen verwenden. Auf gerichtlicher und akademischer Ebene hieße dies, dass die dem jeweiligen Rechtsgebiet zugeordneten Richter und Wissenschaftler sich gegenseitig ignorieren könnten. Als Wurzel dieser These erscheint meistens eine konkrete, empirisch auch verifizierbare Aussage zu einem *Teilaspekt* der an sich facettenreichen Thematik. Das entsprechende Körnchen Wahrheit wird jedoch hochgerechnet und auf eine griffige, oftmals reißerisch-polemische Formel gebracht. Folgt dem extrapolierenden Autor ein pressierter Leser, der sich allein mit dem Zitat begnügt, und den Rest des Werkes kaum gelesen hat – obwohl in diesen restlichen Seiten sehr oft explizit oder implizit die erste pauschale Aussage stark relativiert wird –, so entsteht aus dieser Interaktion eine „Theorie“, die eigentlich nicht stichhaltig ist. In einem Verfassungsstaat ist die *totale* Abkapselung des Verwaltungsrechts von der Verfassung undenkbar. Daher ist es auch nicht überraschend, dass diese These äußerst selten vertreten wird. Debattiert wurde sie, soweit ersichtlich, allein in Deutschland und in Frankreich. In der Geschichte taucht sie auch relativ spät auf (erst im Verlauf des 20. Jahrhunderts). Anhänger findet sie heute kaum noch, auch wenn sie in Teilen der Literatur noch erwähnt wird. Rückblickend ist es vielmehr ihre Präsenz, welche erstaunt und Fragen nach ihrer Funktion aufwirft.

20 So die in Deutschland gängige Apostrophierung des berühmten Mayerschen Diktums.

21 Fügt man noch das Privatrecht hinzu, so ergäbe sich gar eine „Drei-Welten-Lehre“. Diese Gliederung ist heute noch zumindest latent in der Literatur präsent. Siehe beispielsweise das Schaubild bei Alfred Katz, Staatsrecht, <sup>16</sup>2005, S. 9.



## 2. Die deutsche Debatte zum Diktum Otto Mayers

Im deutschsprachigen Raum sowie im germanophilen Ausland kennt (fast) jeder das selbst heute noch in allen deutschen Lehrbüchern zitierte klassische Diktum Otto Mayers. Dieser schrieb 1924 im Vorwort zu der 3. Auflage seines Deutschen Verwaltungsrechts: „Groß Neues ist ja seit 1914 und 1917 nicht nachzutragen. ‚Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht‘; dies hat man anderwärts schon längst beobachtet“. Anderwärts bedeutet: in Frankreich. Schon im Jahre 1886 bemerkte Mayer in seiner „Theorie des französischen Verwaltungsrechts“: „Vom französischen Standpunkt aus ist es ein ganz natürlicher Gegensatz, dass Verfassungsrecht wechselt, Verwaltungsrecht dauert.“<sup>22</sup> Er zitiert dabei Théophile Ducrocq (1829–1913),<sup>23</sup> welcher der aufgewühlten, von Umstürzen heimgesuchten Verfassungsgeschichte Frankreichs die glückliche Tatsache einer gewissen Stabilität des Verwaltungsrechts entgegenhielt.<sup>24</sup> Pate hätte ebenfalls, wie Andreas Auer dargelegt hat,<sup>25</sup> Jean-Étienne-Marie Portalis (1746–1807), der an der Entstehung des französischen *Code civil* mitwirkte, mit seinem Ausspruch „Öffentliches Recht vergeht, Privatrecht besteht“ sein können. Aus dem Mayer-schen Zitat wurden, wie seine Rezeptionsgeschichte zeigt, zwei ganz unterschiedliche Aussagen herausgelesen.

### a) Irrlicht: Das Mayersche Diktum als Ausdruck der Zwei-Welten-These

In der deutschen Literatur ist es heute eine ausgemachte Sache, dass die erste Auslegung dahingehend, dass das Mayersche Diktum als Ausdruck der Zwei-Welten-These zu verstehen ist, unter der Herrschaft des Grundgesetzes gänzlich unhaltbar ist. Irreführend war sie allerdings auch bereits für die Weimarer Zeit: Schon ein kurzer Blick in die Weimarer Reichsverfassung von 1919 zeigt eine Fülle von zum Teil neuartigen Vorschriften zur Verwaltung. Das Wort Mayers

22 Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.3; vgl. *ders.*, Droit administratif allemand, Bd. 1, 1903, S. 86.

23 Théophile Ducrocq, Cours de droit administratif, <sup>4</sup>1874, S.5 Rn. 4 (= <sup>5</sup>1877, S. 13 Rn. 5). Die Einleitungen beider Auflagen sind bis auf einen hier nicht relevanten Auszug identisch. Die 5. Auflage ist im Internet ([www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr) [14. 10. 2009]) einsehbar.

24 Diese Lesart, die schon bei Toqueville anklingt („Depuis 1789, la constitution administrative est toujours restée debout au milieu des ruines des constitutions politiques“; Zitat bei Bernard Stirn, Le Conseil d'Etat et la Constitution, Mélanges Lachaume, 2007, S. 1010) und später von Georges Vedel (Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge, Mélanges Marcel Waline, 1974, S. 777ff.) systematisiert wurde, war jedoch nicht so „natürlich“, wie dies Otto Mayer behauptete. Heute wird ihre Stichhaltigkeit von Rechtshistorikern bestritten (Grégoire Bigot, Introduction historique au droit administratif depuis 1789, 2002, S. 356). Kritik ertete sie schon damals. Siehe Anselme Batbie, Traité théorique et pratique du droit public et administratif, <sup>2</sup>1885, Bd. 2, S. V: „Eine Revolution [1870] hat die politischen Institutionen umgestürzt; es ist jedoch schwer vorstellbar, dass sich eine Änderung des Verfassungsrechts nicht auch auf die Verwaltungsgesetze auswirken würde“ (Übersetzung). Siehe auch Adèle Gabriel Denis Bouchené-Lefer, Principes et notions élémentaires du droit public-administratif, 1862, S. 40ff., der trotz der Umstürze eine gewisse Kontinuität der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts aufzeigt.

25 Andreas Auer, Droit constitutionnel et droit administratif, Mélanges André Grisel, 1983, S. 19 unter Verweis auf Jean Étienne Marie Portalis, Discours préliminaire du premier projet du Code civil, 1801.

stieß dementsprechend schon in den 1920er Jahren auf resolute Kritik.<sup>26</sup> Die Situation der französischen Dritten Republik wird in dieser Auslegung ebenfalls nicht reflektiert, da die französische Lehre (einschließlich Ducrocq) die Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts explizit unterstreicht. Mayer selbst – ein „temperamentvoller [...] Mensch mit seinen Widersprüchen“, der gelegentlich zu „überspitzten Formulierungen“ tendierte<sup>27</sup> – habe eigentlich, so argumentieren viele Autoren heute,<sup>28</sup> nie diese radikale Meinung vertreten. Mayer schrieb nämlich ganz am Anfang seines Lehrbuches: „Der Inbegriff der Regeln, nach welchen er [*scil.*: der Verfassungsstaat] eingerichtet ist, heißt Verfassungsrecht. Wir werden sehen, wie gerade an den damit gegebenen Unterscheidungen innerhalb der obersten Gewalt unser ganzes Verwaltungsrecht hängt.“<sup>29</sup> Die Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts wird an dieser Stelle unmissverständlich auf den Punkt gebracht; Anknüpfungspunkt ist bei Mayer (der sich an dieser Stelle auf die französische Literatur stützte) das Prinzip der Gewaltenteilung. Im Jahre 1958 wurde die Zwei-Welten-Lehre nochmals unter der Feder von Karl Josef Partsch Ernst Forsthoff angekreidet; die Debatte verebte jedoch rasch.<sup>30</sup> Wenn trotzdem von dieser These in den deutschen Lehrbüchern nach wie vor die Rede ist, dann nur als ein negatives Modell oder – überspitzt ausgedrückt – als Schreckgespenst. Das Mayersche Diktum dient als abstrakt-radikales, jedoch im positiven Recht so nie verwirklichtes Modell, das der Wernerschen These vom Verwaltungsrecht als „konkretisiertem Verfassungsrecht“ diametral gegenübergestellt wird.<sup>31</sup> Da erstere keine seriöse Alternative darstellt, wird letztere (maximalistische) These trotz ihrer Defizite automatisch ins Rampenlicht gerückt. Dass es *verschiedene Grade* an Verfassungsabhängigkeit geben kann, bleibt dabei unausgesprochen.<sup>32</sup>

b) *Ein Körnchen Wahrheit: Die Problematik der Verfassungsumbrüche*

- 15 Reduziert man dagegen, wie dies vielfach geschieht, die Reichweite des Mayerschen Diktums auf den Kontext der Verfassungsumstürze, so offenbart sich sein Wahrheitsgehalt. Erstens: Nicht jeder politische und verfassungsrechtliche Wandel impliziert einen Wandel der Prinzipien, Denkkategorien und technischen

26 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, S. 203 f.; Walter Pauy, IPE IV, § 59 Rn. 11.

27 Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 204. Weit strenger Stolleis (Fn. 26), S. 203 („großartig-einseitiger Reduktionist“).

28 Grundlegend Bachof (Fn. 27), S. 204 ff.

29 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, <sup>1</sup>1895, S. 3; ferner <sup>3</sup>1924, S. 1 f.

30 Karl Josef Partsch, Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, 1958, S. 8, und die Replik von Hermann Reuß, Die Wirkungseinheit von Verwaltungs- und Verfassungsrecht, DÖV 1959, S. 321. Auslöser der Kritik Partschs war die Aussage Ernst Forsthoffs in dem Vorwort zur 1. Auflage seines berühmten Lehrbuchs des Verwaltungsrechts aus dem Jahre 1949, dass er an „der Gesamtkonzeption“ des Werkes, das weitgehend schon vor Kriegsausbruch feststand und zu einem großen Teil vor 1945 geschrieben wurde, „nach der Kapitulation nichts zu ändern brauchte“.

31 Anschaulich Dirk Ehlers, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, in: Erichsen/Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>15</sup>2006, S. 200.

32 So auch die Kritik von Christoph Schönberger, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, in: Stolleis (Hg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 59.

Regeln des überlieferten Verwaltungsrechts. Eine gewisse Eigenständigkeit (oder Unsensibilität) des Verwaltungsrechts ist gegeben.<sup>33</sup> Diese gilt es jedoch nicht überzubewerten, indem u.a. die Existenz einer verfassungsrechtlichen Kontinuität unterschlagen wird. Nicht mit jedem Austausch der Verfassungsurkunde geht zugleich ein radikaler Wandel des Verfassungsinhalts einher. Selbst zwischen einer Diktatur und einer Demokratie kann ein gewisser verfassungsrechtlicher Traditionsbezug bestehen (z.B. die Akzeptanz eines Minimalbestandes rechtsstaatlicher Normen seitens der Diktatur). Kommt es jedoch zu einer tiefgreifenden Zäsur im Bereich der Verfassungsprinzipien (wie etwa im Falle des NS-Regimes oder der kommunistischen Diktaturen in Ost- und Zentraleuropa), dann offenbaren sich die Grenzen der Autonomie des Verwaltungsrechts.<sup>34</sup>

Zweitens: Während ein Verfassungstext in kurzer Zeit ausgewechselt werden kann, benötigt die Umsetzung neuer Verfassungsprinzipien im Dickicht des Verwaltungsrechts eine längere Frist. Es lässt sich argumentieren, dass es eigentlich diese Problematik der faktischen Zählebigkeit des Verwaltungsrechts ist, auf die Mayer aufmerksam machen wollte. Seine Aussage ist insofern nicht normativ, sondern empirisch. Das damit angeschnittene Problem ist in Deutschland etwas heikel. Nach 1949 ging es nach Einschätzung einiger Verwaltungsrechtler mit der Umsetzung der grundgesetzlichen Vorgaben viel zu langsam voran. Das Verwaltungsrecht, so die Kritik, sei noch obrigkeitsstaatlichem<sup>35</sup> oder sogar nationalsozialistischem Gedankengut verhaftet. Die Mayersche Formel konnte in diesem Kontext provokativ eingesetzt werden, um die empirisch gegebene, jedoch verfassungswidrige Abkoppelung des Verwaltungsrechts anzuprangern. Das Diktum Mayers wurde als Schreckgespenst oder „rotes Tuch“ benutzt.<sup>36</sup>

33 Auer (Fn. 25), S. 22 ff. Zu einer gewissen Kontinuität des Verwaltungsrechts in Frankreich vor und nach 1870: *Patrice Chrétien*, IPE IV, § 60 Rn. 13, in Spanien vor und nach 1978: *Eduardo García de Enterría/Ignacio Borrajo Iniesta*, in diesem Band, § 50 Rn. 34 ff., und *Juan Alfonso Santamaría Pastor*, IPE IV, § 68 Rn. 65 ff., in Polen vor und nach 1989: *Andrzej Wróbel*, in diesem Band, § 47 Rn. 64.

34 Dem radikalen Zersetzungsprozess des Verfassungsrechts unter dem Dritten Reich entspricht die radikale Aufweichung des Verwaltungsrechts. Siehe die unmissverständlichen Aussagen von Walther Sommer, Funktionär der NSDAP und erster Präsident des von Adolf Hitler 1942 eingesetzten Reichsverwaltungsgerichts: „Eine gesunde Verwaltung hat mit Paragraphen überhaupt nichts zu tun“. Oder: „Je weniger Verwaltungsrecht, desto mehr ist Platz für die Verwaltungskunst“ (Zitate bei *Michael Stolleis*, *Recht im Unrechtsstaat*, 1994, S. 155 und 165). Vgl. auch *Pauly* (Fn. 26), § 59 Rn. 13 f. Zu den ehemaligen kommunistischen Ländern *Herbert Küpper*, in diesem Band, § 51 Rn. 60 ff., und *Wróbel* (Fn. 33), § 47 Rn. 47 ff.

35 So stieß das aus dem 19. Jahrhundert hinübergerettete Institut der „besonderen Gewaltverhältnisse“ selbst unter dem deutschen Grundgesetz anfangs kaum auf Widerspruch von Seiten der Lehre und der Judikatur. Erst 1972 wurde es vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben. Siehe *Jörn Ipsen*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 62009, Rn. 75.

36 So auch die Funktion des Mayerschen Zitats in der portugiesischen Lehre bei *Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos*, *Direito Administrativo Geral*, Bd. 1, 32004, S. 74.

### 3. Der französische Fall oder die logische Unmöglichkeit der Zwei-Welten-Lehre

#### a) Frankreich als Heimat der Zwei-Welten-Lehre?

- 17** Würde die Zwei-Welten-Lehre ein Land als Heimat erwählen, wäre dies am ehesten Frankreich.<sup>37</sup> Etliche Parameter ebneten dort der Zwei-Welten-Lehre, die in René Chapus und paradoxerweise in Georges Vedel ihr akademisches Sprachrohr fand, den Weg: (1) die traditionsreiche Institution des *Conseil d'État*, der selbstbewusst in eigener Initiative das Verwaltungsrecht schuf, sowie bis in die heutige Zeit eine zentrale Machtstellung einnimmt und diese strategisch auszubauen weiß;<sup>38</sup> (2) ein besonders breit gefächertes, das Staatsbild und das öffentliche Recht in hohem Maße prägendes Verwaltungsrecht; (3) die relative Schwäche der Verfassung angesichts nicht selten chaotischer Zustände im 19. Jahrhundert, ihre skelettähnliche Existenz unter der Dritten Republik (mit dem Fehlen einer Menschenrechtserklärung fiel die Gewährleistung der Freiheitsrechte dem Gesetzgeber und dem *Conseil d'État* zu) und die geringe Normativität der Verfassung bis 1958/1971; (4) die Schwäche des *Conseil constitutionnel*, der sehr spät eingerichtet wurde, auf heftigen Widerstand stieß und lange Zeit im Verhältnis zur Politik und zu seinem Nachbarn, dem *Conseil d'État*, ein Schattendasein führte und teils noch führt; (5) die akademische Vorrangstellung der Verwaltungsrechtslehre, die im 19. Jahrhundert ganz alleine das Feld des öffentlichen Rechts beherrschte (eine Verfassungsrechtslehre gab es so gut wie gar nicht) und selbst im 20. Jahrhundert lange Zeit das Glanz- und Herzstück dieser Disziplin darstellte.<sup>39</sup>
- 18** Viele Bausteine einer Abkoppelung der verwaltungsrechtlichen Normen, der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Verwaltungsrechtswissenschaft vom Verfassungsrecht schienen gegeben zu sein. Doch selbst in Frankreich erwies sich die Zwei-Welten-Lehre als eine Irrlehre: Sie hat im positiven Recht selbst unter der Dritten Republik, die diesem Modell am nächsten kam, nie existiert; sie *kann*

<sup>37</sup> Vgl. *Matthias Ruffert*, Die Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen Ländern der EU, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 179.

<sup>38</sup> Der *Conseil d'État* (als Organ und als Corps) bündelt eine Vielzahl an Funktionen: (1) Er ist Berater der Exekutive und dies in *allen* Rechtsbereichen, einschließlich Privatrecht, Europarecht und Verfassungsrecht. Der *Conseil d'État* ist Experte für die gesamte Rechtsordnung (Art. 38 und 39 der französischen Verfassung). Im Jahre 1958 war es der *Conseil d'État*, welcher der Regierung Charles de Gaulles bei der Abfassung der neuen Verfassung zur Seite stand. Gegenüber dem *Conseil constitutionnel* und auch gegenüber der Lehre kann er deshalb behaupten, die Absichten der Federführer (manche würde sagen: der „Autoren“) der Verfassung am besten zu kennen. (2) Der *Conseil d'État* nimmt, vermittelt über die Präsenz von Staatsratsmitgliedern in den Ministerien, aktiv an der Verwaltung und der Regierung teil. (3) Er ist Verwaltungsgericht. (4) Er hat gesetzgebungsähnliche Funktionen: Er selbst hat durch Präjudizien das Verwaltungsrecht ausgearbeitet. Gemunkelt wird ebenfalls, dass er der Autor der in jüngerer Zeit erlassenen Gesetze zur Verwaltungsgerichtsbarkeit sei. (5) Die Präsenz von Staatsratsmitgliedern im *Conseil constitutionnel* hat Tradition (siehe unten, Fn. 163); gängige Praxis ist mittlerweile ebenfalls die Ernennung von Staatsratsmitgliedern als Vertreter Frankreichs in den europäischen Gerichtsinstanzen (Europäischer Gerichtshof, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte). (6) Der Staatsrat beteiligt sich aktiv an der akademischen Ausbildung der Eliten (Science Po, ENA, Rechtsfakultäten) sowie an der wissenschaftlichen Forschung. In all diesen Funktionen kann der *Conseil d'État* einen – seinen – verfassungsrechtlichen Diskurs entwickeln.

<sup>39</sup> *Jacques Chevallier*, *Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel*, in: Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (Hg.), *Le droit administratif en mutation*, 1993, S. 11 ff.; *Luc Heuschling*, IPE II, § 28 Rn. 3ff.; *Chrétien* (Fn. 33), § 60 Rn. 1.

auch nicht positivrechtlich existieren. Diese spezifische Sachlage Frankreichs führte aber, je nach Lage, zu zwei ganz unterschiedlichen Resultaten: (1) Das Band zum Verfassungsrecht wurde zwar nicht gekappt, es konnte jedoch *gelockert* werden (eine gewisse Distanz war und ist stets möglich). (2) Andererseits konnte das Verfassungsrecht ebenfalls vom Verwaltungsrecht und seinen Akteuren *vereinahmt* werden, indem diese sich gewisse verfassungsrechtliche Materien aneigneten (früher: der Schutz der Menschenrechte, der sog. „Libertés publiques“, durch das Verwaltungsrecht; heute: die souveräne Auslegung der Verfassung durch den *Conseil d'État*).

b) *Die Zwei-Welten-Lehre unter der Feder von René Chapus und Georges Vedel*

Explizit thematisiert wurde die Zwei-Welten-Lehre – Louis Favoreu spricht von der „thèse de la dualité de l'ordre juridique“<sup>40</sup> – in den 1980er und 1990er Jahren in dem bei vielen Akademikern wie auch Staatsratmitgliedern hochangesehen Lehrbuch zum Verwaltungsrecht von René Chapus. In der Einleitung geht Chapus kurz auf die Frage der Beziehung zum Verfassungsrecht ein. Der Titel dieses Abschnitts lautet von der ersten Auflage (1985) bis zur achten (1994): „Die Distanz [*distance*] zur Verfassung“<sup>41</sup>. Die Darlegungen variieren leicht je nach Auflage und sind auch nicht ganz widerspruchsfrei. Haupttenor ist jedoch, dass Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht „getrennt“ sind.<sup>42</sup> Abgesehen von gewissen inhaltlichen Übereinstimmungen existieren beide Rechtsgebiete „parallel“. Nach Ansicht von Chapus gibt es eine „doppelte Rechtsordnung (*dédoublement de l'ordre juridique*)“. Unter Verwaltungsrecht versteht Chapus vor allem das vom *Conseil d'État* in seiner Judikatur ausgearbeitete Richterrecht, das Herzstück oder der „grundlegende“ Teil der Materie. „Das verwaltungsrechtliche Richterrecht lebt und entwickelt sich innerhalb seines eigenen Systems“. In der Vergangenheit und vor allem seit der Dritten Republik – eine für das Verwaltungsrecht ausschlaggebende Periode – „gab es immer schon eine Distanz, ja sogar einen Abgrund (*vide*) zwischen diesem Recht und den aufeinander folgenden Verfassungen“. Dies hätte auch sein Gutes, konnte sich doch so die liberale Judikatur des *Conseil d'État* „kontinuierlich“ weiterentwickeln, ohne in ihrem organischen Wachstumsprozess durch die etlichen Verfassungsumstürze des 19. Jahrhunderts gestoppt zu werden. An dieser Stelle beruft sich Chapus auf die bekannte Abhandlung Georges Vedels über „Die Diskontinuität des Verfassungsrechts und die Kontinuität des Verwaltungsrechts: die Rolle des Richters“<sup>43</sup>. Bezüglich

40 Louis Favoreu, *Droit administratif et normes constitutionnelles. Quelques réflexions trente ans après*, in: *Mélanges Franck Moderne*, 2004, S. 649, 656 („Die These einer dualistischen Rechtsordnung“).

41 Ab 1995 lautet der Titel: „Die Verbindung [*jonction*] mit dem Verfassungsrecht“ (Übersetzung).

42 Für dieses wie auch alle folgende Zitate siehe René Chapus, *Droit administratif général*, Bd. 1, 1985, S. 12 und 71 f.; 1994, S. 8 und 85 ff.; 1995, S. 8 und 87 ff.

43 Vedel (Fn. 24), S. 777 ff. Dieser Bezug ist teilweise irreführend, da Vedel zwar von einer „sehr großen Indifferenz“ (S. 777, Übersetzung) oder einer „sehr großen Unabhängigkeit“ (S. 779, Übersetzung) des Verwaltungsrechts gegenüber dem Verfassungsrecht spricht. Er geht jedoch zugleich mehrfach auf die Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts ein.

der Dritten Republik ist Chapus kategorisch: „Die Trennung von Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht war unausweichlich“. Diese retrospektive Interpretation der Dritten Republik mag auf den ersten Blick überzeugen. Die Trennung zwischen beiden Rechtssphären erscheint perfekt. In *materieller* Hinsicht beschränkt sich der sehr knappe Inhalt der drei Verfassungsgesetze von 1875 auf die Beziehungen zwischen den politischen Organen (Staatschef, Parlament, Minister/Regierung). Von der Verwaltung sei, so Chapus, keine Rede (die Begriffe „Verwaltung“ oder „service public“ werden nicht einmal erwähnt). In *formeller* Hinsicht bestünde das Verwaltungsrecht auch nur aus unterverfassungsrechtlichen Quellen. Das „Prinzip der Legalität“ umfasse die einfache Gesetzgebung und vor allem die vom *Conseil d'État* selbst entwickelten „allgemeinen Rechtsprinzipien“.

- 20 Konsistenz nahm die Zwei-Welten-Lehre paradoxerweise auch unter der Feder eines ihrer Kritikers an: Georges Vedel. Im Laufe der Diskussion erkennt gerade Vedel, geistiger Vater der Theorie der „verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts“, der Zwei-Welten-Lehre für die *Vergangenheit* eine gewisse Kreditabilität zu. So behauptet er 1989 im Schlusswort zu einer Konferenz: „Vor dreißig Jahren konnte man ein Lehrbuch zum Verwaltungsrecht schreiben, ohne ein Wort über das Verfassungsrecht zu verlieren“. Er fügt sogleich hinzu: „Heute sind selbst die heftigsten Verteidiger einer Trennung zwischen beiden Disziplinen verpflichtet, lange verfassungsrechtliche Passagen in ihre Lehrbücher zum Verwaltungsrecht einzufügen“<sup>44</sup>. Diese Teilakkreditierung der Zwei-Welten-Lehre (vielleicht ein rhetorischer Ausrutscher?) ist jedoch etwas voreilig. Den Beweis für seine Behauptung bleibt Vedel schuldig: Ein spezifisches Lehrbuch zitiert er nicht. Bemerkenswert ist zudem, dass er sich nicht wie Chapus auf die Dritte Republik, sondern auf die 1950er und 1960er Jahre bezieht („vor dreißig Jahren“).<sup>45</sup>

*c) Der punktuelle Wahrheitsgehalt: Die Rivalität der Gerichte  
und das Auseinanderdriften beider Rechtsmaterien*

- 21 Es scheint, als ob die Zwei-Welten-Lehre die Realität des französischen Rechts in verschiedenen historischen Epochen widerspiegeln würde. Diese Annahme ist jedoch falsch. In Bezug auf die Fünfte Republik ist die allgemeine Aussage von

44 Georges Vedel, Rapport de synthèse, in: Association française des constitutionnalistes (Hg.), La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, 1990, S. 178.

45 In seiner klassischen Abhandlung über „Les bases constitutionnelles du droit administratif“, die gerade in dieser Zeitperiode erschien (Études et documents du Conseil d'État, 1954, Nr. 8, S. 21 ff.), erwähnt Vedel in keiner Weise die Zwei-Welten-Lehre, obschon diese doch den idealen Gegner abgegeben hätte. In der harschen Kritik Charles Eisenmanns zu Vedels Artikel ist die Zwei-Welten-Lehre ebenfalls nicht auffindbar. Als überzeugter Kelsenianer erkennt Eisenmann die Möglichkeit von verfassungsrechtlichen Quellen des Verwaltungsrechts prinzipiell an. Was er anfechtet, ist die Methode, mit der Vedel aus dem Verfassungstext Normen herauslesen zu können glaubt, die laut Eisenmann gar nicht darin stehen: Charles Eisenmann, La théorie des „bases constitutionnelles du droit administratif“, RDP 1972, S. 1345 ff.; Georges Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, in: Amselek (Hg.), La pensée de Charles Eisenmann, 1986, S. 133 ff.; Emmanuel Breen, Le doyen Vedel et Charles Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif, Rfda 2002, S. 234 ff.; Chrétien (Fn. 33), § 60 Rn. 32f.

Chapus zum „dédoublement de l'ordre juridique“ eine übertriebene Extrapolierung. Sein konkreter Erkenntnisgegenstand ist die damalige Handhabung von „allgemeinen Rechtsprinzipien“ durch den *Conseil d'État*. Anstatt direkt auf die verfassungsrechtlichen und damit auch vom *Conseil constitutionnel* ausgelegten Prinzipien zurückzugreifen, privilegierte der Staatsrat in Teilen seiner Judikatur die von ihm selbst – ohne jede Aufsicht – ausgearbeiteten „allgemeinen Rechtsprinzipien“, selbst dann, wenn beide sich inhaltlich überschneiden. Auf diese Weise erhielt sich der *Conseil d'État* gegenüber der Verfassung und vor allem gegenüber dem *Conseil constitutionnel* einen gewissen Freiraum. Es ist ein Aspekt der Rivalität zwischen beiden Instanzen; insofern von einer totalen Abkoppelung zu sprechen ist übertrieben.<sup>46</sup> Dies verbietet schon die übrigens von Chapus an anderer Stelle anerkannte Existenz von verfassungsrechtlichen Quellen des Verwaltungsrechts.<sup>47</sup>

Zur Dritten Republik ist die Analyse von Chapus ebenfalls ungenau. Der Lehre der Dritten Republik war die Idee einer hermetischen Trennung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht fremd. Die Autoren in der Frühzeit der Dritten Republik (1870–1900) zeichnen geradezu akribisch die innere Verzahnung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht innerhalb der Dachkategorie „öffentliches Recht“ nach.<sup>48</sup> Bei dem Repetitor François Boeuf heißt es dazu etwas simplistisch: „Das Erste [das Verfassungsrecht] legt die Prinzipien der Herrschaftsgewalt nieder, das Zweite [das Verwaltungsrecht] deduziert daraus die Schlussfolgerungen und wendet sie an“<sup>49</sup>. Bindeglied sind sowohl die Menschenrechte als auch das Prinzip der Gewaltentrennung. Bei den großen Klassikern der Dritten Republik (Léon Duguit, Maurice Hauriou, Gaston Jèze usw.) ist die Verwobenheit beider Materien noch stärker ausgeprägt, manchmal bis hin zur totalen Grenzverwischung.<sup>50</sup> Das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht wenden sich zwar an verschiedene Akteure: das Erste an die „gouvernants (Regierenden)“, das Zweite an die „agents (Agenten, Handlanger)“ gemäß der Unterscheidung von Duguit und Jèze; beide Rechtsbereiche huldigen jedoch grundsätzlich einem gemeinsamen Wertekanon, sei es die Leitidee des „service public“, der „puissance publique“ und/oder der individuellen Freiheitsrechte. Duguit und Hauriou könnte jedoch vorgehalten werden, dass sie die zum Skelett abgemergerte Realität der drei Verfassungsgesetze von 1875, die weder den „service public“ noch die Menschenrechte erwähnten, mit Hilfe eines kontroversen rechts- und staats-theoretischen Überbaus künstlich angereichert haben. Doch selbst wenn man nur den geschriebenen Text der drei Verfassungsgesetze in Augenschein nimmt – ein Text, der welthistorisch die wohl kürzeste Verfassung und das begriff-

46 Siehe *Louis Favoreu*, Dualité ou unité d'ordre juridique: Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents?, in: Université Panthéon-Assas (Hg.), *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, 1988, S. 145 ff.

47 Siehe Teil 1 seines Lehrbuchs („Die Rechtsquellen des Verwaltungsrechts“, Übersetzung), in dem die Verfassung an erster Stelle erwähnt wird. Allein schon die ihr gewidmete Seitenzahl zeugt von ihrer Wichtigkeit (über 20 Seiten).

48 Siehe *Ducrocq* (Fn. 23) m.w.N.; *Louis Cabantous*, Répétitions écrites sur le droit administratif, <sup>5</sup>1873, S. 1 ff.

49 *François Bœuf*, Résumé de répétitions écrites sur le droit administratif, <sup>8</sup>1883, S. IV.

50 Siehe *Léon Duguit*, Traité de droit constitutionnel, Bd. 1, <sup>3</sup>1927, S. 680 ff. und 702 ff.

lich absolute Minimum an Verfassungsrecht darstellt (1875: insgesamt 34 Artikel, ab 1884 nur noch 26) –, so bricht die materielle Verbindung zwischen beiden Rechtsgebieten doch nie ganz ab. Das minimale Band besteht aus dem Prinzip der Gewaltenteilung, dem einige grundlegende Aussagen zur Organisation, Funktion und Kontrolle der Verwaltung entnommen wurden. Zum Vorschein kommt die tragende Rolle der Gewaltentrennung sowohl im Verfassungstext selbst,<sup>51</sup> als auch in der Rechtsprechung des *Conseil d'État*<sup>52</sup> und in den Lehrbüchern gerade jener Verwaltungsrechtler, welche die Materie eher nüchtern-rechtspositivistisch (ohne monumentalen Vorbau) angingen.<sup>53</sup>

- 23 Auf der Folie der Verwaltungsrechtslehre des *gesamten* 19. Jahrhunderts erscheint die Zwei-Welten-Lehre in Frankreich geradezu als eine Häresie.<sup>54</sup> Paradox ist sie ebenfalls, da es doch gerade die Verfassung (zuerst Art. 52 der Verfassung von 1799, später die „spezifisch-französische Auslegung des Gewaltentrennungsprinzips“) ist, die stets zur Legitimierung der zum Teil hochkontroversen Existenz des *Conseil d'État* diene.<sup>55</sup>

#### 4. Ein letzter Gegenbeweis und ein Ausblick

- 24 Extremthesen stimulieren den Geist: Sie fordern zu einer tieferen theoretischen Durchdringung der Materie heraus. Sie werfen, wie dies schon Søren Kierkegaard bemerkte, auf die Materie ein anderes Licht. Wäre die Zwei-Welten-Lehre wahr, hätte dies logisch zur Folge, dass die jeweiligen Hüter beider Materien sich gegenseitig völlig ignorieren könnten. Dem widersprechen jedoch die historisch-rechtsvergleichenden Daten, die eine Verknüpfung sowohl beider Gerichtsbarkeiten als auch Wissenschaftszweigen indizieren. Aufschlussreich sind dabei wiederum Extremfälle, in denen anfänglich jeweils einer der beiden Akteure fehlte.

##### a) Das Band zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit

- 25 Ein Blick in die europäische Rechtsgeschichte zeigt, dass Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in den meisten, wenn nicht sogar in allen Ländern, nicht zeitgleich entstanden. In der Mehrheit der Länder begann die Entwicklung einer richterlichen Kontrolle der Verwaltung, sei es durch spezielle Verwaltungs- und/oder durch die ordentlichen Gerichte, im 19. Jahrhundert.<sup>56</sup> Spezielle Verfas-

51 Implizit in Art. 3 des französischen Verfassungsgesetzes vom 25. 2. 1875.

52 CE, 28. 6. 1918, *Heyriès* (die Regierung kann während der Kriegszeit durch Dekret ein Gesetz suspendieren) und CE, 8. 8. 1919, *Labonne* (Anerkennung einer autonomen, vom Gesetz nicht vorgesehenen Verwaltungsgewalt des Präsidenten). Beide Entscheidungen berufen sich auf Art. 3 des Verfassungsgesetzes vom 25. 2. 1875.

53 *Henry Berthélemy*, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1920, S. 9 ff.; *Raymond Carré de Malberg*, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Bd. 1, 1920, S. 474 ff. („Der verfassungsrechtliche Begriff der Verwaltungsfunktion“, Übersetzung).

54 Zur Literatur des frühen 19. Jahrhunderts (Joseph Marie de Gérando, Pellegrino Rossi) siehe unten, Rn. 43.

55 *Grégoire Bigot*, *Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875*, Rfda 2003, S. 218 ff.

56 Einen kurzen chronologischen Überblick bietet *Olivier Jouanjan*, IPE IV, § 70 Rn. 44.



sungsgerichtshöfe erblickten das Licht meistens erst viel später, im 20. Jahrhundert. Eine gewisse Verfassungsgerichtsbarkeit konnte sich jedoch schon vor dieser Zeit organisch aus der ordentlichen Justiz oder Verwaltungsjustiz heraus entwickeln. Zur Entscheidung des ihm vorgelegten Verwaltungsrechtsstreits ist der Richter in der Tat dazu berufen, das *Recht*, das Gesetz *lato sensu*, anzuwenden. Zu den Rechtsquellen gehört potenziell auch die Verfassung, soweit: (1) die Verfassungsnorm sachlich relevant und direkt anwendbar ist und (2) dem Richter der Rückgriff auf die Verfassung nicht versperrt ist.<sup>57</sup> Auf diese Weise entsteht eine Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese kann sehr breitgefächert sein (die Gerichte überprüfen selbst die Gültigkeit der Gesetze<sup>58</sup>) oder nur in eingeschränkter Form existieren (die Gerichte wenden die Verfassung an, *soweit* kein Gesetz dem entgegensteht<sup>59</sup>). An sich ist diese Entwicklung nicht verwunderlich, werden doch beide Gerichtsbarkeiten sehr oft nach unterschiedlichen Kriterien abgegrenzt: Kriterium der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ihr *Sachbereich* (die Kontrolle der Verwaltung oder der Verwaltungstätigkeit); Kriterium der Verfassungsgerichtsbarkeit ist eine *formelle Rechtsquelle* (die Anwendung und Auslegung der Verfassung<sup>60</sup>). Eine Schnittmenge ist *ipso facto* gegeben. Ein Brückenschlag ist damit denkbar.

Der umgekehrte Weg – von der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Verwaltungsgerichtsbarkeit – ist ebenfalls denkbar, wenn auch seltener beschritten. Ein Beispiel hierzu ist die Schweiz. In der Eidgenossenschaft war die Verwaltung traditionell seit dem 19. Jahrhundert nur einer internen Aufsicht und einer politischen Kontrolle durch Parlament und Bürger unterworfen.<sup>61</sup> Den ordentlichen Gerichten kam keine Kompetenz zur Überprüfung von Verwaltungsakten zu. Spezielle Verwaltungsgerichte gab es ebenfalls nicht (diese entstanden auf kantonaler Ebene erst zwischen 1959 und 1996, auf Bundesebene ab 1917, 1925 und 2007). Das ab 1874 permanente Bundesgericht hatte jedoch neben der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit auch einige Kompetenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit inne.<sup>62</sup> Mithilfe

26

57 Sehr häufig war und ist jedoch den ordentlichen Gerichten und Verwaltungsgerichten die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze (aller oder gewisser) untersagt. So etwa in Frankreich (Verfassungen von 1791 und 1793; CE 6. 11. 1936, *Arrighi*: Theorie der „Loi-écran [Schirmfunktion des Gesetzes]“), Großbritannien, Deutschland (im 19. Jahrhundert; siehe heute das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für nachkonstitutionelle Gesetze der Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 100 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes), Belgien (bis heute), Niederlande (seit 1848; heute: Art. 120 *Grondwet*), Luxemburg (bis heute), Österreich (Art. 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt von 1867, Art. 89 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920), Schweiz (Bundesgesetze: Art. 113 der Bundesverfassung von 1874, Art. 190 der Bundesverfassung von 1999; dazu *Giovanni Biaggini*, IPE I, § 10 Rn. 67 ff.). In einigen seltenen Fällen war/ist ihnen sogar die Kontrolle von Rechtsverordnungen untersagt (Art. 106 der Preußischen Verfassung von 1850, Art. 89 Abs. 1 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920).

58 Beispiele: England (*Dr. Bonham's Case*, 1610), Griechenland (dazu *Stylios Ioannis G. Koutnatzis*, IPE I, § 3 Rn. 2, 27, 39 ff. und 70 ff.), Norwegen, Frankreich (unter der Zweiten Republik) und Deutschland (unter der Weimarer Republik).

59 Für Frankreich siehe *Francine Batailler*, *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, 1966; *Bruno Genevois*, *Le Conseil d'État et l'application de la Constitution*, in: Drago (Hg.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, 2007, S. 31 ff. Zur Verfassungsjudikatur des niederländischen *Hoge Raad*: *Leonard Besse-link*, IPE I, § 6 Rn. 79 ff.

60 Siehe *Fromont* (Fn. 4); *Heuschling* (Fn. 4), S. 103 ff.

61 Siehe *Benjamin Schindler*, in diesem Band, § 49 Rn. 10, 12 ff., 19 und 25 f.

62 Art. 113 Abs. 3 der Bundesverfassung von 1874 übertrug dem Bundesgericht den Schutz der „verfassungsmäßigen Rechte der Bürger“ gegenüber kantonalen Entscheidungen.

17

dieses Instruments hat das Bundesgericht ab dem Ende des 19. Jahrhundert eine, wenn auch nicht allumfassende, so doch punktuelle Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt. Es füllte so *zum Teil*, aber auch *nur* zum Teil, die Lücke im System des Rechtsschutzes.

- 27 In Theorie und Praxis gibt es also sowohl einen Weg von der Verwaltungs- zur Verfassungsgerichtsbarkeit, als auch von der Verfassungs- zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wenn sich beide auch überschneiden, so sind sie doch nicht identisch oder austauschbar: Auf der Basis der Verfassungsgerichtsbarkeit ist es, wie dies das Beispiel der Schweiz zeigt, nicht möglich, eine vollständige Verwaltungsgerichtsbarkeit aufzubauen. Umgekehrt ergibt sich aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst unter den besten Voraussetzungen nicht schon das gesamte Ressort der heutigen Verfassungsgerichtshöfe.<sup>63</sup>

b) *Das Band zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft*

- 28 In vielen Ländern (mit Ausnahme Frankreichs) hat sich die Verwaltungsrechtswissenschaft aus der Verfassungsrechtswissenschaft *lato sensu* herausgelöst. In Folge und als logischer Schlussstein des Studiums des Verfassungsrechts gehen die auf das „Staatsrecht“ oder „constitutional law“ spezialisierten Professoren zur Erörterung des Verwaltungsrechts über.<sup>64</sup> Von dieser kontinuierlichen Horizontserweiterung oder vertikalen Vertiefung – von der „oberen“ Staatsebene hinunter in die „unteren“ Staatsetagen, von den abstraktesten Prinzipien ins Dickicht der Regeln und Verwaltungsentscheide – zeugen Lehrbücher, die beide Bereiche abhandeln.<sup>65</sup> Das Interesse der Staatsrechtler für Verwaltungsrecht war jedoch *per definitionem* nachgeordnet. Das auf den zweiten Rang verwiesene Verwaltungsrecht riskierte eine stiefmütterliche Behandlung (wie sie etwa bei Carl Friedrich von Gerber erfolgt ist). Allein schon die schiere Masse der zu systematisierenden Verwaltungsrechtsregeln erforderte eine Spezialisierung. Dieser Abnabelungsprozess setzte in den meisten Ländern Mitte oder Ende des 19. Jahrhunderts ein (z.B. in Deutschland,<sup>66</sup> Österreich und Ungarn), etwas später in der Schweiz<sup>67</sup> und sehr viel später in Großbritannien (in den letzten vierzig Jahren).

63 Zählt man dazu die strafrechtliche Anklage wegen Verfassungsbruchs, so ist diese schwerlich aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit heraus zu entwickeln. Dazu bietet sich eher die Strafergerichtsbarkeit an.

64 Siehe in IPE IV die Beiträge zur Verwaltungsrechtswissenschaft in Deutschland (Pauly [Fn. 26], § 59 Rn. 5ff.), Österreich (Barbara Leit-Staudinger, § 63 Rn. 11 ff.), Schweiz (Pierre Tschannen, § 66 Rn. 6ff.), Großbritannien (Thomas Poole, § 61 Rn. 9ff.; siehe auch oben, Rn. 9); ferner Jouanjan (Fn. 56), § 70 Rn. 37. Die Lehre vom Verwaltungsrecht wird so entweder *aus der Traufe gehoben* oder, weil doch schon in manchen Ländern seit dem 16. Jahrhundert eine Polizeiwissenschaft bestand, im Zeitgeiste des Liberalismus *neu begründet*.

65 Für Deutschland siehe Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 381, ferner ebd., S. 193ff., und die Gliederung in dem bahnbrechenden Werk Robert von Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, <sup>1</sup>1829, dessen Band 1 dem Verfassungsrecht und dessen Band 2 dem „Verwaltungs-Recht“ gewidmet ist.

66 Stolleis (Fn. 65), S. 380ff. und 394ff. Das erste Werk war Josef Pözl's *Lehrbuch des bayerischen Verwaltungsrechts* (<sup>1</sup>1856).

67 Schindler (Fn. 61), § 49 Rn. 13. In kleineren Ländern ist der Personalmangel oft ein Hemmnis zur Spezialisierung.

Trotz Grenzkonflikten und übertriebener Abkoppelungsversuche suggeriert diese historische Entwicklung allgemein die Existenz einer „special relationship“ zwischen der Verfassungs- und der Verwaltungsrechtswissenschaft.<sup>68</sup>

Bestätigt wird dies aus entgegengesetzter Perspektive: durch das Beispiel Frankreichs.<sup>69</sup> Von 1789 bis zur Dritten Republik konnte sich in Frankreich trotz der existierenden Verfassungsstaatlichkeit keine Verfassungsrechtslehre etablieren. Lehrstühle gab es vor allem für Zivil- und Strafrecht und in geringerem Maße – seit 1819/1828 – auch für Verwaltungsrecht. Bemerkenswert ist dabei, dass die Lehrbücher zum Verwaltungsrecht und in geringerem Maße zum Privatrecht in ihren Einleitungen den Verfassungsrahmen wenigstens kurz anschneiden oder sogar in einem weit ausschweifenden Gestus erörtern. Das wohl am weitesten gehende Lehrbuch ist die dritte Auflage des „Cours de droit public et administratif“ (2 Bde., 1850) von Firmin Laferrrière (1798–1861). Dort werden im ersten Teil (in Bd. 1 unter dem Titel „Droit public“) zunächst auf 376 Seiten sowohl Rechts- und Staatsphilosophie („Droit public philosophique“) als auch Verfassungsrecht („Droit constitutionnel français“), Kirchenrecht und Völkerrecht dargelegt. Diesem Vorspann folgt dann im zweiten Teil („Droit administratif“, in Bd. 1 S. 377–508, Bd. 2 *in toto*) das eigentliche Studium des Verwaltungsrechts. *Nomen est omen*: Nicht umsonst umfasst der Titel vieler Verwaltungsrechtslehrbücher jener Zeitperiode nicht nur den Terminus „droit administratif“, sondern auch denjenigen des „droit public“. <sup>70</sup> Dieser bezeichnet sowohl das gesamte öffentliche Recht als auch vielfach nur das Verfassungsrecht. Aus einer zweitrangigen Position heraus – dass das Verwaltungsrecht logisch dem Verfassungsrecht folgt und diesem nicht vorangeht, wird von niemandem bestritten – ergibt sich auf diese Weise – in Abwesenheit von Lehrstühlen für Verfassungsrecht, Politik- und Verwaltungslehre – eine zentrale, dominante Position für die Verwaltungsrechtslehre. Während in den meisten Ländern der Weg vom „Gipfel“ des Verfassungsrechts in das „Tal“ des Verwaltungsrechts führte, ging in Frankreich der Weg vom Verwaltungsrecht (und selbst, wenngleich weniger stark, vom Privatrecht) „hoch“ zum Verfassungsrecht. <sup>71</sup> Hier zeigt sich sowohl, dass eine Brücke zwischen beiden Wissenschaften besteht, als auch, dass diese auf unterschiedliche Weise (sei es von der einen oder anderen Seite) vereinnahmt werden kann.

29

68 Ein Lehrbuch mit dem Titel „Verfassungsrecht und Privatrecht“ hat es dagegen, soweit mir ersichtlich, nie gegeben. Nur William Blackstones *Commentaries on the Laws of England* (\*1765–1769) kämen dem nahe.

69 Heuschling (Fn. 39), § 28 Rn. 3ff.; *Chevallier* (Fn. 39), S. 11ff.; *François Burdeau*, *Histoire du droit administratif*, 1995, S. 105ff. und 323ff.

70 Siehe neben den Büchern Laferrrières etwa die Werke von *Émile-Victor Foucart*, *Éléments de droit public et administratif*, <sup>1</sup>1834; *Bouchené-Lefer* (Fn. 24); *Batbie* (Fn. 24); *Maurice Hauriou*, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, <sup>1</sup>1892. Dieser Doppeltitel geht auf den 1819 an der Pariser Rechtsfakultät für Joseph Marie de Gérando geschaffenen Lehrstuhl für „droit public positif et administratif français“ zurück.

71 Neben Philosophen, Denkern, Politikern und Privatrechtsspezialisten sind es gerade auch die ersten Professoren für Verwaltungsrecht, die das Vakuum an Monographien zum Verfassungsrecht füllen. Siehe beispielsweise *Louis Antoine Macarel*, *Éléments de droit politique*, 1833 (auf [www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr) [21. 10. 2009] einsehbar).

### 5. Zwischenbilanz: Eine Neudefinition der Problematik

- 30 In einem System, in dem die (geschriebene oder ungeschriebene) Verfassung über einen gewissen Vorrang verfügt, ist eine totale Abkoppelung logisch unmöglich. Dies gilt selbst dann, wenn die Verfassung – wie unter der französischen Dritten Republik – auf ein striktes Minimum reduziert ist. Die Zwei-Welten-Lehre gehört also definitiv in die Rumpelkammer. Die wahre Frage lautet nicht, *ob* das Verwaltungsrecht vom Verfassungsrecht abhängt, sondern *in welchem Maße* dies der Fall ist. Die Gegenüberstellung von zwei antithetischen Modellen (in der deutschen Debatte: Fritz Werner *versus* Otto Mayer) macht wenig Sinn. Sie gibt von der Realität ein schiefes Bild, da eines der beiden Modelle empirisch überhaupt nicht gegeben und das andere plakativ-schematisch ist. Ein solches Raster ermöglicht es nicht, die besonders in der Rechtsvergleichung hervortretenden Nuancen *innerhalb* des Paradigmas der Verfassungsabhängigkeit zu erfassen. Eine Typologie, die der Realität gerecht werden will, muss sich gerade auf diesen Bereich des Spektrums (zwischen den Eckwerten einer niedrigen und einer hohen Verfassungsabhängigkeit) konzentrieren. Bevor diese Frage jedoch systematisch erörtert werden soll, gilt es eine Zwischenfrage zu beantworten: Ist es möglich, das britische Recht in die Perspektive eines gemeineuropäischen Paradigmas der Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts einzubinden, oder stellt das Vereinigte Königreich, allein schon aufgrund seiner besonderen Verfassungslage, einen absoluten Einzelfall dar, der abseits bleibt? Wie breit und wie tief ist eigentlich (noch) der Kanal?

## IV. Großbritannien: Immer noch ein Sonderfall?

- 31 Am britischen Recht muss sich jede europäische Rechtsvergleichung messen. Dies gilt sowohl für eine praxisorientierte Rechtsvergleichung (die Ausarbeitung einer konsensfähigen Lösung), als auch für eine nur der theoretischen Erkenntnis gewidmete Arbeit (die exakte Ausmessung der Distanz – oder Nähe – zwischen den Systemen). Dass die Rechtslage, speziell in Sachen Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in England und selbst in Schottland „anders“ ist, gehört zum Allgemeinwissen.<sup>72</sup> Die Frage ist jedoch, *wie weitreichend* die historisch gegebenen Eigenarten sind und in welchem Maße sie *heute noch* bestehen. Nicht selten wird der Kanal von beiden Seiten zu einem unüberbrückbaren Abgrund hochstilisiert.<sup>73</sup> Dabei ist das englische/britische Recht seit den letzten dreißig Jahren in Sachen „public law“ in einem tiefgreifenden, noch nicht ausgeklungenen Mutationsprozess begriffen.<sup>74</sup> Die rechtsvergleichende Literatur hat heute nur noch ein

<sup>72</sup> Dies unterstreicht Martin Loughlin ab dem ersten Satz seines (englischen) Landesberichts (in diesem Band, § 44 Rn. 1 ff.). Zu Schottland siehe oben, Fn. 11.

<sup>73</sup> Am krassensten *Pierre Legrand*, *European Legal Systems are not Converging*, ICLQ 45 (1996), S. 52 ff.

<sup>74</sup> Zu den noch älteren theoretischen Vorarbeiten, welche die Idee eines Verfassungsvorrangs überhaupt erst denkbar gemacht haben siehe *Luc Heuschling*, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 2002, S. 262 ff.

Wort im Munde: „Konvergenzen“.<sup>75</sup> Die Rede ist ebenfalls von der „Kontinentalisierung“ des britischen Rechts. Die Breiten- und Tiefenwirkung dieser Umwälzungen, die oft die (trügerische) Form einer schrittweisen „evolution“ annimmt, ist selbst vielen Briten noch unklar. In den Lehrbüchern wird sie begrifflich in ihrem wahren Ausmaß kaum reflektiert. Geradezu frappant ist diese Entwicklung jedoch, wenn man sie an zwei historischen Stichwörtern festmacht: Während Albert Venn Dicey 1885 ein verfassungsrechtliches Anathema gegen das „droit administratif“ aussprach, lancierte Lord Johan Steyn hundert Jahre später das Schlagwort der „Constitutionalisation of Public [*scil*: Administrative] Law“.

### 1. Diceys Anathema: Die konstitutionelle Vereisung des Verwaltungsrechts

Anders als auf dem Kontinent beginnt in Großbritannien die Geschichte des Themas „Verfassung und Verwaltungsrecht“ mit Pauken und Trompeten.<sup>76</sup> Gemeint ist die berühmte Kritik Albert Venn Diceys, des (Neu)Begründers der britischen Verfassungslehre.<sup>77</sup> Die britische Verfassung, so seine These zur „rule of law“, sieht die Existenz eines Verwaltungsrechts nicht vor und gestattet auch ein solches in der Zukunft nicht. Das Verfassungsrecht verkündet die uneingeschränkte Herrschaft des Privatrechts und der ordentlichen Gerichte. Dass diese Aussage Diceys empirisch falsch war, ist allgemein bekannt. Weniger vergewahrtigt wurde dagegen ihre normative Wirkungsmächtigkeit: Diese suggeriert in der Tat einen gewissen Vorrang der Verfassungsprinzipien wie desjenigen der *rule of law*. 32

#### a) Eine falsche Verallgemeinerung: Die Existenz des englischen Verwaltungsrechts

Diceys These war empirisch falsch und konnte eigentlich auch nur falsch sein.<sup>78</sup> Jeder moderne Staat verfügt über eine Verwaltung; jeder Rechtsstaat (und Großbritannien wollte dies sein) ist darauf bedacht, diese rechtlich zu bändigen (daher ein Verwaltungsrecht). Dieses Verwaltungsrecht beinhaltet notwendigerweise ein Minimum an spezifischen öffentlich-rechtlichen Regeln, allein schon, weil die Organisations- und Verfahrensregeln der Behörden wohl kaum dem Privatrecht oder dem *Common Law* entnommen werden können. Spezifisches Verwaltungsrecht gab es auch in England in Hülle und Fülle, wie schon Frederic Maitland<sup>79</sup> 33

<sup>75</sup> Siehe beispielsweise *Esin Öricü*, Looking at Convergence through the Eyes of a Comparative Lawyer, Electronic Journal of Comparative Law, Bd. 9.2, Juli 2005, abrufbar unter [www.ejcl.org/92/art92-1.html](http://www.ejcl.org/92/art92-1.html) (21. 10. 2009).

<sup>76</sup> Für einen historischen Überblick *Jeffrey Jowell*, Administrative Law, in: Bogdanor (Hg.), The British Constitution in the 20th Century, 2003, S. 373 ff.

<sup>77</sup> Zu Dicey und seinem Einfluss *Poole* (Fn. 64), § 61 Rn. 7 ff.; *Martin Loughlin*, Public Law and Political Theory, 1992, S. 138 ff.; *Spyridon Flogaitis*, Droit administratif et administrative law, 1986, S. 31 ff.; *Sabino Cassese*, La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni, 2000.

<sup>78</sup> *Gaston Jèze*, Les principes généraux du droit administratif, <sup>3</sup>1925, S. 1; *de Smith/Brazier* (Fn. 12), S. 504.

<sup>79</sup> *Wade/Forsyth* (Fn. 13), S. 18. So auch schon die Kritik bei *Frank Johnson Goodnow*, Comparative Administrative Law, Bd. 1, 1897, S. 6 f.

und später William Ivor Jennings und William Robson aufzeigten. Dicey hat in seinem angeblich *induktiv* herausgearbeiteten Verfassungsprinzip der „rule of law“ einen Teil des positiven Rechts unterschlagen. Sein Prinzip der *rule of law* war nicht deskriptiv, sondern normativ.

- 34 Durch die harsche Kritik Diceys, dessen geistige Autorität in Sachen Verfassung immens war,<sup>80</sup> war jedoch das sich gerade entwickelnde Verwaltungsrecht bis zu einem gewissen Punkt auf „Eis gelegt“.<sup>81</sup> Seine Existenz wurde ignoriert, seine konstitutionelle Legitimität negiert und seine Entwicklung abgebremst, wenn auch nicht gestoppt. Der Stern Diceys sank jedoch mit der Zeit, seine geistige Herrschaft in den Köpfen der Gesetzgeber, Richter, Anwälte und Professoren verblasste („Enteisung“). Zum einen wurde die Messlatte – der Begriff der „rule of law“ – unter der Feder von Jennings und Robson niedriger gelegt; zum anderen war, streng (formal)juristisch gesehen, der souveräne Gesetzgeber sowieso nicht an diese Messlatte gebunden, konnte er doch per Gesetz (und das Verwaltungsrecht war zu großen Teilen Gesetzesrecht) die ungeschriebene Verfassung ändern. Das Verwaltungsrecht entwickelte sich auf diese Weise langsam, wenn auch nicht problemlos, sei es *gegen* Diceys Verfassungsrahmen oder *innerhalb* der neu definierten Verfassungsprinzipien. Diese Geburtsschwierigkeiten sind jedoch nicht ohne negative Auswirkung auf die weitere Entwicklung des Verwaltungsrechts geblieben.<sup>82</sup>

*b) Diceys Wirkungsmächtigkeit als Indiz  
eines gewissen Vorrangs der Verfassungsprinzipien*

- 35 Bemerkenswert ist, dass der empirisch diagnostizierte Einfluss der Diceyschen Verfassungenauslegung auf die Entwicklung des Verwaltungsrechts streng formaljuristisch nicht erklärbar ist. Ein konstitutionelles Prinzip, wie dasjenige der *rule of law*, stellt gegenüber dem souveränen Parlament keine rechtliche Hürde dar. Das Parlament hat sich auch in der Tat oft darüber hinweggesetzt (davon zeugen die vielzähligen gesetzlichen „ouster clauses“). *Zum Teil* wirkte dieses Verfassungsprinzip jedoch als eine *normative Hemmschwelle*, sowohl in den Köpfen vieler Parlamentarier (die von einer Gesetzgebung absahen und alles beim Alten ließen) als auch bei einigen Richtern (die dazu tendierten, Verwaltungsgesetze am Maßstab der Diceyschen Lehre restriktiv auszulegen<sup>83</sup>). Diceys Prinzip der *rule of law* wurde so zum Orientierungspunkt für Gesetzgebung und Richter-

80 *Cane* (Fn. 16), S. 12 („enormous influence“).

81 Robson sprach von Diceys „frozen dead hand“ (Zitat bei *Poole* [Fn. 64], § 61 Rn. 11).

82 War bei Dicey die *rule of law* eng mit der Idee der richterlichen Kontrolle der Verwaltung verbunden, so wurde dieser Bezug bei Robson und Jennings zur Förderung des sich etablierenden Wohlfahrtsstaates ausgeklammert. Das Resultat ist die Verkümmernung des Rechtsschutzes in den Jahren 1940 bis 1960. *Wade/Forsyth* (Fn. 13), S. 16, sprechen mit Blick auf diese Zeitperiode von der „great depression“ des *judicial review* in England. Siehe auch *Jowell* (Fn. 76), S. 376ff., und *John Mitchell*, The causes and effects of the absence of a system of public law in the UK, PL 1965, S. 95ff.

83 Berühmtes und zugleich radikalstes Beispiel: der Fall *Anisminic* von 1969 (trotz der im Gesetz vorgesehenen „ouster clause“ eröffnet das *House of Lords* den Rechtsweg; unter dem Begriff der verfassungskonformen Auslegung versteckt sich dabei in Wahrheit eine Gesetzesinvalidierung). Nicht alle Richter fühlen sich jedoch dem Diceyschen Verfassungsprinzip der *rule of law* verpflichtet. Dazu *Jowell* (Fn. 76).

recht. Grund für diese „Autorität“ war natürlich nicht die Person Diceys an sich, sondern das, was er verkörperte, insbesondere für die konservativ-liberalen Kreise der Gesellschaft. Die gewisse Höherrangigkeit der Verfassungsprinzipien beruhte, so meine Hypothese, auf dem Respekt vor der *Tradition*. Im 19. Jahrhundert war der größte Teil der Verfassung Englands noch ungeschrieben und wurde dem *Common Law* und/oder den „immemorial customs“ zugeordnet. Die Verfassung konnte sich somit auf eine altehrwürdige Tradition berufen, die der Legende nach bis vor das Jahr 1066 zurückging. So konnte Diceys Lehre, die von vielen Mitgliedern der englischen Elite als die wahre Darstellung der Verfassung angesehen wurde, die Entwicklung zwar nicht völlig aufhalten, aber doch sehr stark abbremsen.<sup>84</sup>

Das Prestige und die Autorität der Verfassung selbst gegenüber dem Gesetzgeber basierten in Großbritannien auf einem Grund, den die meisten Juristen auf dem Kontinent wohl als „außerjuristisch“ oder „moralisch“ abtun würden. Die Gewichtigkeit dieses (rechts)kulturellen und soziologischen Faktors darf jedoch, will man das britische Verfassungssystem wirklich verstehen, nicht aus den Augen verloren werden. Gerade Dicey hat die entscheidende Rolle von außerrechtlichen Faktoren für die britische Verfassung explizit hervorgehoben. Nach seiner klassischen, heute noch gebräuchlichen Definition<sup>85</sup> besteht die britische „Verfassung (*Constitution*)“ nicht nur aus Verfassungsrecht (*constitutional law*), sondern auch aus außerrechtlichen Normen (die „constitutional conventions“, die der politischen Ethik zugeordnet werden). Unterscheidungskriterium zwischen Recht und Moral ist die Justiziabilität der betroffenen Norm. Das Verfassungsprinzip der *rule of law* hat, so gesehen, einen zweideutigen Charakter: Seine normative Wirkung innerhalb des parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses (das erfolgreiche Blockieren eines Gesetzesentwurfes<sup>86</sup>) würde, in Abwesenheit jeglicher richterlicher Intervention, als ein konstitutionelles Phänomen moralischer Natur bewertet werden. Kommt es jedoch zu einer restriktiven verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes durch die Gerichte, wird *ipso facto* aus dem Verfassungsprinzip ein verfassungsrechtliches Prinzip. Sein Vorrang ist somit, je nach Lage, ein moralischer oder ein juristischer.

84 Die Normativität der Verfassungsprinzipien *steht* und *fällt* mit dem gesellschaftlichen Respekt, den die Briten der Tradition zollen. Dieser ist jedoch nicht unbegrenzt. Die Tradition erlaubt eine gewisse Anpassung. Selbst ein offener Bruch ist möglich (Politiker wie Margaret Thatcher oder Tony Blair haben dies vielfach dargetan; die Gerichte können selbst verfassungsrechtliche Präjudizien revidieren, sie haben beispielsweise in der Geschichte die „rule of recognition“ des britischen Rechts grundlegend geändert). Viele zeitgenössische Verfassungsprinzipien (wie etwa die Institution der Devolution) haben überhaupt keinen Traditionsbezug. Ihr materieller Vorrang aufgrund der Tradition ist daher *per definitionem* gleich null, es sei denn, sie können sich auf andere Legitimitätsquellen berufen (im Falle der Devolution: die Volksabstimmung). Dies erklärt auch, warum die Idee eines *formellen* Vorrangs der Verfassung (oder wenigstens von Teilen der Verfassung) einen wachsenden Anklang in der britischen Debatte findet.

85 *Albert Venn Dicey*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, <sup>8</sup>1915, S. CXL ff. („The true nature of constitutional law“).

86 Beispiel aus jüngerer Zeit: Nach scharfer Kritik seitens der Richterschaft und Lehre wurde die „ouster clause“ in der *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Bill 2004* von der Regierung fallengelassen. Siehe *Benjamin Schirmer*, Die Konstitutionalisierung des englischen Verwaltungsrechts, 2007, S. 383 ff.

## 2. Die zeitgenössische Konstitutionalisierung des (Verwaltungs)Rechts

- 37 Selbst die englische Lehre spricht heute – wenn auch noch selten und zaghaft – von einer „Konstitutionalisierung“ des Rechts, und zwar sowohl des Verwaltungs- als auch des Privatrechts.<sup>87</sup> Dies mag den kontinentaleuropäischen Beobachter auf den ersten Blick überraschen.<sup>88</sup> Auf dem Kontinent operiert die Konstitutionalisierung auf der Grundlage des Vorrangs der Verfassung auch und gerade gegenüber Gesetzen. Genau daran aber fehlt es im Vereinigten Königreich! Diese Analyse irrt jedoch in zwei Punkten. Zum einen geht sie von der Omnipresenz der Gesetzgebung aus, eine Annahme die gerade für das britische Recht falsch ist. Das *Common Law* eröffnet – potenziell – den Verfassungsprinzipien einen nicht zu unterschätzenden Aktionsradius. Davon zeugt gerade die Debatte über die „constitutional foundations of judicial review“. Zum anderen sind Teile der britischen Verfassung in einem verwickelten, zum Teil noch nicht systematisch reflektierten Rangsteigerungs- oder Erhebungsprozess begriffen.

### a) Die Debatte über die verfassungsrechtlichen Grundlagen der gerichtlichen Kontrolle

- 38 Ausgelöst wurde die Konstitutionalisierungsdebatte durch den richterrechtlichen Ausbau des Verwaltungsrechtsschutzes seit Mitte der 1960er Jahre. Anfänglich verlief diese Fortentwicklung des *Common Law* nach pragmatisch-kasuistischen Gesichtspunkten, ohne jegliche Systematik. Erst in den 1990er Jahren entfalte sich in der Lehre und in der Judikatur eine Diskussion zur deren *verfassungsrechtlicher Begründung*, sei es, um diese Entwicklung einzufangen, oder sei es, um sie anzutreiben.<sup>89</sup> Unterschiedliche verfassungsrechtliche Prinzipien wurden dazu mobilisiert: Während das Prinzip der Parlamentsouveränität der Ausgangspunkt der sog. „ultra vires“-Doktrin ist (Zweck des Rechtsschutzes ist danach die Durchsetzung des Willens des demokratischen Gesetzgebers), gehen die Verteidiger des „Common Law constitutionalism“ vom Prinzip der *rule of law* und der Rolle der Gerichte als Hüter der Freiheitsrechte aus. In der Praxis überwog letztere Auffassung: Die höchsten Richter proklamierten die Existenz von „constitutional“ oder „basic rights“, welche selbst im Verhältnis zu den Gesetzen über eine

87 Der Begriff „Konstitutionalisierung“ wird im Sinne der dritten Lesart verstanden (siehe dazu unten, Rn. 49). Als Urheber dieses Diskurses wird in England allgemein *Lord Johan Steyn*, *The Constitutionalisation of Public Law [= Verwaltungsrecht]*, 1999, angesehen; das Werk ist abrufbar unter: [www.ucl.ac.uk/constitution-unit/files/publications/unit-publications/38.pdf](http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/files/publications/unit-publications/38.pdf) (21. 10. 2009). Siehe auch *Poole* (Fn. 64), § 61 Rn. 39; *Stathis Banakas*, *The Constitutionalisation of Private Law in the UK*, in: *Barkhuysen/Lindenbergh* (Hg.), *Constitutionalisation of Private Law*, 2006, S. 83 ff.; *Schirmer* (Fn. 86), S. 21 ff. und 361 ff. Die meisten Autoren reden eher über den „constitutional background“ (*Cane* [Fn. 16], S. 404 ff.) oder über die „constitutional foundations“ des Verwaltungsrechts.

88 *Pedro Cruz Villalón*, IPE I, § 13 Rn. 83 m. Fn. 60.

89 Siehe die verschiedenen Beiträge in: *Forsyth* (Hg.), *Judicial Review and the Constitution*, 2000; ferner *Poole* (Fn. 64), § 61 Rn. 32 ff. m.w.N.



gewisse höhere Autorität verfügen.<sup>90</sup> Während „ordinary rights“ gemäß dem traditionellen Verständnis der Souveränität vom Gesetz *stillschweigend* eingeschränkt oder aufgehoben werden können („implied repeal“<sup>91</sup>), ist dies bei Grundrechten („constitutional rights“) nur durch *ausdrücklichen* Willensbeschluss des Parlaments möglich.

Die aus dem abstrakten Begriff der (liberal-rechtsstaatlichen) Demokratie und/oder dem *Common Law* fließenden Grundrechte gehen dem Prinzip der Souveränität voran („Vor-rang“): Sie gelten auch ohne Gesetz, und sie gelten, solange kein Gesetz sich ihnen ausdrücklich widersetzt. Dies zeigt, wie auch das Beispiel Israels oder Kanadas,<sup>92</sup> dass der justiziable Vorrang der Verfassung nicht notwendigerweise auf der formalen Rigidität der Verfassung begründet sein muss. Über die Unterscheidung zwischen „explicite“ und „implied repeal“ werden von der Richterschaft Teile (aber eben nur Teile) der britischen Verfassung auf eine höhere Ebene gehoben. Diese Hierarchisierung kommt ebenfalls in dem berühmten *obiter dictum* von Sir John Laws im Fall *Thoburn* (2002) zum Ausdruck, in dem er zwischen „ordinary statutes“ and „constitutional statutes“ unterscheidet.<sup>93</sup>

39

*b) Die Rangsteigerung von Teilen der Verfassung aufgrund des Human Rights Act und der Europäischen Menschenrechtskonvention*

Noch verstärkt wird dieser Konstitutionalisierungsprozess durch den *Human Rights Act* 1998, der die Menschenrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in das britische Recht inkorporierte.<sup>94</sup> Im schottischen Rechtssystem verfügen diese Freiheitsrechte über einen klaren formellen Vorrang: Im Falle einer Menschenrechtswidrigkeit sind die höchsten Gerichte dazu angehalten, den Gesetzen des Holyrood-Parlaments<sup>95</sup> die Anwendung zu verwehren

40

90 *Steyn* (Fn. 87), S. 5f.; *Jowell* (Fn. 76), S. 390ff.; *ders.*, *Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review*, PL 2000, S. 671 ff. („a higher order of rights inherent in our constitutional democracy“, S. 675); *Patrick Birkinshaw/Martina Künnecke*, IPE II, § 17 Rn. 41 und 44f. („Das *Common Law* hat eine Verfassung höheren Ranges entwickelt“). Siehe auch den außergerichtlichen Standpunkt von *John Laws*, *Law and Democracy*, PL 1995, S. 84 („a higher order of law to which even Parliament is subject“), S. 92 („The Constitution, not the Parliament, is in this sense sovereign“).

91 Gemäß dieser traditionellen Doktrin kann ein Gesetz einem älteren Gesetz implizit widersprechen, selbst wenn letzteres seine eigene Unaufhebbarkeit postuliert.

92 In Kanada beruht die Höherrangigkeit der Menschenrechte auf der Nichtanwendung der „notwithstanding clause“ durch das Parlament (siehe Art. 52 in Verbindung mit Art. 33 des *Constitution Act* 1982). Zu Israel siehe die Grundsatzentscheidung des obersten Gerichtshofes von 1995 in der Rechtssache *United Mizrahi Bank Ltd. et al. v. Migdal Cooperative Village*, 49(4) PD 221.

93 [2002] 1 CMLR 50, 101. Siehe *Birkinshaw/Künnecke* (Fn. 90), § 17 Rn. 36ff. In der Literatur spricht beispielsweise *Carol Harlow*, *Export, Import. The Ebb and Flow of English Public Law*, PL, 2000, S. 247, inzi- dent von den „statutes with quasi-constitutional status“.

94 Sehr klar herausgearbeitet durch zwei schottische Akademiker: *O'Neill* (Fn. 17), S. 198ff., und *Thomas James Mullen*, *The Constitutionalisation of the Legal Order*, in: *United Kingdom National Committee of Comparative Law/British Institute of International and Comparative Law* (Hg.), *UK Law for the Millennium*, 1998, S. 532ff. Viele andere Aspekte dieser Problematik werden dort angeschnitten, die hier aus Zeitgründen weggelassen wurden (z.B. die Rolle des EU-Rechts). Ergänzend zu ihrer Analyse soll vor allem ein Aspekt hervorgehoben werden: die Rolle des EGMR in Straßburg, der selbst bei diesen Autoren unerwähnt bleibt.

95 Holyrood ist der Name des Parlamentsgebäudes in Edinburgh.

25

(Sections 29, 33 und 100 des *Scotland Act* 1998). Das Gleiche gilt in Nordirland für Gesetze des Parlaments in Stormont. Die kniffligste Frage betrifft die nur für England oder für das gesamte Königreich geltenden, vom Westminster-Parlament verabschiedeten Gesetze. Gemäß *Section 3* Abs. 2 des *Human Rights Act* ist es den Gerichten streng untersagt, einem (früheren oder zukünftigen) Westminster-Gesetz die Anwendung aufgrund einer Menschenrechtswidrigkeit zu versagen. Das Prinzip der parlamentarischen Souveränität scheint auf den ersten Blick unangetastet.<sup>96</sup> *Section 3* Abs. 2 des *Human Rights Act* ist jedoch nur ein Teil einer weit komplexeren institutionellen Mechanik.

- 41 Erstens sollen die Gerichte gemäß *Section 3* Abs. 1 des *Human Rights Act* jedes Gesetz „so weit wie möglich“ menschenrechtskonform auslegen. Die Grenzziehung zwischen einer neutralisierenden Interpretation (die vom *Human Rights Act* erlaubt) und einer offenen Nichtigkeitserklärung (die vom *Human Rights Act* untersagt ist) ist jedoch fließend.<sup>97</sup> Zweitens können die obersten Gerichte dann, wenn das Gesetz den Menschenrechten widerspricht, dies in einer offiziellen Erklärung feststellen (*declaration of incompatibility*, *Section 4* Abs. 2 des *Human Rights Act*). Regierung und Parlament sind juristisch, was das *interne Recht* (d.h. den *Human Rights Act*) angeht, frei, das so beanstandete Gesetz aufrecht zu erhalten oder abzuändern.<sup>98</sup> Ihr Handlungsspielraum besteht jedoch nur im innerstaatlichen Recht: Auf europäischer Ebene ist ihr Ermessen durch die EMRK und die Kontrollbefugnisse des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte *rechtlich* eingeschränkt (Art. 1 und 46 Abs. 1 EMRK). Man kann davon ausgehen, dass die Straßburger Richter sich der Kritik der britischen Obergerichte in der *declaration of incompatibility* in den meisten Fällen wohl anschließen werden. Der Europäische Gerichtshof vollendet die Arbeit der britischen Richter, indem er einen Verstoß der Konvention anerkennt. Der britische Staat ist dann *juristisch* gehalten, der Missachtung ein Ende zu setzen, was die Änderung des Gesetzes bedingt. Bildlich kann man von einer Boomerang-Prozedur sprechen: Eingekeilt zwischen den britischen Obergerichten, die den Boomerang (d.h. die Unvereinbarkeitsklärung) losschicken, und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, der ihn durch rechtskräftige Gerichtsentscheidung von Straßburg nach London zurücksendet, ist die sog. „Souveränität“ des Parlaments in Westminster auf das berühmte Feigenblatt zurückgeschrumpft.
- 42 Die Konstitutionalisierung und Kontinentalisierung des britischen Rechts ist somit im Vormarsch. Vier institutionelle Spezifika sind jedoch zu vermerken: (1) Der juristische Vorrang der Verfassung selbst gegenüber Gesetzen beruht nicht auf der Rigidität der Verfassung, sondern zum einen auf der durch die Rechtsprechung eingeführten Differenzierung zwischen „*explicite*“ und „*implied repeal*“,

96 Siehe auch *Section 6* Abs. 3 des *Human Rights Act*: Das Parlament wird von der rechtlichen Inpflichtnahme aller „öffentlichen Autoritäten“ zum menschenrechtskonformen Handeln ausdrücklich ausgenommen.

97 Für eine detaillierte Analyse der Judikatur siehe *Aileen Kavanagh*, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, 2009.

98 Bisher haben alle Unvereinbarkeitsklärungen eine Gesetzesänderung ausgelöst. Laut *David Feldman*, *Standards of Review and Human Rights in English Law*, in: ders. (Fn. 14), S. 317, 356, wäre die Regierung sogar dazu *verpflichtet*. Diese Verpflichtung ist jedoch höchstens eine moralisch-konstitutionelle, da sie aus der Sicht dieses Autors auf einer „*constitutional convention*“ beruht.

zum anderen auf einer völkerrechtlichen Selbstbindung (EMRK, Vertrag über die Europäische Union). (2) Dieser Vorrang ist äußerst komplex, da nur gewisse Teile der Verfassung nach jeweils unterschiedlichen Regeln in dessen Genuss kommen. (3) Im Vereinigten Königreich sind die beiden Phänomene der Konstitutionalisierung und der Europäisierung besonders eng ineinander verwoben. (4) Der Konstitutionalisierungsprozess verläuft zu einem gewichtigen Teil (in Bezug auf die Westminster-Gesetzgebung) ohne das richterliche Verwerfungsrecht. Dieses Instrument fehlt sowohl den britischen Gerichten als auch dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Das Gewicht dieser Eigenarten darf jedoch nicht überschätzt werden. Das bei einigen bis zur „splendid isolation“ aufgebaute Bild der Insularität Großbritanniens wird der Realität nicht mehr gerecht. Großbritannien ist zwar immer noch ein Sonderfall, jedoch ist es ein solcher *innerhalb* eines gemeineuropäischen Paradigmas.

## V. Das gemeineuropäische Paradigma einer variablen Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts

Die an sich logisch zwingende Idee eines Bandes zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht ist nicht nur allen europäischen Rechtsordnungen gemein; sie ist auch sehr alt. Sie geht auf die Sternstunde der Koexistenz beider Rechte zurück. So enthielt die erste geschriebene Verfassung Frankreichs von 1791 eine große Anzahl an Prinzipien und Regeln zur Verwaltung. In der französischen Lehre wurde die Idee der verfassungsrechtlichen Grundfeste des Verwaltungsrechts sowohl vom „ersten“ Professor für Verwaltungsrecht (Joseph Marie de Gérando<sup>99</sup>) als auch vom „ersten“ Professor für Verfassungsrecht (Pellegrino Rossi<sup>100</sup>) hervorgehoben.<sup>101</sup> Ähnliches gilt für Deutschland: Den Altmeistern Robert von Mohl<sup>102</sup> und Lorenz von Stein war die Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts evident; letzterer hat gerade die berühmte Formel von der Verwaltung als „tätig werdender Verfassung“ geprägt.<sup>103</sup> Die Idee einer facettenreichen Verschränkung wurde ebenfalls von Frank Johnson Goodnow Ende des 19. Jahrhunderts in seinem Werk *Comparative Administrative Law* dargelegt.<sup>104</sup> Der Gegenstand beider Rechte ist größtenteils derselbe; die Verfassung fixiert einen allgemeinen Rahmen (etwa die Freiheitsrechte), den das Verwaltungsrecht im Detail umsetzt. Das Verwaltungsrecht wird jedoch nicht nur normiert, sondern spielt auch eine kreative Rolle, indem es den verfassungsrechtlichen Rah-

99 „Des lois constitutionnelles servant de base au droit administratif“ – so lautet der Titel des ersten Abschnittes der Einleitung von *Joseph Marie de Gérando*, *Institutes du droit administratif*, Bd. 1, <sup>2</sup>1842, S. 3 ff.

100 *Pellegrino Rossi*, *Cours de droit constitutionnel*, Bd. 1, 1865, S. LVIII.

101 Wissenschaftshistorisch sind beide zwar nicht die allerersten ihres Faches, sie werden jedoch sehr oft als solche apostrophiert.

102 Zu ihm und insgesamt zu der Lehre des 19. Jahrhunderts siehe *Stolleis* (Fn. 65), S. 381 ff. und 395 ff.

103 *Lorenz von Stein*, *Handbuch der Verwaltungslehre*, Bd. 1, <sup>3</sup>1888, S. 6.

104 *Goodnow* (Fn. 79), S. III f., 3, 8 und 15.

men ausfüllt („supplement“ bzw. „complement“). Gewisse Teile des Verfassungsrechts sind für das Verwaltungsrecht irrelevant, andere dagegen (die sog. „constitutional foundations of administrative law“) sind Grundpfeiler des Verwaltungsrechts.

- 44 Dieses Band zwischen Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht ist komplex. Es handelt sich nicht um eine einseitige, sondern um eine *zweiseitige* Beziehung: Das einfache Verwaltungsrecht hängt auf unterschiedliche Weise von der Verfassung ab (Stichwort: Hierarchie), ein Aspekt der zweifelsohne in der Debatte am meisten hervorsticht. Die Verfassung hängt jedoch auch unter anderen Gesichtspunkten vom einfachen Verwaltungsrecht ab.<sup>105</sup> Diese Komplexität (die Existenz zweier, in sich wiederum komplexer Perspektiven) erklärt den Reichtum an nationalen Varianten. Die Grundsatzidee der Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts ist gemeineuropäisch; ihre konkrete Ausgestaltung ist jedoch je nach Land und Epoche verschieden. Unterschiede gibt es sowohl in der Sache als auch in den Begriffen. Selbst wenn die Terminologie dieselbe ist (etwa der Diskurs der „Konstitutionalisierung“), so muss man sich jedoch davor hüten, vorschnell auf denselben Inhalt zu schließen. Diese Variationen gilt es im Folgenden zuerst mit Hilfe einer Skala kurz darzulegen, um sie anschließend an Parametern festzumachen.

### 1. Ein breites Spektrum: Divergenzen in Wort und Sache

- 45 Das Band zwischen Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht nimmt je nach Land und Epoche unterschiedliche Konturen an: Es ist eng oder lose, breit oder schmal. Manchmal gerät es aufgrund seines minimalen Effektes in Vergessenheit. Manchmal wird es auch durch die bewusst distanzierte Haltung einiger Akteure zum Teil zerrissen (Stichwort: „Krieg der Gerichte“). Der Frage, in welchem Maße dieses Band für das Verwaltungsrecht früher identitätsstiftend war (einiges spricht dafür, dass die Abkoppelung vom Privatrecht zentraler war), kann an dieser Stelle nicht nachgegangen werden. Tenor der heutigen Lehre ist in historisch-rechtsvergleichender Perspektive jedenfalls die *wachsende Rolle* des Verfassungsrechts.<sup>106</sup> Die Rede ist länderübergreifend von der „Konstitutionalisierung“<sup>107</sup> des Rechts, zumal des Verwaltungsrechts. Dass dieses Phänomen vor allem auf die ausschlaggebende Rolle der neu eingerichteten Verfassungsgerichtshöfe

105 Dazu schon *Cassese* (Fn. 77), S. 11 f. Ein Punkt sei an dieser Stelle schon vorab erwähnt: Ohne den Unterbau des einfachen (Verwaltungs)Rechts hängt der verfassungsrechtliche Oberbau sprichwörtlich in der Luft. Die Verfassung ist dann nur ein Stück Papier: schön geschrieben, gerecht, normativ, aber ineffektiv. Siehe ferner unten, Rn. 49, 58 und 60.

106 Siehe beispielsweise *Michel Fromont*, *Droit administratif des États européens*, 2006, S. 11 und 73.

107 Dieser ursprünglich französische Diskurs erlangte eine europaweite Verbreitung über den 15. *International Congress of Comparative Law/Congrès international de droit comparé* in Bristol (1998), auf dem ein Workshop zur „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“ stattfand. Einen kurzen Überblick über die verschiedenen Landesberichte bietet der Abschlussbericht des Vorsitzenden *Louis Favoreu*, *La constitutionnalisation de l'ordre juridique: Considérations générales*, *Revue belge de droit constitutionnel*, 1998, S. 233 ff. Die bibliographischen Referenzen der meisten Landesberichte können über das Recherche-System des Max-Planck-Instituts in Heidelberg leicht nachgesucht werden.

zurückgeht, ist ebenfalls eine geläufige Annahme. Dieses erste Bild – ein wissenschaftlicher Schnappschuss sozusagen – ist jedoch in gewissen Punkten zu grobkörnig.

a) *Ein Fall außerhalb des Mainstream: Schweden*

Diese Diagnose bezieht sich vor allem auf die Länder des *Mainstream*, deren Avantgarde Deutschland ist. Die Situation eines Landes wie Schweden<sup>108</sup> wird dagegen ausgeblendet. In der Praxis und Lehre des schwedischen Verwaltungsrechts war und ist die Verfassung (die frühere Regierungsform von 1809, die heutige von 1974) fast kein Thema. Die (rigide) Verfassung geht formell Gesetzen vor; deren Verfassungsmäßigkeit kann von allen Gerichten überprüft werden. Der Lehre ist der Begriff der „Hierarchie der Normen“ bekannt. Inhaltlich besteht sowohl ein minimales Band (einige kurze Angaben zur Organisation und Kontrolle, darunter der originelle § 7 des Kapitels 11<sup>109</sup>) als auch ein potenziell mächtiges Band: die Grundrechte (Kap. 2 der Regierungsform von 1974). Eine Zwei-Welten-Lehre wird nicht vertreten. Einen Begriff, der eine selbst minimale Verbindung beider Rechtsmaterien auf den Punkt bringen würde, gibt es jedoch auch nicht. Der schlichte Begriff der „verfassungsrechtlichen Quellen des Verwaltungsrechts“ wird nur selten thematisiert. Völlig unbekannt ist der in anderen Ländern geläufige Diskurs der „Konstitutionalisierung“ des (Verwaltungs-)Rechts. Obgleich der Lehrstuhl vieler Professoren sowohl Verfassungs- als auch Verwaltungsrecht umfasst, erscheint eine Verschränkung beider Materien vielen als ein Ding der Unmöglichkeit.

Bedingt ist dieses wissenschaftliche Begriffsvakuum sowohl durch das strukturelle Desinteresse der schwedischen Rechtslehre an theoretisch begründeten Systemen als auch und vor allem durch die Bescheidenheit des Forschungsobjekts. Die verfassungsrechtliche Substanz des Verwaltungsrechts ist äußerst gering. Die Erörterung von Verfassungsargumenten in politischen und gerichtlichen Foren wurde traditionell als „ungewöhnlich“, „unseriös“, ja sogar als „lächerlich“ (so Mats Kumlien und Kjell Åke Modéer) abgestempelt.<sup>110</sup> Die Verfassung war „Dekoration“. Grundrechte wurden erst sehr spät durch die Verfassungsnovelle von 1979 in die Regierungsform aufgenommen. Selbst heute mobilisieren die ordentlichen Gerichte und die Verwaltungsgerichte die Grundrechte kaum: Einem demokratischen Gesetz sowie einer Verordnung der Regierung kann nur dann die Anwendung verwehrt werden, wenn die Verfassungswidrigkeit „offensichtlich“ ist (Kap. 11 § 14 der Regierungsform). Dies ist jedoch nie oder jeden-

108 Siehe *Hans-Heinrich Vogel*, IPE I, § 9 Rn. 108; *Mats Kumlien/Kjell Åke Modéer*, in diesem Band, § 48 Rn. 32 ff.; *Gunilla Edelstam*, IPE IV, § 65 Rn. 18 ff. und 45 ff. Ein besonderer Dank geht an Gunilla Edelstam für die Zustellung von reichem Informationsmaterial.

109 Zu dessen grundlegender Rolle siehe *Jacques Ziller*, *L'administration*, in: Troper/Chagnollaud (Hg.), *Traité international de droit constitutionnel*, Bd. 3 (i.E.). Mit Hinblick auf die Verortung der Verwaltung innerhalb des Gewaltentrennungsschemas unterscheidet Ziller drei Haupttypen: das klassisch-europäische Modell (die Eingliederung der Verwaltung in die Exekutivgewalt), das amerikanische Modell (die Verortung der Verwaltung zwischen Legislative und Exekutive) und das schwedische Modell (die Anerkennung der Verwaltungsgewalt als vierte Gewalt).

110 *Kumlien/Modéer* (Fn. 108), § 48 Rn. 60.

falls fast nie der Fall, geht man von der positivistischen Rechtstheorie Axel Hägerströms aus.<sup>111</sup> Diese liegt den Richtern und Juristen noch heute auf den Schultern, eine geistige Erbschaft, von denen nur wenige sich zu befreien wussten.

b) *Die Avantgarde des Mainstream: Deutschland*

- 48 Ein ganz anderes Bild zeigt sich dagegen in Deutschland, das den Vorrang des Grundgesetzes maximal ausgebaut hat (Stichworte: Ewigkeitsklausel, Naturrechtsbegründung, Justiziabilität der Grundrechte, Drittwirkung, „Solange“-Rechtsprechung usw.). Mit dem Vorrang des Grundgesetzes gegenüber dem einfachen Recht geht die Vorrangstellung des Bundesverfassungsgerichts gegenüber den Fachgerichten sowie – innerhalb der Rechtswissenschaft – die Dominanz der „nach der Krone greifenden“<sup>112</sup> Verfassungsrechtslehre einher. Die drei Kreise sind eng miteinander abgestimmt. Reflektiert wird diese Situation allgemein in der berühmten, schon aus dem Jahre 1959 stammenden Formel Fritz Werners „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“<sup>113</sup>, die heute auch im Ausland, etwa in Polen, in Portugal oder in der Schweiz<sup>114</sup>, positiven Anklang findet. Auf den Punkt gebracht wird die (übermächtige) Gewichtigkeit des Verfassungsrechts und des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls in dem u.a. von Christoph Schönberger vorangestellten Terminus der „verfassungsrechtliche[n] Überformung“<sup>115</sup>, eine im Ausland unbekannte Metapher. Zwar spricht einiges dafür, dass das grundgesetzliche und/oder Karlsruher Verfassungsrecht zum Teil „abstrahiertes Verwaltungsrecht“ ist.<sup>116</sup> Das empirische Beweismaterial hierzu bleibt jedoch recht mager. Oft ist ganz im Gegenteil die Rede von einer verfassungsrechtlichen „Übersättigung“<sup>117</sup> oder „Hypertrophie“, die in Sachen Konstitutionalisierung zu einem „bundesdeutschen Sonderweg“ geführt habe.<sup>118</sup>

c) *Varianz innerhalb des Mainstream: Das Beispiel Frankreichs*

- 49 In Frankreich ist der wissenschaftliche Begriffsapparat relativ uneinheitlich. Zur Prägekraft der Verfassung gehen die Lehrmeinungen in der Tat weit auseinander: Während einige Autoren einen „starken“ Einfluss der Verfassung diagnostizie-

111 Siehe dazu *Edelstam* (Fn. 108), § 65 Rn. 38 ff.

112 *Armin von Bogdandy*, IPE II, § 39 Rn. 38 ff.

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

114 *Andrzej Wasiliewski*, IPE IV, § 64 Rn. 42; *Wróbel* (Fn. 33), § 47 Rn. 91; *Schindler* (Fn. 61), § 49 Rn. 45. Zu Portugal siehe *Rebello de Sousa/Salgado de Matos* (Fn. 36), S. 73.

115 *Schönberger* (Fn. 32), S. 53, 55 ff.

116 *Pauly* (Fn. 26), § 59 Rn. 30 (in der ersten Entwurfsfassung).

117 *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bunke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 63 ff. und 77 ff.

118 *Schönberger* (Fn. 32), S. 57. Siehe auch *Rüdiger Breuer*, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und Demokratiegebotes, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 222 f. („überbordende, inflationär ausgeweitete Argumentation mit verfassungsrechtlichen Prinzipien“ bzw. „vulgäre Heilerwartung gegenüber der Verfassung“).

ren,<sup>119</sup> sehen andere in der sog. Konstitutionalisierung eine oberflächliche Erscheinung, welche die überlieferten Grundsätze des Verwaltungsrechts eher konsolidiert als transformiert.<sup>120</sup> Abgesehen von einigen Ausnahmen wird die Beziehung beider Rechtsmaterien (jedoch nicht beider Gerichtsbarkeiten) allgemein auf der vertikalen Ebene angesetzt. Drei Termini stehen dabei hauptsächlich zur Debatte. Der erste ist ein Klassiker: Es handelt sich um den von Georges Vedel wieder eingebürgerten, schon von Joseph Marie de Gérando geprägten Begriff der „verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts (*les bases constitutionnelles du droit administratif*)“.<sup>121</sup> In diesem Begriff geht es (allein) um Fundamente, Prinzipien und Leitideen. Weitreichender und auch geläufiger ist der Begriff der „sources constitutionnelles“, der verfassungsrechtlichen Quellen des Verwaltungsrechts. Dieser umfasst alle verfassungsrechtlichen Normen: nicht nur die Leitprinzipien, sondern auch die technischen Regeln. Der Begriff ist relativ neutral: Eine dominante, ja sogar imperialistische Stellung des Verfassungsrechts kommt in ihm nicht zum Ausdruck. Der dritte Begriff ist der von Louis Favoreu seit 1980 in die französische und später auch in die internationale Diskussion eingeführte Ausdruck der „constitutionalisation du droit administratif“.<sup>122</sup> Da der heutige europaweite Diskurs zur „Konstitutionalisierung“ schillernd ist, gilt es, die spezifische Identität des französischen Diskurses genau herauszuarbeiten. Der Terminus „Konstitutionalisierung“ kann in der Tat in den verschiedenen Rechtsordnungen nicht weniger als vier unterschiedliche Sachlagen bezeichnen: (1) die schrittweise Einführung aller oder gewisser Komponenten einer Verfassung in ein bis dahin verfassungsloses Rechtssystem (die *Verfassungswendung*, der Konstitutionalismus als Prozess);<sup>123</sup> (2) die Erhebung einer bis dahin unterverfassungsrechtlichen Norm in den Verfassungsrang (die *Aufsto-*

119 Favoreu (Fn. 40), S. 649 ff.; ders., La constitutionnalisation du droit administratif, Mélanges Epaminondas P. Spiliotopoulos, 1998, S. 97 ff.; Pierre Delvolvé, La constitutionnalisation du droit administratif, in: Association Française de Droit Constitutionnel/Mathieu (Hg.), 1958–2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française, 2008, S. 397 ff.

120 Siehe neben den Schriften von Vedel beispielsweise Pascal Combeau, Juridiction constitutionnelle et constitutionnalisation du droit administratif. Rapport français, in: Jouanjan/Masing (Hg.), Referate zur IV. Tagung des Deutsch-französischen Gesprächskreises für öffentliches Recht vom 17 bis 18. Oktober 2008 in Freiburg i. Br. (i.E.).

121 Siehe oben, Fn. 45 und 99. Der Begriff wurde ebenfalls in Italien und Spanien übernommen. Siehe Sabino Cassese, Le basi costituzionali, in: ders. (Hg.), Trattato di Diritto amministrativo, Bd. 1, 2003, S. 173 ff.; Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo general, Bd. 1, 2004, S. 75 ff. („Los bases constitucionales del Derecho administrativo“). Daneben benutzt Santamaría Pastor den Begriff der Rechtsquellen (S. 193 ff.).

122 In der Sache hat sich Favoreu von der sog. „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte im deutschen Recht inspirieren lassen. Das Wort „constitutionalisation“ ist dagegen französischer Herkunft. Siehe Louis Favoreu, La constitutionnalisation du droit, Mélanges Roland Drago, 1996, S. 25 ff. Favoreu war ebenfalls einer der Urväter der europaweiten Verbreitung dieses Diskurses. Er hat u.a. die Schaffung eines Diskussionspanels zu diesem Thema auf dem 15. Congrès international de droit comparé in Bristol (1998) angeregt. Siehe den von ihm ausgearbeiteten Fragebogen in: Mathieu/Verpeaux (Hg.), La constitutionnalisation des branches du droit, 1998, S. 197 ff., und seinen Abschlussbericht (Fn. 106). Der deutsche Terminus „Konstitutionalisierung“ entstand in diesem Zusammenhang und wurde im Jahre 2000 über das Werk von Schuppert/Bumke (Fn. 117) maßgeblich in die deutsche Literatur eingeführt. Rainer Wahl, Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?, FS für Winfried Brohm, 2002, S. 192, irrt, wenn er den Ursprung dieses Diskurses den Engländern zuschreibt.

123 Diese Auffassung ist heute sehr prägnant in Großbritannien (siehe Mullen [Fn. 94]; Martin Loughlin, IPE I, § 4 Rn. 73 ff.) sowie in der Diskussion des Völker- und EU-Rechts.

ckung oder inhaltliche Anreicherung der etablierten Verfassung); (3) die materielle Vordeterminierung des einfachen Rechts durch die Verfassung (die *Ausstrahlungswirkung* oder Prägekraft der Verfassung); (4) die Ausstrahlungswirkung der in völkerrechtlichen Verträgen gewährleisteten Menschenrechte (die Konstitutionalisierung als Synonym der *Liberalisierung*).<sup>124</sup>

- 50 In der deutschen Lehre versteht man im innerstaatlichen Bereich unter Konstitutionalisierung fast ausschließlich den dritten Sinngehalt.<sup>125</sup> Der französische Begriff „constitutionalisation“ bezeichnet dagegen sowohl die Aufstockung der Verfassung von 1958 – bestes Beispiel ist die Entscheidung des *Conseil constitutionnel* vom 16. Juli 1971 in Sachen *Liberté d'association* – als auch (aber erst an zweiter Stelle) ihre Ausstrahlungswirkung auf das einfache Recht.<sup>126</sup> Thematisiert wird dementsprechend auf vertikaler Ebene nicht nur ein Einfluss von oben nach unten (dritter Sinngehalt), sondern auch – in nicht zu unterschätzendem Maße – eine Dynamik von unten nach oben (zweiter Sinngehalt). Das Verfassungsrecht und vor allem das vom *Conseil constitutionnel* geschaffene Verfassungsrichterrecht rezipiert Normen, Begriffe und Methoden, die zuerst vom *Conseil d'État* im Verwaltungsrecht ausgeformt und angewendet wurden.<sup>127</sup> Deshalb pochen die Verteidiger des Verwaltungsrechts und des *Conseil d'État* nicht nur auf die Eigenständigkeit des Verwaltungsrechts gegenüber dem Verfassungsrecht, sondern auch auf den Beitrag des Verwaltungsrechts zum Verfassungsrecht. Einigen geht der Begriff „constitutionalisation“ überhaupt zu weit. In den Ohren Vedels, der zu den schärfsten Kritikern zählt, suggeriert dieser Begriff einen Imperialismus des Verfassungsrechts und des *Conseil constitutionnel*, den es so in der Vergangenheit nicht gegeben hat und der auch für die Zukunft nicht wünschenswert ist. Das Verwaltungsrecht wird nicht transformiert, sondern durch die Verfassung ganz einfach konsolidiert. Dem Diskurs Favoreus hält Vedel provokativ den überspitzten Begriff der „administrativisation“ bzw. „civilisation du droit constitutionnel“ entgegen.<sup>128</sup> Nach der Ansicht Vedels wäre der schlichtere Begriff der „sources constitutionnelles“ noch am angebrachtesten, eine Meinung die der frühere Präsident der „section du contentieux“ des *Conseil d'État*, Bruno Genevois, ebenfalls teilt.<sup>129</sup> Es mag daher kaum überraschen, dass in Frankreich die Formel Fritz Werners bisher kaum Anhänger fand.<sup>130</sup>

124 Siehe beispielsweise *Besselink* (Fn. 59), § 6 Rn. 109ff.; *David Dyzenhaus/Murray Hunt/Michael Taggart*, *The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation*, *Oxford University Commonwealth Law Journal* 2001, S. 5ff.

125 *Wahl* (Fn. 122), S. 192ff.; *Schuppert/Bunke* (Fn. 117), S. 25; *Schirmer* (Fn. 86), S. 27f.

126 *Favoreu* (Fn. 122), S. 28ff.

127 *Georges Vedel*, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Mélanges René Chapus*, 1992, S. 647ff.; *Combeau* (Fn. 120). Diese Ansicht wird auch von den Staatsratsmitgliedern vertreten. Siehe etwa *Olivier Schrameck*, *Droit administratif et droit constitutionnel*, *AJDA* 1995, Spezialheft („Le droit administratif“), S. 34ff.

128 *Georges Vedel*, *L'unité du droit. Aspects généraux et théoriques*, *Mélanges Roland Drago*, 1996, S. 8; *ders.* (Fn. 19), S. VIII.

129 *Genevois* (Fn. 59), S. 39 und 54.

130 Widerspruch bei *Schrameck* (Fn. 127), S. 35; Zustimmung nur bei *Franck Moderne*, *A propos du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs*, *Rfda* 2008, S. 915.



Folgendes Fazit lässt sich ziehen: Geht man dem *normativen*<sup>131</sup> Einfluss der Verfassung nach, eröffnet sich ein weites Spektrum an Resultaten. Eckwerte der Skala sind einerseits Deutschland und andererseits Schweden.<sup>132</sup> Dazwischen positioniert sich eine Vielzahl von Rechtssystemen, in denen die Intensität der Verfassungsabhängigkeit von Beobachtern als stark,<sup>133</sup> schwach oder relativ begrenzt<sup>134</sup> eingeschätzt wird. Diese globalen Bewertungen sollen und können in diesem Beitrag weder vervollständigt noch methodisch hinterfragt werden (verstehen alle Autoren dasselbe unter „stark“ bzw. „schwach“?). Dass es jedoch unterschiedliche Grade an Verfassungsabhängigkeit gibt, ist unleugbar. Die Einflusschancen und Kanäle (Akteure, Instrumente), das Tempo, die Reichweite (sind alle Rechtsgebiete gleich betroffen?) und auch das Resultat der verfassungsrechtlichen Durchdringung (Umformung oder Konsolidierung des einfachen Rechts?) variieren.<sup>135</sup>

## 2. Die Ursachen:

### Die vielfältigen Parameter einer komplexen Verfassungsabhängigkeit

Die Konstitutionalisierung (im dritten Sinne) ist ein Phänomen, das ganz unterschiedliche Formen und Gestalten annehmen kann. Gefördert, artifizell aufgebaut, gehemmt oder vereitelt wird dies durch eine Vielzahl von Faktoren. Deren Interaktion innerhalb einer fein verästelten Mechanik gilt es in einem Gesamtbild zu erfassen.

#### a) Die Anzahl der verwaltungsrechtlich relevanten Verfassungsnormen

Die Prägekräft der Verfassung hängt in erster Linie vom Inhalt der Verfassung ab. Geht man diesem Aspekt in *quantitativer* Sicht nach, ergeben sich erste Divergenzen. Zwar gibt es dazu keine exakten Zahlen (Wie könnte man auch „Normen“ zählen?<sup>136</sup> Was ist „eine“ Norm? Zählt man Wörter, Paragraphen oder

131 Der Einfluss der Verfassung kann jedoch auch *kausal* und indirekt sein (ein interessantes Beispiel bei *Bernardo Giorgio Mattarella*, in diesem Band, § 45 Rn. 24 ff.). Diese Perspektive wird hier nicht aufgegriffen.

132 Für eine etwas andere, weltweite Skala siehe *Favoreu* (Fn. 107), S. 235 ff.

133 Spanien (*Pierre Bon*, *Constitution et administration en Espagne*, AEAP 1993, S. 17 ff.; *ders.* *La constitutionnalisation du droit espagnol*, RfdC 1991, S. 34 ff.), Polen (*Wróbel* [Fn. 33], § 47 Rn. 91 und 98) und die Schweiz (*Schindler* [Fn. 61], § 49 Rn 16; *Stephan Breitenmoser*, *The Constitutionalization in Swiss Law*, in: Institut Suisse de Droit Comparé [Hg.], *Rapports suisses présentés au XV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, 1998, S. 127 ff.).

134 Niederlande: *Sophie C. van Bijsterveld*, *The Constitution in the legal order of the Netherlands*, in: Hon dius (Hg.), *Netherlands Reports to the 15th International Congress of Comparative Law*, 1998, S. 347 ff.; Italien (in der Vergangenheit): *Mattarella* (Fn. 131), § 45 Rn. 40. Nach Ansicht von *Poole* (Fn. 64), § 61 Rn. 38, ist es noch zu früh, um die Auswirkungen der Konstitutionalisierung in Großbritannien abzuschätzen.

135 Dazu schon *Schuppert/Bumke* (Fn. 117), S. 9 ff.; *Louis Favoreu/Patrick Gaïa/Richard Ghevontian/Jean-Louis Mestre/Otto Pfersmann/André Roux/Guy Scoffoni*, *Droit constitutionnel*, 11<sup>e</sup> 2008, Rn. 363; *Riccardo Guastini*, *Remarques sur la constitutionnalisation de l'ordre juridique. Le cas italien*, in: *Rapports nationaux italiens au XV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, 1998, S. 449 ff. Für ein sehr rasches Tempo siehe *Bon* (Fn. 133) in Bezug auf Spanien. In Italien dagegen ging die Umsetzung der Verfassung nur langsam voran.

136 Einige wenig überzeugende Versuche bei *Albert Lanza*, *L'expression constitutionnelle de l'administration française*, 1984, S. 63 ff., oder *Katharina Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997.

Sinninhalte?). Grobe Schätzungen zeigen jedoch, dass die Verfassungstexte unterschiedlich lang sind (Tendenz: steigend). Eckpunkte der Skala wären wahrscheinlich einerseits die Verfassungsgesetze der französischen Dritten Republik, andererseits detailverliebte Verfassungen wie diejenigen Portugals oder Österreichs. Das Interesse des Verfassungsgebers an der *Umgestaltung* der Verwaltung (da eine solche stets schon besteht) ist je nach den Umständen schwach oder stark. In Frankreich sagt die gaullistische Verfassung von 1958 nur relativ wenig über die Verwaltung (wie auch über die Menschenrechte) aus,<sup>137</sup> ging es damals, im Kontext des Kolonialkrieges in Algerien, vor allem darum, die Stellung der Staatsspitze auf Kosten des Parlaments zu stärken. Bezüglich der Verwaltung, die seit der Dritten Republik eine stabile Kraft darstellte, konnte und wollte man es beim Alten belassen. Für Italien diagnostiziert Sabino Cassese ebenfalls eine gewisse, zum Teil auf Ignoranz fußende Indifferenz der verfassungsgebenden Versammlung.<sup>138</sup> In anderen Ländern dagegen hat der *pouvoir constituant* eine verfassungsrechtliche Regelung der Verwaltung resolut in Angriff genommen.<sup>139</sup> Revolutionen,<sup>140</sup> Diktaturerfahrungen sowie die föderale Gliederung<sup>141</sup> des Staates fördern letztere Tendenz. Auch steigt das Volumen der Verfassung mit der Zeit, vor allem durch das nicht unkontroverse sog. Verfassungsrichterrecht.

- 54** Nicht alle Verfassungsnormen sind jedoch verwaltungsrechtlich relevant. Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich drei Kategorien von Verfassungsnormen unterscheiden: (1) Verfassungsnormen ohne direkten verwaltungsrechtlichen Bezug (etwa die interne Ausgestaltung des Parlaments); (2) Verfassungsnormen, die an alle Akteure und Rechtsgebiete und damit auch an die Verwaltung adressiert sind (z.B. die Grundrechte); (3) Verfassungsnormen, deren spezifischer Regulationsgegenstand die Verwaltung und das Verwaltungsrecht sind (Behördenorganisation, Beamtentum usw.). Funktion der Verfassung ist es, die Grundfeste des politischen Gemeinwesens zu definieren. Je enger jedoch der Begriff der „Grundfeste“ definiert wird, desto stärker kann die Verwaltung aus der Verfassung herausfallen. Absolutes Minimum einer Verfassung ist ihr institutioneller Kerngehalt: die Einsetzung der höchsten Staatsorgane. Die Verwaltung und sogar die Justiz können mithin allein dem einfachen Recht anheimgestellt werden. Heute sind Staatszielbestimmungen und Menschenrechtserklärungen vor allem in diktaturgeschädigten Ländern ein rechtspolitisches Muss. In der „belle époque“ gab es jedoch weder in Großbritannien, noch in Frankreich (Verfassung von 1875) und Deutschland (Reichsverfassung von 1871) einen Grundrechtekatalog. In einigen Ländern ist die Präsenz solcher Bestimmungen noch relativ

137 *Pierre Bon*, Constitution de 1958 et droit administratif, Les petites affiches, Heft Nr. 144 vom 1. 12. 1993, S. 4 ff.

138 *Sabino Cassese*, Constitution et administration en Italie, AEAP 1993, S. 55.

139 Kennzeichnend für diese Haltung sind vor allem Verfassungen aus jüngerer Zeit: Portugal, Spanien, Belgien, Finnland, Slowenien, Schweiz usw. Siehe *Ziller* (Fn. 109); *Pierre Bon*, Constitution et administration en Espagne, AEAP 1993, S. 17 ff.; *Francis Delpérée*, Constitution et administration en Belgique, AEAP 1993, S. 119 ff.

140 Zur Französischen Revolution siehe *Lanza* (Fn. 136), S. 63 ff.

141 Jeder Eingriff des Bundesstaats bedarf einer verfassungsrechtlichen Begründung; siehe Art. 3 und 42 der schweizerischen Bundesverfassung.

neu<sup>142</sup> und/oder stößt wegen deren Abstraktheit auf ein traditionelles rechtskulturelles Unbehagen.<sup>143</sup>

b) *Das Vorverständnis: Die Verfassung als „Weltenei“ oder als „Rahmen“/„Schleuse“?*

Diese erste, quantitative Analyse ist jedoch nicht ausreichend. Zur Erkenntnis des Verfassungsinhalts genügt nicht die Lektüre dessen, was schwarz auf weiß gedruckt ist. „Das Recht existiert in unseren Köpfen“<sup>144</sup>. Derselbe Text kann in zwei Ländern ganz unterschiedlich ausgelegt werden. Das, was der Jurist aus dem Text „herausliest“, ist bedingt durch seine Vorverständnisse: der Unter-, Über- oder Vorbau der Verfassung.<sup>145</sup> Zwar übersteigt es die Grenzen dieses Beitrages, auch nur eine annähernde Kartographie des Rechtsdenkens in Europa zu erstellen. *Idealtypisch* kann man jedoch zwischen zwei Modellen differenzieren.<sup>146</sup>

Diejenigen, die den Verfassungstext in eine moralisch-naturrechtliche Werteordnung einbetten, neigen dazu, den Text anzureichern.<sup>147</sup> Das radikalste Beispiel hierzu ist die schon erwähnte Haltung von Hauriou und Duguit zur Existenz einer verfassungsrechtlichen Grundrechtgarantie unter der französischen Dritten Republik.<sup>148</sup> Die Justiziabilität selbst so abstrakter Prinzipien wie der Menschenwürde oder der Grundrechte erscheint selbstverständlich. Die anscheinende Leere des Texts, der Wortkapsel, wird durch die Dichte eines weltanschaulichen oder philosophischen Unterbaus ausgefüllt. Ein solcher Jurist tendiert dazu, die Antwort auf alle grundsätzlichen Fragen des Verwaltungsrechts nicht nur in der Verfassung zu *suchen* (was aufgrund des Vorrangs der Verfassung methodisch angebracht ist), sondern auch sie in ihr zu *verorten*, ein Irrtum, dem auch Positivisten verfallen können.<sup>149</sup> Die Verfassung als Inbegriff alles Guten und Gerechten wird zum Gral, zur Licht- und Inspirationsquelle, in der alles Fundamentale irgendwie schon steht. Mittels der Menschenwürde (aus der ihrerseits

142 Frankreich (seit 1971), Schweden (seit 1979), Großbritannien (seit 1998) sowie alle Länder des ehemaligen Ostblocks.

143 Zu Schweden siehe oben, Rn.46. Zur niederländischen Verfassungsrechtskultur *Willem Konijnenbelt*, *Constitution et administration aux Pays-Bas*, AEAP 1993, S. 193ff. Die traditionell abstrakten Prinzipien eher abgeneigte britische Rechtskultur unterläuft heute einem Wandel (*Poole* [Fn. 64], § 61 Rn.32, spricht insofern – in der englischen Originalversion seines Beitrags – von einem „theoretical turn“). Dazu auch *Luc Heuschling*, *Le regard d'un comparatiste: L'État de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales*, in: *Société française de droit international* (Hg.), *L'État de droit en droit international*, 2009, S. 52f.

144 *Georg Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 31914, S. 332.

145 Siehe den scharfen Kontrast in der heutigen englischen Verwaltungsrechtslehre zwischen einerseits der hohen Theorieaufgeschlossenheit von *Craig* (Fn. 16), S. 3ff., und andererseits der Theoriefeindlichkeit von *Wade/Forsyth* (Fn. 13), S. 8f.

146 Siehe auch *Schuppert/Bumke* (Fn. 117), S. 32ff.

147 Der Naturrechtsrenaissance nach dem Zweiten Weltkrieg kommt in diesem Kontext eine tragende Rolle zu. Zur deutschen Lehre der „Werteordnung“ siehe *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in: *ders.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 21992, S. 47ff. Für die Schweiz nach 1945 siehe das Werk von *Zaccaria Giacometti*, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, 1960. Dazu *Tschannen* (Fn. 64), § 66 Rn. 13.

148 Siehe oben, Rn.22.

149 Siehe *Vedel*, in: *Amselek* (Fn. 45), S. 135, rückblickend auf seine Schrift von 1954: „Ich ging von der Idee aus, dass [...] das Verfassungsrecht die Einleitung zu *allen* Kapiteln des öffentlichen Rechts liefert [...]“ (Übersetzung, Hervorhebung nicht im Original).

die Menschenrechte bzw. Grundrechte geschöpft werden<sup>150</sup>), wird die Verfassung zur Urquelle der gesamten Rechtsordnung. Sie wird zum „juristischen Weltenei“ (Ernst Forsthoff).

- 57 Die radikalsten Kritiker dieser Auffassung pochen demgegenüber darauf, dass nicht „alles aus der Verfassung hervorgezaubert“<sup>151</sup> oder logisch aus ihr deduziert werden kann. Die Verfassung ist ein Rahmen: Sie setzt gewisse Grenzen; sie fixiert jedoch nicht alles Grundsätzliche.<sup>152</sup> Die Kritik reibt sich auch am Wernerischen Begriff der „Konkretisierung“:<sup>153</sup> Dieser suggeriert, dass *alles* Wesentliche schon entschieden sei. Nur die technisch-praktische Umsetzung stünde noch aus. Die Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers und/oder des Verwaltungsrichters wird ausgeblendet oder sogar eingeschränkt. Besonders markant ist der Stimmungswechsel in der Schweiz. Nach der „Vergötterung der Verfassung“ in den 1960er und 1970er Jahren tritt dort mittlerweile bei Teilen der Lehre eine gewisse „Grundrechtsmüdigkeit“ (Pierre Tschannen) auf. Als Rahmenordnung ist die Verfassung zugleich auch eine Schleuse, durch die von außen (sei es aus Politik und Ideologie, aus Völker- oder Europarecht oder – in historischer Sicht – aus der vorhergehenden Rechtsordnung) grundsätzliches Gedankengut in das einfache Recht einfließen kann. Die Impulse vieler Verwaltungsreformen aus der jüngeren Zeit (Privatisierung, *New Public Management* usw.) gehen nicht auf die Verfassung, sondern auf intellektuelle Bewegungen (wie die Chicago-Schule), auf sich wandelnde Parteiprogramme, auf die Anziehungskraft ausländischer Modelle, auf den vertikalen Einfluss anderer nationaler Rechtszweige (z.B. Privatrecht) und/oder auf Vorgaben des supranationalen Rechts (Europarecht) zurück. Das Verwaltungsrecht kann auf diese Weise bis zu einem gewissen Grade eine andere Kultur oder Mentalität entwickeln oder beibehalten.<sup>154</sup> Darin offenbart sich die Eigenständigkeit des einfachen Rechts.

#### c) Die Frage der Abstraktheit der Verfassungsprinzipien

- 58 Der Streit zwischen diesen Verfassungsverständnissen entzündet sich vor allem an der Offenheit der Verfassungsprinzipien. Deren abstrakte Natur wird entweder als ein Reichtum (je abstrakter die Norm, desto größer die Möglichkeit kreativer Anpassung durch den Juristen/Richter) oder im Gegenteil als ein existenzieller Krisenherd für das Recht angesehen. Wird, wie dies bei vielen Rechts-

150 *Locus classicus*: Günter Dürig, Der Grundsatz der Menschenwürde, AöR 42 (1956), S. 122 ff.

151 Tschannen (Fn. 64), § 66 Rn. 16 und 19. Die nachfolgenden Zitate Tschannens sind seinem mündlichen Vortrag bei der Autorentagung zu diesem Band entnommen. Siehe auch die äußerst scharfe Kritik von Georges Vedel, *Propos d'ouverture*, in: Mathieu/Verpeaux (Fn. 122), S. 14 ff.

152 Wäre dies der Fall, würde ein Blick in die Verfassung genügen, um sich ein vollständiges Bild des Staates und seiner Verwaltung zu bilden. Aus der Lektüre des deutschen Grundgesetzes und selbst der Grundgesetzjudikatur würde jedoch ein Mars-Bewohner wohl kaum auf die Existenz eines so reich ausgebauten Sozialstaates in Deutschland schließen, wie dies der Fall ist. Die zunehmende Präsenz von ministerialfreien Räumen in vielen Ländern kann ebenfalls nicht aus den Verfassungstexten herausgelesen werden.

153 In Frankreich (Schrameck [Fn. 127], S. 35), in der Schweiz (Tschannen [Fn. 64], § 66 Rn. 24) und selbst in Deutschland (Pauly [Fn. 26], § 59 Rn. 30).

154 So können sich beide Rechtsgebiete an verschiedene ausländische Vorbilder anlehnen; siehe Küpper (Fn. 34), § 51 Rn. 46 ff.

positivisten üblich war, das Recht mit den *Rechtsregeln* identifiziert (Recht ist genau, exakt, scharfkantig), so wird Prinzipien wie den Menschenrechten trotz ihrer positivrechtlichen Verankerung die Rechtsnatur im Endeffekt abgesprochen.<sup>155</sup> Menschenrechte sind nur „programmatische“ bzw. „politische“ Normen, die nicht justiziabel sind. Abgesehen von Schweden ist diese Herangehensweise jedoch in allen Ländern, sei es unter dem Druck des Verfassungsgebers (Art. 1 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes, Art. 53 der spanischen Verfassung von 1978 und Art. 8 Abs. 2 der polnischen Verfassung von 1997) oder des Verfassungsgerichts,<sup>156</sup> überwunden worden.

Die Problematik der Offenheit hat sich heute verschoben. In den Vordergrund tritt die heikle Frage der Abwägung.<sup>157</sup> Welches der zum Teil gegenläufigen Verfassungsprinzipien soll das einfache Recht am stärksten determinieren? Wem steht die ultimative Abwägung zu: der Politik oder der Richterschaft? Die richterliche Kontrolldichte sowie die Rollenverteilung zwischen den Gerichten mag je nach Land variieren. Die alte Problematik der Abstraktheit der Verfassung ist jedoch nicht völlig verschwunden. Bei einigen taucht sie unter einem neuen Gewand wieder auf. Deutlich wird dies in dem von Matthias Jestaedt geprägten Begriff des „Anwendungsvorrangs“ der konkretesten, weil rangniedrigsten Rechtsnorm.<sup>158</sup> Der an sich zweideutige Begriff des „Anwendungsvorrangs“ des einfachen Rechts (dem der „Geltungsvorrang“ der Verfassung gegenüber gestellt wird) ist nicht ganz problemlos. Einen gewissen empirisch-soziologischen Erkenntniswert kommt ihm wohl zu: Dass der kleine Beamte oft keinen Finger rührt, so lange die Vorgaben der Verfassung, ja selbst diejenigen der Gesetze und Verordnungen ihm nicht in einer verwaltungsinternen Weisung ausbuchstabiert worden sind, ist allgemeiner Topos. Misst man jedoch diesem Begriff einen rechtlich-normativen Wert zu, würde dadurch der Ignoranz der Verfassung durch die (niedrigen oder höheren?) Verwaltungsorgane der Weg geebnet werden. Der Geltungsvorrang der Verfassung, die sich gerade an alle Staatsorgane (einschließlich der Beamten<sup>159</sup>) wendet, würde unterhöhlt werden. Die Verfassung fiele wiederum aus dem „strikten“ Verwaltungsrecht heraus.

*d) Der Telos der Verfassung: Transformation  
oder Konsolidierung der vorgefundenen Rechtsordnung?*

Ein absolut zentraler Parameter für die Identität der Konstitutionalisierung ist das inhaltliche *Transformationspotenzial* der Verfassung. Dieses Potenzial ist

155 Siehe dazu die klassischen Ausführungen von Richard Thoma oder Hans Kelsen; näher *Heuschling* (Fn. 74), S. 123f.

156 In Italien; siehe dazu unten, Fn. 178.

157 *Schuppert/Bumke* (Fn. 117), S. 38, sprechen gar von einem „Abwägungsbrei“. Siehe ferner etwa *Norbert Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, S. 63ff.

158 *Matthias Jestaedt*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts. Eine Zwischenbilanz für die grundgesetzliche Rechtsordnung, in: *Jouanjan/Masing* (Fn. 120). Siehe auch *Vedel* (Fn. 151), S. 16; *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>2</sup>2005, S. 80: „Jede Falllösung im Verwaltungsrecht nimmt ihren Ausgang beim einfachen Recht, nicht bei der Verfassung“.

159 Siehe beispielsweise Art. 266 Abs. 2 der Verfassung Portugals von 1976, Art. 103 Abs. 1 der Verfassung Griechenlands von 1975, Art. 1 Abs. 1 und 20 Abs. 4 des deutschen Grundgesetzes sowie für die Vergangenheit Art. 377 der französischen Verfassung von 1795.

umso höher, je größer der geistige Graben – die inhaltliche Unabgestimmtheit – zwischen dem Verfassungs- und dem einfachen Verwaltungsrecht ist. Typisches Beispiel sind „jüngere“ demokratische Verfassungsstaaten, die ein mehr oder weniger unrechtsstaatliches Verwaltungsrecht von der vorgehenden Diktatur geerbt haben (z.B. Deutschland, Italien, Spanien, Portugal, Ost- und Zentraleuropa). Dem Konstitutionalisierungsprozess vermittelt der Politik und/oder der Richterschaft steht hier potenziell ein weites Feld offen. Ganz anders gelagert ist dagegen die Situation in den sog. „alten“ Demokratien (Frankreich, Schweden, Benelux-Länder und Großbritannien), deren Verwaltungsrecht – so der gängige, die Realität allerdings bisweilen beschönende Diskurs – schon von früh an freiheitlich geprägt war.<sup>160</sup>

- 61 *Idealtypisch* ausgedrückt: In der ersten Hypothese fungiert die Verfassung als Ausgangspunkt und Motor einer neuen Rechtsordnung; in dem anderen Fall ist die neue Verfassung der Endpunkt oder das Auffangbecken (die „Vitrine“) der vorhergehenden Entwicklung.<sup>161</sup> Folgt man dieser Logik, ergibt sich daraus auch eine andere Rollenverteilung zwischen dem neu geschaffenen Verfassungsgerichtshof und dem meistens älteren Verwaltungsgerichtshof. Im ersten Fall ist das Alter ein Makel – alles Alte ist diktaturbelastet; neues Blut und neue Orientierungspunkte, verkörpert in der Verfassung und im Verfassungsgericht, müssen her.<sup>162</sup> Der Verfassungsgeber misstraut tendenziell den traditionsgeprägten Fachgerichten bei der Verfassungsauslegung. Im zweiten Fall dagegen ist das Alter ein Zeichen der Altehrwürdigkeit: Die neue Verfassung rezipiert die Lösungen, die sich in der Praxis (der Politik und/oder des einfachen Rechts) schon bewährt haben; von dem Verfassungsgericht, das ein „Neuling“ ist, wird erwartet, dass es sich damit begnügt, die klassischen Begriffe, Methoden und Lösungen des älteren und weiseren Verwaltungs(richter)rechts in Sachen Grundrechte, „service public“, Gewaltentrennung, Kontrollrechte usw. zu übernehmen. So wird etwa in Frankreich der *Conseil d'État* zum „großen Bruder“ des *Conseil constitutionnel* hochstilisiert, der diesen unter seine Fittiche nimmt.<sup>163</sup> Ziel dieser in Frankreich von Vedel unter dem polemischen Schlagwort der „administrativisation du droit constitutionnel“ gepredigten Theorie ist es, der kelsenianischen Auffassung, nach der die Normenhierarchie von oben nach unten gelesen werden soll, eine „bottom up“-Dynamik voranzustellen. Die Konstitutionalisierung im Sinne der dritten Lesart läuft zwar nicht leer, da es zu einer formellen Versteinerung des

160 Bestes Beispiel: Vedel (Fn. 151).

161 So etwa in Schweden, in den Niederlanden (*Bijsterveld* [Fn. 134], S. 349) und in Frankreich (siehe oben, Rn. 50).

162 Zur Verunsicherung des deutschen Verwaltungsrechts nach den traumatischen Erfahrungen der nationalsozialistischen Herrschaft siehe Schönberger (Fn. 32), S. 67 ff.

163 Die Nähe beider Institutionen ist nicht nur geographisch (der *Conseil constitutionnel* ist in einem Seitenflügel des *Palais Royal*, dem Sitz des *Conseil d'État*, untergebracht). Von den bisherigen 66 Verfassungsräten waren 14 Staatsräte. Ihre Berufskategorie ist die am stärksten repräsentierte vor den Anwälten, Professoren, ordentlichen Richtern, Beamten usw. Siehe die Statistik bei Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2008, S. 41 ff. Der Generalsekretär des *Conseil constitutionnel*, der von Robert Badinter als das zehnte Mitglied des Verfassungsrates apostrophiert wurde, ist traditionell Mitglied des *Conseil d'État*. Darüber hinaus stellt der *Conseil d'État* dem *Conseil constitutionnel* einen Teil seiner Referendare zur Verfügung. Den Verfassungsräten, von denen nicht alle Juristen waren oder sind (insgesamt 14 Nicht-Juristen unter den 66), wird so auch juristisches Expertenwissen vermittelt.

einfachrechtlichen *status quo* kommt. Der potenziell progressive Impetus verflüchtigt sich aber. Gleichgeschaltet wird nicht das Verwaltungsrecht mit dem Verfassungsrecht, sondern das Verfassungsrecht mit dem Verwaltungsrecht.<sup>164</sup>

e) Der Vorrang der Verfassung und die Frage ihrer Legitimität

Neben dem Inhalt der Verfassung ist deren Vorrang ein ausschlaggebender Faktor der Konstitutionalisierung. Beide Aspekte sind eng miteinander verbunden. In der Lehre wird jedoch meistens das formale Kriterium der Rigidität vorangestellt; der Inhalt wird erst danach erforscht. Die Barriere der erschwerten Abänderbarkeit mag in der Tat den Gerichten als Argument genügen, um die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu überprüfen. Je stärker die Rigidität (Stichwort: Ewigkeitsklausel), desto sicherer ist auch die Judikatur der Verfassungsrichter gegenüber Umgehungsstrategien von Seiten des Verfassungsgesetzgebers. Dieses formale Argument ist jedoch in vergleichender Perspektive zu eng: Ein gewichtiger Teil der Realität wird dabei ausgegrenzt. Dass eine Konstitutionalisierung auch ohne das Instrument der Rigidität stattfinden kann, wurde schon am britischen Beispiel gezeigt. Ein gewisses liberales Gerechtigkeitsideal war die treibende Kraft, welche die britischen als auch die israelischen Obergerichte zum Um- und Ausbau der höchsten Etage der Normenhierarchie inspiriert und angespornt hat. Selbst in den Ländern, in denen das formalrechtliche Kriterium der Rigidität gegeben ist, bleibt der Parameter der Legitimität<sup>165</sup> (oder Illegitimität<sup>166</sup>) der Verfassung nicht ohne Auswirkung. In den früheren kommunistischen Regimen war die Verfassung trotz ihrer formalen Höherrangigkeit eine Tabuzone, von der sich die Gerichte fern hielten (die Verfassung als reine „Fassade“).<sup>167</sup> Die Gehorsamspflicht der obersten Staatsorgane gegenüber der Verfassung (der *Wille zur Verfassung*) beruht ebenfalls maßgeblich auf deren Legitimitätskapital. Dieses kann jedoch, sei es allgemein (bestes Beispiel: ein Putsch der Militärverwaltung) oder punktuell, in Frage gestellt werden. Gehen die politischen Parteien zur Verfassung auf Distanz,<sup>168</sup> so gerät der Motor der Konstitutionalisierung mittels der parlamentarischen Gesetzgebung ins Stocken und kann höchstens repressiv durch die Gerichte (sofern eine Säumnisbeschwerde besteht) angekurbelt werden. Das Vertrauen in die Gerichte darf jedoch nicht überspannt werden. Die Rolle des Parlaments in der Umsetzung der Grundrechte (gerade auch, aber nicht nur der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte) ist nicht durch die Gerichte ersetzbar.<sup>169</sup> Darüber

62

164 Siehe auch *Koutnatzis* (Fn. 58), § 3 Rn. 76.

165 Je nach den Umständen wird die Verfassung als oberster Ausdruck des Volkswillens, als Hort höchster Werte, als Inbegriff uralter Traditionen, als das Werk besonders weiser Verfassungsväter (Charles de Gaulle, der Retter der Nation; die „founding fathers“), als Surrogat der Nation (der deutsche „Verfassungspatriotismus“) und/oder als das Resultat eines schwierigen Kompromisses, an dem es nicht mehr zu rütteln gilt (Italien), verstanden.

166 Besonders frappant: Japan; siehe *Yōichi Higuchi*, *Dignité humaine*, FS für Christian Starck, 2007, S. 798.

167 *Wróbel* (Fn. 33), § 47 Rn. 95. Dies gilt auch für Ungarn.

168 Siehe den „Kampf für die Verfassung“ in Italien: *Mario Dogliani/Cesare Pinelli*, IPE I, § 5 Rn. 26ff. und 71 ff.

169 *Vanessa Barbé*, *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux. Étude comparative: Allemagne, France, Royaume-Uni*, 2009.

hinaus sind die Gerichte (Fachgerichte und Verfassungsgerichtshöfe) nicht *per se* gegen einen Verfassungsbruch immun.<sup>170</sup>

f) *Die Stabilität oder Instabilität der Verfassung*

- 63 Nur ein fixer Punkt kann als Orientierungspunkt fungieren. In die tiefen und feinen Verästelungen der Teilrechtsordnungen kann die Verfassung nur dann eindringen, wenn ihr die dazu notwendige Zeit gegeben ist. Kommt es, wie dies im Frankreich des 19. Jahrhunderts der Fall war, zu ständigen Verfassungsbrüchen und Wechseln, verliert die Verfassung an Ausstrahlungskraft. Das ordentliche Recht kann selbst dahin tendieren, sich so weit wie möglich von der Verfassung abzukapseln, um nicht in den Sog eines politischen Umsturzes mit hineingezogen zu werden.<sup>171</sup> Jede Teilrechtsordnung entwickelt auf diese Weise ihre eigenen Fundamente und „allgemeinen Prinzipien“: Der *Code civil* wird zur „wahren Verfassung der Gesellschaft“ (Jean Carbonnier), das Verwaltungsrecht zum wahren Rückgrat des Staates.<sup>172</sup>

g) *Die institutionelle Durchschlagskraft der Verfassungsprinzipien  
vermittels der Gerichte*

- 64 An der effektiven Um- und Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist eine Vielzahl von Akteuren (staatliche und/oder gesellschaftliche) beteiligt. Die Rolle etwa des Parlaments, der Regierung sowie der Parteien und Bürger (Stichwort: Bürgerinitiativen, Protestbewegungen) sei nur kurz erwähnt. Der Konstitutionalisierungsprozess verläuft nicht nur über das Medium der Richter (Verfassungsgerichtshöfe, Fachgerichte), selbst wenn diese eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen. Der Grad, in dem die Richter die Verfassung *mobilisieren*, mag jedoch je nach Land und Epoche stark schwanken. Dieses reiche Thema soll und kann an dieser Stelle nur kurz unter zwei Aspekten angeschnitten werden.<sup>173</sup>
- 65 Ein erster Aspekt betrifft die *verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten* der Gerichte. Das Ausmaß, in dem die Verfassung und ihr Wertekanon den Gerichten anheim gestellt ist, variiert in den verschiedenen Ländern Europas. (1) Die Tendenz geht zwar in Richtung einer steigenden Jurisdiktionalisierung der Verfassung (allen voran: Deutschland); gewisse Hemmschwellen, in denen zum Teil

170 Die Beugung des Art. 55 der französischen Verfassung durch den *Conseil d'État* (CE, 1. 3. 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*) erklärt sich meines Erachtens dadurch, dass der auf Druck des *Quai d'Orsay* aus der Vierten Republik hinübergerettete Artikel 55 den Gaullisten, die ab 1960 die politische Mehrheit darstellten, grundlegend ein Dorn im Auge war. Für weitere Beispiele siehe *Favoreu* (Fn. 40), S. 654; *Vedel* (Fn. 43).

171 *Gilles Guglielmi*, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française (1789–1889)*, 1991, S. 295 ff.

172 *Pierre Legendre*, *Trésor historique de l'État en France*, 1992, S. 589 („le droit administratif, notre vrai droit politique“). In der Literatur ist bezüglich des 19. Jahrhunderts ebenfalls häufig die Rede von der von Napoleon etablierten „verwaltungsrechtlichen Verfassung [*Constitution administrative*] Frankreichs“.

173 Das Thema „Verfassungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit“ wird in den Bänden VI und VII dieses Handbuchs vertieft werden.



Ängste vor einem „gouvernement des juges“ mitschwingen, sind jedoch nach wie vor gegenwärtig. In einigen Ländern ist die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit gewisser Gesetze immer noch *allen* Richtern (den Fachgerichten sowie dem Verfassungsgerichtshof, sofern ein solcher besteht) untersagt.<sup>174</sup> Ein Entscheid oder eine Verordnung, die auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht, ist infolgedessen gegen jegliche verfassungsrechtliche Kritik gefeit.<sup>175</sup> (2) In den Ländern, in denen ein spezielles Verfassungsgericht fehlt und alle Fachgerichte (Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte) mit dem Prüfungsrecht ausgestattet sind, offenbart sich ein sehr kontrastreiches Bild. Während die Gerichte in einigen Ländern die Verfassung kaum oder nur sehr zaghaft mobilisieren (Schweden, Dänemark, Griechenland; außerhalb Europas etwa Japan), haben sich in anderen Ländern die Fachgerichte dieses Instrument voll angeeignet (Norwegen, Schweiz<sup>176</sup>; außerhalb Europas beispielsweise die Vereinigten Staaten von Amerika). Es kommt viel darauf an, in welchem Maße die Fachrichter, die mit einer eher technischen und arbeitsaufwendigen Rechtsmaterie beauftragt sind, (a) ebenfalls für verfassungsrechtliche Themen Interesse zeigen (der richterliche Wille zur Verfassung), (b) über die dafür notwendigen Denkkategorien und Arbeitsinstrumente verfügen,<sup>177</sup> (c) sich für diese delikate Funktion als ausreichend legitimiert ansehen (siehe hier etwa den Kontrast zwischen Norwegen und Schweden). Der institutionelle, politische und intellektuelle Kontext sowie die Richterpersönlichkeit spielen dabei eine wichtige Rolle. Je nach den Umständen ist das Verfassungsrecht entweder tief in die Verwaltungsrechtsprechung eingewoben oder sein Potenzial bleibt unausgeschöpft.

(3) In den Ländern, in denen für alle oder für gewisse Verfassungsstreitigkeiten ein spezielles Verfassungsgericht eingesetzt wurde (z.B. Deutschland, Österreich, Italien, Frankreich, Spanien und Portugal), kommt diesem allgemein eine tragende, ja sogar überragende Rolle in der Konstitutionalisierung zu. Gegenüber Fachgerichten, die „ihr“ altherwürdiges einfaches Gesetzes- oder Richterrecht gegen externe Transformationen abschirmen wollen oder in Verfassungsfragen eher zaghaft-konservativ sein mögen, fällt es dem Verfassungsgericht zu – soweit es sich seiner Mission aktiv annimmt – neue Akzente zu setzen. So hat in Italien und Spanien das Verfassungsgericht ab seinen ersten Entscheidungen den „self executing“-Charakter der Grundrechte gegen den Widerstand der Gerichte

66

174 Niederlande (alle Gesetze), Schweiz (Bundesgesetze), Großbritannien (die Gesetze des Westminster-Parlaments), Frankreich (die durch Volksabstimmung angenommenen Gesetze).

175 In Frankreich spricht man von der „loi-écran“. Zu Großbritannien siehe Section 6 Abs.2 des *Human Rights Act* 1998; zur spezifischen Rechtslage Schottlands siehe jedoch *O'Neill* (Fn. 17), S.206. Zu den Niederlanden *Besselink* (Fn. 59), § 6 Rn.147.

176 Die starke Vereinnahmung der Verfassung durch das Bundesgericht erklärt sich vor allem durch prozessrechtliche Motive: Nur aufgrund von verfassungsrechtlichen Rügen kann es die Verwaltung kontrollieren. Zu Norwegen siehe *Eivind Smith*, *Aux origines de la justice constitutionnelle en Norvège*, *Mélanges Epaminondas P. Spiliotopoulos*, 1998, S. 411 ff.

177 Dies bedarf eines Akkulturations- und Lernprozesses. *O'Neill* (Fn. 17), S. 200ff., zeigt sehr schön, wie verschiedene, heute in der Verfassungsdiskussion sehr aktive britische Oberrichter sich über die verfassungsrechtliche *Commonwealth*-Judikatur des *Privy Council* in die abstrakte Verfassungsmaterie eingearbeitet haben. Nach dem Eintauchen in die Gedankenwelt der EMRK und des EGMR sehen auch einige schwedische Richter, Juristen und Politiker die Grundrechte mit anderen Augen; siehe dazu *Joakim Nergelius*, IPE II, § 22 Rn. 28ff.

durchgesetzt.<sup>178</sup> Der ansonsten eher reservierte *Conseil constitutionnel* hat in seiner berühmten Entscheidung vom 16. Juli 1971 (Vereinigungsfreiheit) die Menschenrechte durch Richterspruch in die Verfassung inkorporiert. In Deutschland wird das Karlsruher Bundesverfassungsgericht als der zentrale Motor des Konstitutionalisierungsprozesses angesehen. In diesem Kontext gilt es jedoch, landesspezifische Unterschiede nicht aus den Augen zu verlieren. Von Bedeutung sind Differenzen sowohl in der institutionellen Ausgestaltung<sup>179</sup> der Verfassungsgerichte als auch im politisch-intellektuellen Kontext (Stichwort: Aktivismus *versus* *judicial self restraint*<sup>180</sup>). Auch gilt es, nicht dem Zerrbild einer manichäischen Gegenüberstellung von einerseits verfassungsloyalen Verfassungsrichtern und andererseits nur gesetzesloyalen Fachrichtern zu verfallen. Letztere bilden keine homogene Gruppe, und manche Verwaltungsgerichte haben wichtige Impulse zur Verfassungsjudikatur gegeben.<sup>181</sup> Das Bild ist also buntscheckig und komplex.

- 67 Der zweite Aspekt betrifft die *Beziehungen* zwischen dem speziellen Verfassungsgerichtshof und dem obersten Verwaltungsgericht. Stehen diese Beziehungen unter dem Stern einer friedfertigen Koexistenz, einer Zusammenarbeit, einer Hierarchie oder etwa einer offenen Rivalität (auf Spanisch: la „guerra de las Cortes“)? Dieses weite Feld soll nur ganz kurz angerissen werden. Gegenstand der Betrachtung soll die Ausübung der Verfassungsgerichtsbarkeit sein, d.h. die gerichtliche Auslegung und Anwendung der Verfassung.<sup>182</sup> Drei *Idealtypen* können dabei einer tieferen Analyse den Weg weisen.<sup>183</sup>
- 68 Der erste, von der Wiener Schule<sup>184</sup> inspirierte Idealtypus, der zum Teil im österreichischen Recht verwirklicht wurde,<sup>185</sup> besteht darin, Verfassungsmäßigkeits-

178 Zu Spanien *Bon* (Fn. 133); zu Italien *Dogliani/Pinelli* (Fn. 168) § 5 Rn. 32 und 71 ff. Zum ideengeschichtlichen Hintergrund in Italien siehe *Maurizio Fioravanti*, IPE II, § 31 Rn. 11 und 21 ff. Anzumerken ist, dass die Obstruktion vor allem von den ordentlichen Gerichten, nicht von den Verwaltungsgerichten kam.

179 In einigen Ländern ist das Anrufungsrecht sehr eingeschränkt und wird nur einigen politischen Institutionen zuerkannt (so die traditionelle Regel in Frankreich; siehe jetzt den neuen Art. 61–1 der französischen Verfassung: Verfassungsänderungsgesetz vom 28. 7. 2008 und Organisches Gesetz vom 10. 12. 2009, Journal officiel Nr. 0287 vom 11. 12. 2009, S. 21379). In den meisten Ländern ist der Zugang der Fachgerichte und vor allem der Bürger zum Verfassungsgericht weit geöffnet (konkrete Normenkontrolle; Verfassungsbeschwerde/*Amparo*). Eine Säumnisbeschwerde besteht nur in wenigen Ländern. Relevant ist auch die Ernennungsprozedur der Verfassungsrichter, vor allem die Regelung betreffend ihre berufliche Herkunft: Je stärker die Mitglieder des Verfassungsgerichts über eine akademische und/oder praktische Expertise im Verfassungsrecht und auch im einfachen Recht verfügen, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit einer verfassungsrechtlichen Durchdringung der Rechtsordnung. Siehe in diesem Zusammenhang die starke Differenz zwischen Frankreich und den anderen Ländern.

180 Siehe die frühere, heute relativierte Differenz zwischen dem Karlsruher Bundesverfassungsgericht und dem Wiener Verfassungsgerichtshof. Als „Smend *versus* Kelsen“ könnte man den rechtskulturellen Graben schlagwortartig resümieren. Siehe die Referate in VVDStRL 39 (1981).

181 In Deutschland waren es vor allem die ordentlichen Gerichte, die sich gegenüber den Karlsruher Richtersprüchen kritisch zeigten. Das Bundesverwaltungsgericht, das selbst erst nach 1945 entstand und jeder Tradition ermangelte, hatte darüber hinaus ein kompetenzrechtliches Eigeninteresse an der Anwendung des Grundgesetzes. Siehe *Schönberger* (Fn. 32), S. 61 ff.

182 Die Verteilung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (steht diese allein den Verwaltungsgerichten oder auch – zum Teil – dem Verfassungsgerichtshof zu?) wäre ein anderer, interessanter Gesichtspunkt.

183 Zu dem zweiten und dritten Modell siehe *Luc Heuschling*, Die Regulierungsfunktion der Autorität der „chose jugée“ und der „chose interprétée“ im polyzentrischen Mehrebenen-Rechtsstaat Frankreichs, JöR n.F. 54 (2006), S. 341 ff.

184 Siehe oben, Rn. 6.

185 Siehe *Walter Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht, 2005, S. 245 ff. und 264 ff.; *Theo Öhlinger*, Verfassungsrecht, 2007, S. 273 ff. und 442 ff.

fragen und einfache Gesetzesmäßigkeitfragen logisch strikt zu trennen und jeweils zwei verschiedenen Instanzen (Verfassungsgerichtshof, Verwaltungsgerichtshof) zu übertragen. Ein Beschwerdeführer kann so dieselbe Verwaltungsentscheidung einerseits vor dem Verwaltungsgerichtshof im Hinblick auf ihre Gesetzeswidrigkeit und andererseits – parallel – vor dem Verfassungsgerichtshof im Hinblick auf ihre Verfassungswidrigkeit anfechten. Dieser prozessuale Parallelismus kann logisch (wenn man davon ausgeht, dass es möglich ist, beide Rechtsmassen strikt zu trennen) nie zu echten Widersprüchen führen. Dies ist selbst dann der Fall, wenn beide Gerichte denselben Gegenstand (dieselbe Entscheidung) überprüfen. Erklären beide Gerichte die Entscheidung sowohl für gesetzes- als auch für verfassungswidrig oder aber sowohl für gesetzes- als auch für verfassungskonform, so laufen beide Entscheidungen parallel auf dasselbe Resultat hinaus. Ist dagegen die Entscheidung zwar legal, jedoch verfassungswidrig (oder anders herum), so ist sie jeweils nichtig aufgrund des Urteils oder Beschlusses eines der beiden Gerichte. Dieser Idealtypus, der nicht ganz unproblematisch ist,<sup>186</sup> zeichnet sich durch zwei Eigenheiten aus: (1) die streng logische Trennung der richterlichen Zuständigkeiten (es kommt zu keiner Überlappung; die Verfassungsgerichtsbarkeit ist beim Verfassungsgericht konzentriert); (2) das Fehlen einer Hierarchie zwischen Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtshof (eine Urteilsverfassungsbeschwerde existiert nicht, weil sie *per definitionem* nicht nötig ist).

Von diesem ersten Modell, das man den „doppelspurigen“ oder „parallelen Rechtsschutzstaat“ nennen könnte, unterscheidet sich der Typus des „hierarchisch geordneten“ oder „pyramidalen Rechtsschutzstaates“, wie er in Deutschland und Spanien zum Teil verwirklicht wurde. In diesem Modell ist die Verfassungsgerichtsbarkeit sowohl dem speziellen Verfassungsgerichtshof als auch – zu einem gewissen Teil – den Fachgerichten anvertraut.<sup>187</sup> Aufgrund dieser Kompetenzkonkurrenz ist die Möglichkeit von widersprüchlichen Verfassungsauslegungen gegeben. Gelöst werden diese Konflikte, indem die Entscheidungen des obersten Fachgerichts per Urteilsverfassungsbeschwerde oder *Amparo*-Beschwerde vor den Verfassungsgerichtshof gebracht werden. Die Fachgerichte stehen in diesem Modell unter der Aufsicht und Kontrolle des speziellen Verfassungsgerichts. Im dritten Idealtypus – der „polyzentrische Rechtsschutzstaat“, dem Frankreich sehr nahe kommt – ist, wie im zweiten Modell, die Verfassungsgerichtsbarkeit sowohl auf das spezielle Verfassungsgericht als auch auf die Fachgerichte verteilt. Für die Aufhebung eventueller Divergenzen besteht jedoch mangels einer Urteilsverfassungsbeschwerde keine hierarchisch-institutionelle

69

186 Ist es überhaupt denkbar, Verfassungsrecht und einfaches Recht strikt, ohne Schnittmenge zu trennen? Vieles spricht dagegen. Im positiven Recht Österreichs ist die Trennung jedenfalls nicht konsequent realisiert: Die Fachgerichte können beispielsweise Gesetze verfassungskonform auslegen.

187 Gemäß dem deutschen Recht (Art. 100 Abs. 1 GG) sind die Fachgerichte erstens zur *verfassungskonformen Auslegung* aller Gesetze und Rechtsverordnungen berechtigt. Zweitens können sie die Verfassungsmäßigkeit aller Gesetze bekräftigen, indem sie den Antrag auf Vorlage an das Bundesverfassungsgericht als unbegründet zurückweisen. Drittens betrifft die Vorlagepflicht an das Bundesverfassungsgericht nur formelle, postkonstitutionelle Gesetze der Bundesrepublik Deutschland. Die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit von Rechtsverordnungen und vorkonstitutionellen Gesetzen sowie von Gesetzen der DDR steht somit den Fachgerichten zu.

Lösung.<sup>188</sup> Jeder Richter, also auch der Verwaltungsrichter, legt letztverbindlich („souverän“) die Verfassung aus. Die Einheit der Verfassungsinterpretation kann nur über andere Mittel gewährt werden: sei es über den „Dialog der Richter“ (eine gegenseitige, informale Absprache aller Richter) oder über die Anerkennung, durch die Fachgerichte, der bindenden Kraft der Verfassungsinterpretationen des Verfassungsgerichts (diese „*autorité de la chose interprétée*“ wird jedoch von den französischen Fachgerichten resolut zurückgewiesen<sup>189</sup>). Abschottungsstrategien<sup>190</sup> sowie kreative Eigeninitiative von Seiten des Verwaltungsrichters sind daher möglich. Diese drei Idealtypen veranschaulichen die recht unterschiedliche Stellung der Verwaltungsgerichte gegenüber der Verfassung und dem speziellen Verfassungsgericht.

#### *h) Die Hüterfunktion der Lehre*

- 70** Die Identität und das Ausmaß der Konstitutionalisierung ist *last but not least* durch die Rolle der Lehre bedingt.<sup>191</sup> Der Verwaltungs- und auch der Verfassungsrechtslehre (soweit beide getrennt sind) obliegt es, nach einer Änderung der Verfassung in kleinster Feinarbeit die notwendigen Transformationen des einfachen Rechts systematisch herauszuarbeiten. Eventuelle Defizite oder Verschleppungsstrategien von Seiten der Politik und/oder der Richterschaft müssen aufgezeigt werden. Über die Ausbildung der zukünftigen Praktiker (Stichwort: Generationenwechsel) sowie vermittels ihrer Schriften kann die Lehre die Dynamik der Konstitutionalisierung beschleunigen, ja sogar ankurbeln<sup>192</sup>. Sie kann jedoch auch – durch eine bewusste Ignoranz der neuen Verfassungsvorgaben – die notwendige Evolution verlangsamen.<sup>193</sup>
- 71** Die Rechtslehre und die rechtswissenschaftliche Forschung tragen ebenfalls zur Prägung der allgemeinen Rechtskultur eines Landes bei. Der akademische Diskurs zu der Frage, was innerhalb eines gewissen Methodenverständnisses juristisch machbar (denkbar) ist, ist nicht ohne Auswirkung auf die Identität des Verfassungsrechts bzw. Verwaltungsrechts. Die eher kargen Resultate der Verfassungsjudikatur etwa in Schweden, Österreich (bis Anfang der 1980er Jahre) oder Frankreich sind zu einem großen Teil durch die Dominanz des Positivismus wienerscher oder skandinavischer Prägung bedingt. Die Lehren Hans Kelsens und Axel Hägerströms<sup>194</sup> gründen ihrerseits – auf erkenntnistheoretischer Ebene – auf dem Postulat eines radikalen Wertrelativismus (moralischer Nonkognitivismus). In dieser Interdependenz – von der Verfassung hoch zur Rechtslehre und

188 Beispiele hierzu sind u.a. Frankreich, Italien, Polen und Belgien.

189 Siehe im Detail *Heuschling* (Fn. 183) m.w.N.; zu Polen *Piotr Tuleja*, IPE I, § 8 Rn. 74 und 87 ff.

190 Sei es, dass der Verwaltungsrichter seine eigenen allgemeinen Prinzipien gegenüber den Verfassungsprinzipien privilegiert (Frankreich, Italien) oder dass er seriöse Klagen der Parteien bezüglich der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen als unbegründet zurückweist, anstatt sie an das Verfassungsgericht weiterzuleiten.

191 Siehe *Favoreu* (Fn. 107), S. 233, 239.

192 Zur Rolle der Lehre, allen voran Eduardo García Enterría in Spanien, siehe *Bon* (Fn. 133).

193 Siehe dazu die Beispiele Ungarns (*András Jakab*, IPE IV, § 68 Rn. 44 ff.) und Schwedens (oben, Rn. 46).

194 *Edelstam* (Fn. 108), § 66 Rn. 38 ff. Zum skandinavischen Rechtspositivismus siehe auch *Walter Ott*, *Der Rechtspositivismus*, 21992, S. 70 ff.

von der Rechtslehre zur Philosophie – offenbart sich einmal mehr die Breite, Tiefe und Komplexität des Themas „Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht“. Das Recht ist in einen kulturellen Kontext eingebettet, der auf es einwirkt, und dessen Existenz gerade auch in rechtsvergleichender Sicht in das Bewusstsein der Juristen gebracht werden muss.<sup>195</sup> Dies läuft dem Ziel einer europäischen Einigung nicht zuwider: „Rechtskultur“ ist *nicht* eine heilig-unantastbare Essenz.<sup>196</sup> Selbst die „Klassik“ ist nicht das Ende der Geschichte; Rechtskulturen können sich (sofern der Wille und gute Argumente dazu bestehen) radikal ändern.

---

195 So die resolute Methodik von *Pierre Legrand*, *Comparer*, RIDC 1996, S. 279 ff.

196 So auch *Erk Volkmar Heyen*, *Kultur und Identität in der europäischen Verwaltungsrechtsvergleichung – mit Blick auf Frankreich und Schweden*, 2000, S. 32 (Kultur als „Fluktuanz“, nicht „Substanz“).

## Bibliographie

- Andreas Auer*, Droit constitutionnel et droit administratif, Mélanges André Grisel, 1983, S. 21 ff.
- Pierre Bon*, La constitutionnalisation du droit espagnol, Rfde 1991, S. 35 ff.
- Jacques Chevallier*, Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, in: Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (Hg.), Le droit administratif en mutation, 1993, S. 11 ff.
- Pascal Combeau*, Juridiction constitutionnelle et constitutionnalisation du droit administratif. Rapport français, in: Jouanjan/Masing (Hg.), Referate der IV. Tagung des Deutsch-französischen Gesprächskreises für öffentliches Recht vom 17. bis 18 Oktober 2008 in Freiburg i. Br., i.E.
- Louis Favoreu*, Droit administratif et normes constitutionnelles, Mélanges Franck Moderne, 2004, S. 649 ff.
- ders.*, La constitutionnalisation du droit, Mélanges Roland Drago, 1996, S. 25 ff.
- Christopher Forsyth* (Hg.), Judicial Review and the Constitution, 2000.
- Riccardo Guastini*, Remarques sur la constitutionnalisation de l'ordre juridique. Le cas italien, in: Rapports nationaux italiens au XV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, 1998, S. 449 ff.
- Matthias Jestaedt*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts. Eine Zwischenbilanz für die grundgesetzliche Rechtsordnung, in: Jouanjan/Masing (Hg.), Referate der IV. Tagung des Deutsch-französischen Gesprächskreises für öffentliches Recht vom 17. bis 18. Oktober 2008 in Freiburg i. Br., i.E.
- Jeffrey Jowell*, Administrative Law, in: Bogdanor (Hg.), The British Constitution in the 20th Century, 2003, S. 373 ff.
- Thomas James Mullen*, The Constitutionalisation of the Legal Order, in: United Kingdom National Committee of Comparative Law/British Institute of International and Comparative Law (Hg.), UK Law for the Millennium, 1998, S. 532 ff.
- Aidan O'Neill*, Parliamentary Sovereignty and the Judicial Review of Legislation, in: McHarg/Mullen (Hg.), Public Law in Scotland, 2006, S. 197 ff.
- Benjamin Schirmer*, Die Konstitutionalisierung des englischen Verwaltungsrechts, 2007.
- Christoph Schönberger*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, in: Stollreis (Hg.), Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der BRD (1949–1969), 2006, S. 53 ff.
- Olivier Schrameck*, Droit administratif et droit constitutionnel, AJDA 1995, Spezialheft („Le droit administratif“), S. 34 ff.
- Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, 2000.
- Johan van Zyl Baron Steyn*, The Constitutionalisation of Public Law, 1999.
- Georges Vedel*, Les bases constitutionnelles du droit administratif, Études et documents du Conseil d'État, 1954, Nr. 8, S. 21 ff.
- ders.*, Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge, Mélanges M. Waline, 1974, S. 777 ff.
- ders.*, Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Mélanges René Chapus, 1992, S. 647 ff.
- ders.*, L'unité du droit. Aspects généraux et théoriques, Mélanges Roland Drago, 1996, S. 1 ff.
- ders.*, Propos d'ouverture, in: Mathieu/Verpeaux (Hg.), La constitutionnalisation des branches du droit, 1998, S. 13 ff.

*Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl., 1959, S. 527 ff.  
*Jacques Ziller*, L'administration, in: Troper/Chagnollaude (Hg.), Traité international de droit constitutionnel, Bd. 3, i.E.