

**Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)**

**Materialien für Öffentliches Recht II**

Datum	Modul	Titel
17.04.2007	1	1. Strategie der Vorlesung 2. Literatur und Rechtsquellen 3. Was ist Öffentliches Recht?

- A. Strategie der Vorlesung ..... 2
  - I. Präsentation des Fachgebiets ..... 2
  - II. Vorlesungsetikette ..... 2
  - III. Internetsprechstunde..... 2
  - IV. Vorlesungsperspektive ..... 2
- B. Literatur und Rechtsquellen..... 2
  - I. Literatur..... 2
  - II. Gesetzestext ..... 3
  - III. Rechtsquellen ..... 3
    - 1. Virtuell ..... 3
      - a) Normen..... 3
      - b) Rechtsprechung..... 3
    - 2. Realworld ..... 3
      - a) Normen..... 3
      - b) Rechtsprechung..... 3
    - 3. Zitieretikette ..... 3
- C. Begriff: Was ist Öffentliches Recht?..... 4
  - I. „Clear“ und „hard cases“ ..... 4
  - II. Juristische Werkzeuge und Plattformen ..... 4
    - 1. Auslegungsmethoden ..... 4
    - 2. Juristische Plattformen (Art. 92, 95 GG) ..... 5
  - II. Normenhierarchie? ..... 5
    - 1. Normen? ..... 5
      - a) Konturen: abstrakt, konkret, generell, individuell ..... 5
      - b) „Abstrakt-generell“ als Regelfall für eine Norm ..... 6
      - c) „Konkret-individuell“ als Regelfall dafür, dass keine Norm vorliegt..... 7
    - 2. Deutsche Normen ..... 8
  - III. Rechtsordnungshierarchie? ..... 8
    - 1. Europarecht-Deutsches Recht ..... 8
      - a) Europarechtliche Perspektive..... 8
      - b) Perspektive des deutschen Verfassungsrechts ..... 9
    - 2. Völkerrecht-Deutsches Recht..... 9
      - a) Allgemeine Regeln des Völkerrechts, Art. 25 GG..... 10
      - b) Völkerrechtliche Verträge (Art. 59 GG)..... 10
    - 3. Europarecht, Völkerrecht und Deutsches Recht ..... 11
      - a) Europarecht und Völkerrecht ..... 11
      - b) Europarecht und völkerrechtliche Übereinkünfte der Mitgliedstaaten..... 12

## A. Strategie der Vorlesung

### I. Präsentation des Fachgebiets

[Homepage Fachgebiet Öffentliches Recht](#)

### II. Vorlesungsetikette

Das Fachgebiet begrüßt nicht nur die Studenten, sondern auch die Studentinnen an der Technischen Universität Darmstadt. Die Wahl männlicher und weiblicher Ansprachen soll in der Vorlesung erörtert werden. Suboptimal ist ein Ansatz, den der Gesetzgeber im novellierten Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) gewählt hat.

#### § 1 UWG Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der **Mitbewerber**, der **Verbraucherinnen** und der **Verbraucher** sowie der **sonstigen Marktteilnehmer** vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Wie auch immer man sich zur feministischen Rechts- und Sprachtheorie zu positionieren vermag: eine Etikette, die Frauen nur als schutzbedürftig („Verbraucherinnen“) und nicht als marktmächtig (das Gesetz spricht nur von „Marktteilnehmern“ und „Mitbewerbern“) erfasst, kann für die Vorlesung nicht übernommen werden.

### III. Internetsprechstunde

[Info@Prof-Schmid.de](mailto:Info@Prof-Schmid.de). Emails bitte immer unter Angabe der betreffenden Veranstaltung.

### IV. Veranstaltungsperspektive

Die Veranstaltung wählt eine internationale Perspektive für die Vermittlung der juristischen Methodik. Die Vorlesung ist rechtsprechungsbetont und führt anhand aktueller Rechtsprechung in die Systematik und Struktur des Öffentlichen Rechts, insbesondere des Umweltrechts ein. Es handelt sich um eine integrierte Veranstaltung, die Übungs- und Vorlesungsbestandteile didaktisch orientiert präsentiert. Wegen der begrenzten Zeit, die für die Veranstaltung zur Verfügung steht, bleibt es bei einer eklektischen Auswahl der Herausforderungen des Öffentlichen Rechts.

## B. Literatur und Rechtsquellen

### I. Literatur

Lehrbücher und Kommentare sind in der juristischen Fachbibliothek in einem gesonderten Regal vorhanden.

## II. Gesetzestext

*Stober, Rolf*, Wichtige Wirtschafts- verwaltungs- und GewerbeGesetze, Verlag Neue Wirtschaftsbriefe Berlin, 18. Aufl., 2006 (neue Auflage für Ende des Monats April angekündigt)

## III. Rechtsquellen

### 1. Virtuell

#### a) Normen

➤ Europarecht: <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>

➤ Bundesrecht:

<http://www.recht.makrolog.de>

<http://bundesrecht.juris.de/aktuell.html>

➤ Hessenrecht: <http://www.hessenrecht.hessen.de/gvbl/start.htm>

#### b) Rechtsprechung

➤ EuGH: <http://curia.eu.int/de/content/juris/index.htm>

➤ BVerfG: <http://www.bverfg.de/>

➤ BVerwG: <http://www.bverwg.de/enid/0d30f7839afb27f24721a9105179330f,0/34.html>

➤ BGH: <http://www.bundesgerichtshof.de/>

➤ EGMR: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

### 2. Realworld

#### a) Normen

➤ Bundesgesetzblatt (Fachbibliothek Jura)

➤ Hessisches Gesetz- und Verordnungsblatt (Fachbibliothek Jura)

➤ Amtsblatt der Europäischen Union (Fachbibliothek Jura)

#### b) Rechtsprechung

Offizielle Entscheidungssammlungen der obersten Gerichte (Fachbibliothek Jura)

### 3. Zitieretikette

<http://www.bwl.tu-darmstadt.de/jus4/etikette/Zitieretikette.pdf?FG=jus4>

### C. Begriff: Was ist Öffentliches Recht?

Grundsatz	
Zivilrecht	Rechtsverhältnis der Menschen zueinander (Jedermann) Unabhängig vom Hoheitsträger als Zuordnungsobjekt
Öffentliches Recht	Rechtsverhältnis des Einzelnen zum Staat (als Hoheitsträger) Verhältnis der Hoheitsträger untereinander

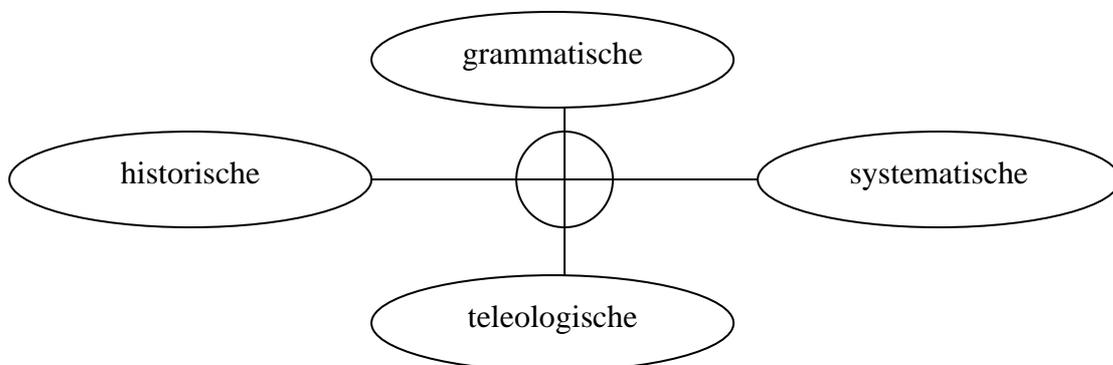
#### I. „Clear“ und „hard cases“

Zur Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht stellt die **Subordinationstheorie** auf das Verhältnis der Beteiligten ab: Das öffentliche Recht wird durch das Verhältnis der Über-Unterordnung und das Zivilrecht durch das Verhältnis der Gleichordnung gekennzeichnet. Dabei kann zwischen so genannten „Clear Cases“ und so genannten „Hard Cases“ unterschieden werden.

#### II. Juristische Werkzeuge und Plattformen

##### 1. Auslegungsmethoden

Sehr oft müssen Normen (als Oberbegriff etwa von Gesetzen, Rechtsverordnungen) ausgelegt werden. Einer Auslegung bedarf es aufgrund der Mehrdeutigkeit und der Dynamik der Sprache des Normgebers und/oder der Existenz neuer Herausforderungen für das Rechtssystem. Es gibt für das deutsche Rechtssystem traditionell vier Auslegungsmethoden, die im Rahmen der Vorlesung als „Werkzeuge“ bezeichnet werden.



➤ Die **grammatische Auslegung** sucht zunächst nach dem Wortsinn.

- Die **historische Auslegung** fragt nach der Motivation und den Erwägungen des (historischen) Gesetzgebers. Für den Erlass des Grundgesetzes wird auf Protokolle des Parlamentarischen Rates zurückgegriffen (Stenographische Protokolle des Parl. Rates aus dem Jahr 1948/49, Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, 10.-23.08.1948). Die Genese deutscher Gesetze kann den Aufzeichnungen des Bundestages und/oder -rates entnommen werden (Bundestags und/oder -rats-Drucksachen).
- Die **systematische Auslegung** versucht die auszulegende Norm im systematischen Gesamtzusammenhang des Gesetzes zu verorten.
- Die **teleologische Auslegung** fragt nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift (ratio legis).

Dieser traditionelle Auslegungskanon wird vom Fachgebiet Öffentliches Recht um weitere Auslegungsmethoden erweitert:

- die **dogmatische Auslegung**: Hierunter werden die dogmatischen und methodischen Instrumente verstanden, die von der Rechtsprechung und/oder Rechtswissenschaft entwickelt werden (Prinzipien (wie Kooperations-, Effektivitäts-, Vorsorge- und Verursacherprinzip oder die Auslegungsmethoden selbst und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

- die **dynamische (technikorientierte) Auslegung**

Es handelt sich um einen Spezialfall der teleologischen Auslegung. Mit dieser Spezialisierung soll der oft fehlenden Bedeutung der historischen und grammatischen Auslegung angesichts des technischen Wandels Rechnung getragen werden. Etwa das Grundgesetz von 1949 enthält in grammatischer, systematischer und historischer Auslegung keine Bestimmungen über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Zur Konkretisierung dieses Rechts bedurfte es der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in seinem berühmten Volkszählungsurteil.

Des Weiteren werden die Auslegungsmethoden durch die

- **rechtsvergleichende Auslegung** ergänzt, die etwa für die Konkretisierung europäischer Grundrechte in Art. 6 Abs. 2 EU ihren Ausdruck gefunden hat.

## 2. Juristische Plattformen (Art. 92, 95 GG)

### II. Normenhierarchie?

#### 1. Normen?

- a) Konturen: abstrakt, konkret, generell, individuell

- Abstrakt ist eine Regelung, wenn sie einen unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten erfasst.
- Konkret ist eine Regelung, die sich auf einen oder mehrere bestimmte Sachverhalte bezieht.
- Generell ist eine Regelung, die sich an eine unbestimmte Vielzahl von Personen richtet.
- Individuell ist eine Regelung, die sich an eine bestimmte oder bestimmbare Person richtet.

Sachverhalt	Person
Konkret	Individuell
Abstrakt	Generell

b) „Abstrakt-generell“ als Regelfall für eine Norm

Typische Beispiele für abstrakt-generelle Regelungen sind das Gesetz, die Rechtsverordnung und kommunale Satzungen.

- Gesetz

Beispiel:

§ 5 BImSchG

(1) Genehmigungsbedürftige Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt

1. schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können;
2. Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen; (...)

- Rechtsverordnung

Rechtsverordnungen unterscheiden sich hinsichtlich der sprachlichen Abfassung nicht von Gesetzen. Es besteht aber ein wesentlicher kompetenzieller Unterschied: Gesetze werden von der Legislative (Parlament) erlassen; Rechtsverordnungen dagegen von der Exekutive (Regierung). Das Demokratieprinzip erfordert es, dass die Exekutive vor Erlass einer Rechtsverordnung hierzu ausdrücklich durch ein Parlamentsgesetz ermächtigt wird (Art. 80 GG). Der Vorteil von Rechtsverordnungen ist ihre größere Flexibilität im Hinblick auf Anpassungen etwa an den technischen Wandel.

Beispiel:

§ 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG i.V.m. Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV).

c) „Konkret-individuell“ als Regelfall dafür, dass keine Norm vorliegt

➤ Verwaltungsakt

Begriff des Verwaltungsaktes, § 35 VwVfG:

- Hoheitliche Maßnahme
- einer Behörde: § 1 Abs. 4 VwVfG
- zur Regelung: auf Rechtsfolge gerichtet (Verbot, Gebot)
- eines Einzelfalls: konkret - individuell
- mit Außenwirkung: Adressat außerhalb der Verwaltung

Beispiele.: Immissionsschutzrechtliche Genehmigung, Bußgeldbescheid.

➤ Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Das Instrument des öffentlich-rechtlichen Vertrages zeigt, dass die einseitige hoheitliche Regelung durch die Verwaltung (Subordinationsverhältnis) nicht mehr einzige Handlungsoption der Verwaltung ist.

§ 54 VwVfG

Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.

§ 55 VwVfG

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält.

§ 56 VwVfG

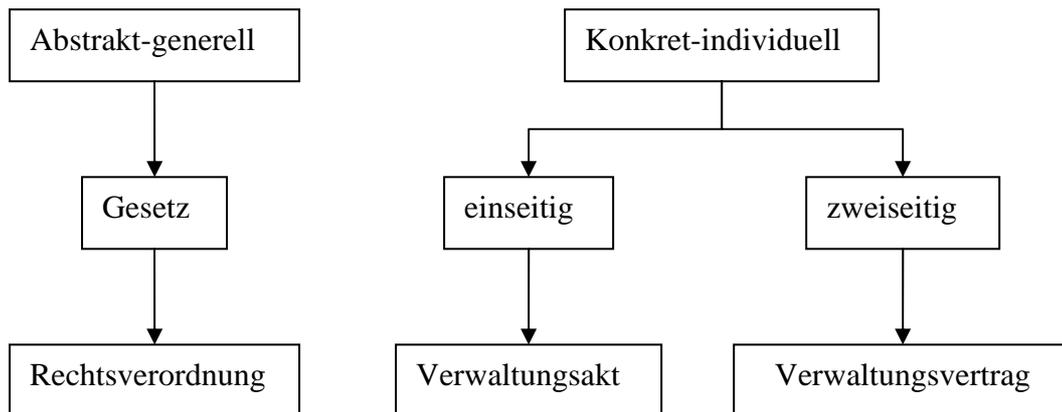
(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen.

(2) Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte.

§ 57 VwVfG

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist.

Zusammenfassend:



2. Deutsche Normen

Bundesrecht	Art. 31 GG <sup>1</sup>	Landesrecht
-------------	-------------------------	-------------

Verfassung (Grundgesetz)	Landesverfassung
Bundesgesetz	Landesgesetz
Rechtsverordnung	Rechtsverordnung
Satzung	Satzung

**III. Rechtsordnungshierarchie?**

1. Europarecht-Deutsches Recht

Das Europarecht geht prinzipiell sämtlichem mitgliedstaatlichen Recht vor. Damit hat es auch Vorrang vor deutschem Verfassungsrecht. Zur Begründung dieses Vorrangprinzips gibt es zwei Ansätze:

a) Europarechtliche Perspektive

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) begründet den Vorrang des Europarechts mit<sup>2</sup>  
 - der Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung.

<sup>1</sup> Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht.

<sup>2</sup> EuGH, Rs. 26/62, van Gent & Loos./Niederländische Finanzverwaltung, 1963, 1; EuGH, Rs. 6/64, Costa./ENEL, 1964, 1251.

- dem Prinzip der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft (principe de l'effet utile)
- der Notwendigkeit der nicht-diskriminierenden Anwendung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten

Der „Vertrag über eine Europäische Verfassung“ (EuC) erwähnt das Vorrangprinzip in I-10 Abs. 1 ausdrücklich: „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der ihnen zugewiesenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten“.

#### b) Perspektive des deutschen Verfassungsrechts

Die Bundesrepublik Deutschland hat gemäß Art. 23 Abs. 1 GG Hoheitsrechte auf die EU übertragen. Diese werden nun ausschließlich von den Organen der Gemeinschaft wahrgenommen. Die Grenzen einer solchen Übertragung von Hoheitsrechten nennt Art. 23 Abs. 1 GG:

- Verpflichtung zu demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen
- Grundsatz der Subsidiarität
- Gewährleistung eines dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutzes.

#### Art. 23 GG

(1) Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen. Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3. (...)

## 2. Völkerrecht-Deutsches Recht

Das Völkerrecht ist grundsätzlich kein Recht der Völker, sondern ein Recht zwischen den Staaten. Deshalb wird es in anderen Sprachen auch oft als „Internationales Recht“ bezeichnet. Da somit das Völkerrecht die Staaten nur im Außenverhältnis, das heißt im Verhältnis zu anderen Staaten, bindet, handelt es sich nicht um Recht, das ohne weiteres im innerstaatlichen Raum anwendbar ist. Hierzu bedarf es eines so genannten Transformationsaktes.

## a) Allgemeine Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG)

Art. 25 GG stellt eine generelle Transformationsnorm für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts dar. Diese gelten also unmittelbar im innerstaatlichen Bereich, ohne dass es eines weiteren Transformationsaktes bedürfte. Zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählen etwa das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind allgemeine Prinzipien, die in den meisten Rechtsordnungen seit jeher vorhanden sind. Sie zählen zugleich zum Völkergewohnheitsrecht, sind in Art. 38 IGH-Statut aber gesondert aufgeführt, weil es Rechtsregeln sind, die ursprünglich nicht dem Völkerrecht entstammen, sondern dem nationalen Recht, etwa dem Zivilrecht (Beispiele: Pacta sunt servanda, Verbot des venire contra factum proprium, Treu und Glauben).

## Beispiel zum Völkergewohnheitsrecht:

Völkergewohnheitsrecht und damit eine allgemeine Regel des Völkerrechts besteht etwa darin, dass im Bereich hoheitlicher Tätigkeit (*acta juris imperii*) souveräne Staaten uneingeschränkte Immunität genießen, die auch die handelnden Organe umfasst. Die Ladung eines ausländischen Ministers vor ein deutsches Gericht wegen dessen hoheitlicher Tätigkeit ist deswegen nicht zulässig.

(Im vom BVerwG entschiedenen Fall wollte ein Asylbewerber den indischen Verteidigungsminister als Zeugen für die politische Verfolgung von Tamilen durch die indische Armee laden lassen, BVerwG NJW 1989, 678)

Durch Art. 25 GG werden alle deutschen Staatsorgane zur Einhaltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts verpflichtet. Ihnen kommt damit zumindest übergesetzlicher Rang („gehen den Gesetzen vor“) zu. Nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählen völkerrechtliche Verträge.

## b) Völkerrechtliche Verträge (Art. 59 GG)

## • Vertretungsmacht (extern)

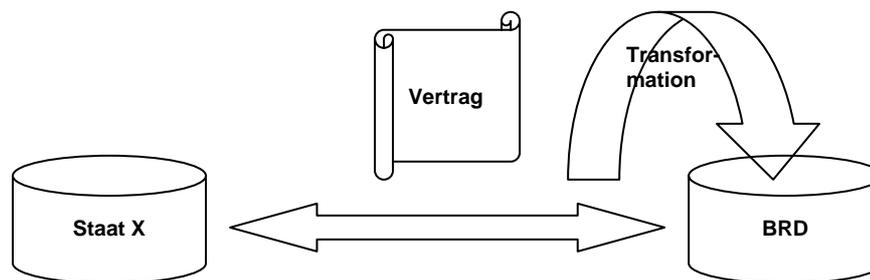
Art. 59 Abs. 1 GG betrifft nur die Außenvertretung des Bundes. Nicht die innerstaatliche Willensbildung, für die Regierung und Parlament zuständig sind. Entgegen dem Wortlaut, der die Vertretungskompetenz nur dem Bundespräsidenten zuschreibt, ist nach der überwiegenden Meinung in der Staatsrechtslehre auch die Bundesregierung bzw. der jeweilige Bundesminister zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge befugt (Annahme einer stillschweigend erteilten Ermächtigung).

- Vertretungsmacht (intern)

Art. 59 Abs. 2 GG stellt das innerstaatliche Erfordernis auf, dass das Parlament und ggf. der Bundesrat dem völkerrechtlichen Vertrag durch Bundesgesetz zustimmt. Dies gilt allerdings nur für so genannte hochpolitische Verträge, die von gewisser Bedeutung sind.

Das Zustimmungsgesetz hat zwei Wirkungen:

- aa) die Exekutive wird zum Vertragsschluss ermächtigt
- bb) der völkerrechtliche Vertrag wird in innerstaatliches Recht transformiert



### 3. Europarecht, Völkerrecht und Deutsches Recht

#### a) Europarecht und Völkerrecht

Die Europäische Gemeinschaft (EG) besitzt Völkerrechtssubjektivität (Art. 281 EG). Sie kann mit Drittstaaten völkerrechtliche Verträge abschließen. Art. 300 EG bestimmt das hierbei von den Gemeinschaftsorganen zu beachtende Verfahren. Die Kompetenzen der Gemeinschaft zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge sind den einzelnen Handlungsbereichen der Gemeinschaft zugeordnet (z.B. Art. 174 Abs. 4 EG, Umweltpolitik).

Der „Vertrag über eine Europäische Verfassung“ (EuC) bezieht weitere Kompetenzen der EU mit ein, die bisher nicht ausdrücklich geregelt waren, sondern lediglich durch die Rechtsprechung des EuGH gestützt wurden<sup>3</sup>.

I-12 Abs.2 EuC: „Die Union hat ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkommen, wenn der Abschluss eines solchen Übereinkommens in einem Rechtsakt der Union vorgesehen ist, wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann, oder wenn er einen internen Rechtsakt der Union beeinträchtigt.“

<sup>3</sup> EuGH, Rs. 22/70, Kommission./Rat, 1971, 263 („AETR“).

b) Europarecht und völkerrechtliche Übereinkünfte der Mitgliedstaaten

Unter Umständen kann es zu Konflikten zwischen bestehenden völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten und dem Europarecht kommen. Für diese Fälle verpflichtet Art. 307 Abs.2 EG die Mitgliedstaaten dazu, die Vereinbarkeit ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen mit dem Europarecht herzustellen.