

Peter Häberle

Öffentliches Interesse als juristisches Problem

2., um einen Nachtrag ergänzte Auflage

Peter Häberle: Öffentliches Interesse als juristisches Problem

Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung

Öffentliches Interesse als juristisches Problem

Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung

2., um einen Nachtrag ergänzte Auflage

von

Peter Häberle



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Informationen Der Deutschen Bibliothek

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

ISBN 3-8305-2071-9

Vorwort zur zweiten, um einen Nachtrag ergänzten Auflage

Rund sieben Jahre nach ihrem Erscheinen (1970) war die erste Auflage dieser Freiburger Habilitationsschrift vergriffen. Da der zunächst erfolgreiche (dank *D. Pinkerneil*), rasch aufblühende und durchaus verdienstvolle Verlag „Gehlen“ („Athenäum“) in den späteren Jahren in Turbulenzen geriet und schließlich leider unterging, der Verfasser sich aber auch primär auf seinen kulturwissenschaftlich-rechtsvergleichenden Ansatz konzentrierte (seit 1978/79), kam eine neue Auflage oder auch nur ein großer „Nachtrag“ nicht ins Blickfeld (trotz des Bandes „Verfassung als öffentlicher Prozeß“, Berlin 1978, dritte Auflage, 1998). Wohl aber verfolgte der Verfasser „sein“ Thema regelmäßig in kleineren Vorträgen oder Aufsätzen, auch in Festschriftenbeiträgen sowie im Rahmen seiner Rezensionstätigkeit in Bezug auf richterliche Entscheidungen und Bücher weiter. Seit kurzem ist in der Literatur von einer „Renaissance“ des Gemeinwohlbegriffs die Rede, als ob er (und u.a. der Verfasser) nicht stets und kontinuierlich das Ringen um das – öffentliche – Recht begleitet hätten.

Nach 35 Jahren kommt naturgemäß nur ein „Nachtrag“, keine direkt aktualisierte „zweite Auflage“ in Frage. Das Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsmaterial erneut zu verarbeiten, erforderte eine veritable „zweite“ Habilitationsschrift. Denn es ist seit den siebziger Jahren des vorherigen Jahrhunderts noch unübersichtlicher und abundanter geworden, auch wenn heute nicht mehr Band für Band der Tausenden von Gerichtsentscheidungen und Gesetzesblätter im Einzelnen gelesen werden müssten, sondern wohl manche Internethilfe möglich wäre. Übrigens sind (bis heute) fast alle Sachregister unzulänglich, weil lückenhaft. Überdies findet sich die verbleibende wissenschaftlich zu erbringende Systematisierungsleistung erst recht nicht durch die Suchmaschine „Google“.

Der Verfasser dankt dem Leiter und Inhaber des Berliner Wissenschaftsverlags, Herrn Dr. h. c. V. Schwarz für den Mut zu diesem Nachdruck samt „Nachtrag 2006“. Wie die Darstellung der Rezensions- und Rezeptionsgeschichte des Themas zeigt, bleibt das Problem „öffentliches Interesse“ als solches im Verfassungsstaat der heutigen Entwicklungsstufe aktuell (eine breite rechtsvergleichende Erweiterung bis nach „Übersee“ wäre lohnend). Dies zeigt sich nicht nur an der vom BVerfG selbst in vielen Jahrzehnten geleisteten punktuellen „Fortschreibung“ der vom Verfasser seit 1970 so genannten „Gemeinwohlsjudikatur“ (vgl. den Nachtrag, Zweiter Teil A II). Es zeigt sich auch in der wissenschaftlichen Literatur, die da und dort die Systematisierungsvorschläge der Schrift von 1970 offen oder versteckt aufgegriffen hat und sich in der Theorie auch mitunter auf die vom Verfasser immer wieder unternommene klassische Zusammensicht von „res publica“, „Republik“, „salus publica“, „öffentlicher Freiheit“ und „Öffentlichkeit“ besinnt.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17	
ERSTER TEIL		
Die praktische Rolle des öff. Interesses in der Gesetzgebung. Darstellung und Kritik		32
A Typologie der Erscheinungsformen des öff. Interesses in Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Das öff. Interesse als Tatbestandsmerkmal	32	
Problem	32	
I. Das öff. Interesse bzw. Gemeinwohl als Tatbestandselement zum Zweck positiver Aufgaben-Umschreibung und Kompetenzbestimmung	39	
1. Erscheinungsformen	39	
a) Die Verpflichtung auf das Gemeinwohl in Eidesformeln	39	
b) Statusnormen	44	
2. Der Staat als Adressat des Gemeinwohlauftrages	46	
a) Verpflichtung des Staates insgesamt	46	
b) Die unterschiedliche Verpflichtung der drei Staatsfunktionen auf das Gemeinwohl	47	
3. Nichtstaatliche Adressaten von gesetzlichen Gemeinwohltatbeständen	48	
4. Tendenzen und Ergebnisse der Untersuchung des aufgabenumschreibenden und kompetenzbegründenden Typus von Gemeinwohltatbeständen	52	
II. „Überfrachtungen“ von Vorschriften mit Gesichtspunkten öff. Interessen: Der pluralistische Typus von Gemeinwohltatbeständen	54	
1. Problem	54	
2. Ausgewählte Beispiele	54	
3. Die sachlichen Hintergründe: Vor- und Nachteile des pluralistischen Gemeinwohltatbestandes	57	
4. Interpretationsfragen	58	
5. Rechtsprechungsfunktion und pluralistischer Gemeinwohltatbestand	59	
6. Der pluralistische Gemeinwohltatbestand als Ausdruck der heutigen Verfassung	60	
III. Die tatbestandliche Koppelung öff. mit (gegen) privaten Interessen	60	
1. Problem und ausgewählte Beispiele	60	
2. Deutung der gegenwärtigen Tendenzen differenzierter Verweisungstechniken auf private Interessen (Gleichstellung mit öff. Interessen, ausdrückliche Forderung nach deren Höherwertigkeit, private Interessen in Härtekláuseln, Bezugnahmen auf den Rechtswert, Normativierungen) auf dem Hintergrund des traditionellen Stellenwerts des privaten Interesses im Verhältnis zum Gemeinwohl	65	
3. Öff. Rechtsprechungsfunktion und differenzierte Interessenabwägungsklauseln	67	

IV. Das Gemeinwohl bzw. öff. Interesse als Gegenstand und Rechtfertigung von Delegationen — <i>salus publica per delegationem</i> oder <i>delegatio salutis publicae causa</i> (Delegation von Gemeinwohlzuständigkeit)	71
1. Problem und Erscheinungsformen	71
a) Offene oder versteckte Delegationstatbestände	74
b) Erschöpfende oder nur beispielhafte Delegation	76
c) Das öff. Interesse als positive Zielformel oder als Klausel mit negativer Begrenzungsfunktion im Rahmen eines Delegationstatbestandes	77
d) Delegationen „nach unten“ und — ausnahmsweise — „nach oben“	78
2. Erste Folgerungen	78
3. Die Adressaten der delegierenden Gemeinwohltatbestände	79
a) Staatliche Adressaten	79
b) Nichtstaatliche Adressaten	81
4. Der Gegenstand der Delegation	82
5. Delegationstatbestände und öff. Rechtsprechungsfunktion	82
6. Gewaltenteilung und Delegations-Gemeinwohltatbestände (Gemeinwohlgesetzgebung)	83
7. Die Hintergründe für den Gemeinwohl-Delegationstatbestand	85
V. Die wachsende Koppelung normierter Gemeinwohll Klauseln mit Verfahrensbestimmungen (<i>ex processu salus publica</i>): Der prozessuale Gemeinwohltatbestand	87
1. Problem	87
2. Die Verfahrensbeteiligten	87
a) Staatliche Instanzen als Verfahrensbeteiligte	87
b) Nichtstaatliche Verfahrensbeteiligte	88
c) Kombination von mehreren staatlichen und nichtstaatlichen Verfahrensbeteiligten	90
3. Die Formen der Verfahrensbeteiligung	90
a) Bloße Publizitätsvorschriften, öffentliche Bekanntmachung, öffentliche Auslegung u. ä.	91
b) Verfahren „förmlicher“ Beteiligung	92
4. Folgerungen für das Verständnis von Wesen und Funktion der Verwaltung, insbesondere die Relevanz privater Interessen	95
5. Folgerungen für die Funktion der öff. Rechtsprechung bei der Kontrolle der prozessualen Gemeinwohlbestimmung durch Regierung und Verwaltung	97
6. Würdigung des Verfahrenstypus im Lichte der heutigen Verfassung	101
VI. Gemeinwohltatbestände in Geheimhaltungsvorschriften	102
1. Das Problem	102
2. Das Verhältnis von Öffentlichkeit, öff. Interessen in den drei Bereichen staatlicher Funktionen	103
a) Öff. Interesse und Öffentlichkeit im Bereich der Gesetzgebung	103
b) Öff. Interesse contra Öffentlichkeit im Bereich der Verwaltung (Nichtöffentlichkeit im Namen des öff. Interesses)	105
c) Öff. Interesse contra Öffentlichkeit im Bereich der Gerichtsbarkeit	115

3. Die Problematik des Geheimhaltungstypus im Lichte der grundgesetzlichen Öffentlichkeits- und Gemeinwohlgehalte	123
VII. Das öff. Interesse bzw. Gemeinwohl als kompetenzbegründender Tatbestand in Eil- und Notfällen (<i>actio pro salute publica</i>).	126
1. Problem	126
2. Die Adressaten der kompetenzbegründenden Gemeinwohltatbestände in Eil- und Notfällen	129
3. Die kompetenzbegründenden Gemeinwohltatbestände für Eil- und Notfälle im Rahmen der gegenwärtigen Verfassung	135
VIII. Das öff. Interesse als Tatbestandsmerkmal staatlicher Verbots-, Zwangs-, Aufsichts- und pflichtenbegründender Vorschriften: Die Tradition des Satzes „ <i>salus publica ex negatione libertatis</i> “	136
1. Problem	136
2. Typische Erscheinungsformen dieses Gemeinwohltatbestandes	137
3. Die gegenwärtigen Tendenzen dieser Gemeinwohltatbestände auf dem Hintergrund der traditionellen Gemeinwohlvorstellungen einerseits, im Lichte der heutigen Verfassung (der grundgesetzlichen Gemeinwohlordnung) andererseits, Ausgestaltung der Freiheit — <i>salus publica ex libertate</i>	141
IX. Das öff. Interesse bzw. Gemeinwohl als normatives Element von Genehmigungs- und Erlaubnistatbeständen	145
1. Problem	145
2. Beispiele und Erscheinungsformen dieses Gemeinwohltatbestandstypus	146
3. Hintergründe und Tendenzen im Spannungsverhältnis von staatlicher Verwaltung (staatlicher Zuständigkeit), öff. Interessen und Freiheit des Bürgers bzw. der Selbstverwaltung	156
4. Die Genehmigungstatbestände im Lichte der heutigen Verfassung als normativer Gemeinwohlordnung	159
X. Die tatbestandsmäßige Verwendung des öff. Interesses bzw. Gemeinwohls zur Anpassung an und Herbeiführung von Veränderungen — <i>reformatio ex salute publica, ex reformatione salus publica</i>	162
1. Problem und Beispiele	162
2. Die Funktion dieses Gemeinwohltatbestandstypus im Lichte der grundgesetzlichen Gemeinwohlordnung	166
XI. Normative Gemeinwohltatbestände in Ausnahmevorschriften (<i>exceptio, immunitas salutis publicae causa</i>)	172
1. Problem und ausgewählte Beispiele Die traditionell Begünstigten (Privilegierten) derartiger Ausnahmetatbestände: Kirchen, Religionsgemeinschaften und Körperschaften des öff. Rechts	172
2. Historische Hintergründe und gegenwärtige Tendenzen im Lichte der grundgesetzlichen Öffentlichkeits- und Gemeinwohlgehalte	182
3. Interpretationsgrundsätze, insbesondere die Frage nach Verweisungstechnik und Verweisungsgegenstand: <i>ex jure salus publica</i> — Ausstrahlungswirkungen von rechtlichen Gesichtspunkten auf die Gemeinwohlinhalte	184

XII. Die gesetzgeberische Koppelung von Gemeinwohl und Ermessens- tatbeständen bzw. die tatbestandliche Verknüpfung von öff. Inter- essen (Gemeinwohlkompetenz) und Ermessenskompetenzen	193
1. Das Problem als Problem des Verhältnisses von Gemeinwohl und Verfassung, Recht, privaten Interessen und Öffentlichkeit	193
2. Ausgewählte Beispiele zu Ermessens-Gemeinwohltatbeständen . Exkurs: „Öff. Interesse“ und seine Nachbarbegriffe im Steuer- recht	196 200
B. Bilanz der Bestandsaufnahme zu den Gemeinwohltatbeständen	204
1. Öff. Interessen und Gemeinwohl als feste und unverzichtbare Bestandteile der öff. Rechtsordnung	204
2. Die Geschichtlichkeit der den Gesetzgeber bestimmenden Leitbildvorstellungen öff. Interessen	206
3. Wandlungen und Tendenzen der Gemeinwohltatbestände: Differenzierung, Normativierung, Pluralisierung, Verstärkung der verfahrensmäßigen Seite, Entstaatlichung.	208
Insbesondere: Der Begriff der öff. Aufgabe und seine Bedeu- tung für ein gewandeltes Verständnis des öff. Interesses	211
4. Wandlungen im Stellenwert von Gemeinwohl und öff. Interesse im Verhältnis zu Recht und Gesetz, insbesondere: Das innere Verhältnis von Gesetzgebung und öff. Interessen als Tatbe- standsmerkmal	214
Insbesondere: Die normierende Kraft öff. Interessen	215
5. Die wachsende Einschaltung der Rechtsprechung in den Gemein- wohlauftrag im Spiegel der gesetzgeberischen Gemeinwohltat- bestände — das positive Verhältnis von Rechtsprechung und (Konkretisierung von) öff. Interessen: „Gemeinwohltatjurisprudenz“	222
6. Das normative Tatbestandselement öff. Interesse als Instrument differenzierter Verweisungstechnik	226
a) Offene und versteckte Verweisungen	226
b) In-sich- und Fremdverweisungen	228
c) Interpretationsregeln und Verweisungstechniken	230
d) Sinn und Funktion der differenzierten Verweisungstechniken des Tatbestandselements „öff. Interessen“	233
7. Die „Anfälligkeit“ bestimmter Materien für gesetzliche Gemein- wohltatbestände (und richterliche Gemeinwohltataktualisierung)	236

ZWEITER TEIL

Das öff. Interesse in der Rechtsprechung:

Bestandsaufnahme und Kritik zum öff. Interesse als normativem Tatbe- standsmerkmal in der Rechtsprechungswirklichkeit sowie zum öff. Interesse als „frei“ eingeführtem Rechtsprechungstopos (Interpretationsinstrument) — die richterlichen Interpretationstechniken und inhaltlichen Gemeinwohlor- stellungen	240
I. Das Problem	240
II. Die — paradigmatische — Rolle des öff. Interesses bei der judiziellen Schaffung des materiellen Polizeirechts als öff. Gemeinwohltrechts durch das PrOVG	245

1. Problem	245
2. Leitfälle für juristische Problemlagen und zu den normativen Gemeinwohltechniken ihrer richterlichen Bewältigung: Kompetenz, Verfahren, Staatsaufsicht, Widerruf, Ermessen	246
a) Das Kompetenz- und das Verfahrensproblem als juristische Gemeinwohlprobleme	247
b) Die „polizeiliche“ Aufsicht als juristisches Gemeinwohlproblem	253
c) Die Frage des Widerrufs von polizeilichen Verwaltungsakten als juristisches Gemeinwohlproblem	257
d) Das polizeiliche Ermessen als juristisches Gemeinwohlproblem	259
3. Gemengelagen, normative und positive Ausstrahlungswirkungen von öff. Interesse und Recht, entwickelt von der Rechtsprechung — die normierende Kraft öff. Interessen im Polizeirecht	260
4. Polizei und öff. Interessen, öff. Interessen und private Interessen	266
5. Ausblick	270
III. Der praktische Stellenwert des öff. Interesses in der übrigen Rechtsprechung: Das Problem; Erscheinungsformen der normierenden Kraft öff. Interessen. Das Verhältnis von Gesetz, Recht und Verfassung zum öff. Interesse im Spiegel der Judikatur	274
1. Das Verhältnis von Gesetz und öff. Interessen als Problem richterlicher Auslegung und Rechtsfortbildung sowie richterlicher Gemeinwohlkonkretisierung	274
a) Problem	274
b) Die parlamentarische öff. Behandlung des Gesetzes (dessen Entstehungsgeschichte) und dessen öff. Interessen	285
c) Die Rolle der Sinn- und Zweckargumentation bei der Interpretation des Gesetzes und der Durchgriff auf (seine) öff. Interessen, Folgerungen für das Gesetz: das positive Verhältnis Gesetz(-esinterpretation) — öff. Interessen	288
d) Sonstige, insbesondere Sach- und Zweckzusammenhangstechniken, die Gesetzesentwicklung als Argumentationshilfe zugunsten bestimmter öff. Interessen	307
e) Die Funktion des öff. Interesses im Problem der Analogie: Ausdehnende oder einschränkende Interpretation eines Gesetzes im Hinblick auf bestimmte öff. Interessen und analoge Heranziehung eines Rechtsgedankens bei der Konkretisierung öff. Interessen. Formen der „Gemeinwohlanalogie“ zu gesetzlichen Gemeinwohlatbeständen, insbesondere zum Regel-Ausnahme-, Änderungs-, Kompetenz- und Verfahrenstatbestand	316
Exkurs: Das öff. Interesse in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, insbesondere die normierende Kraft der Öffentlichkeit auf öffentlichkeits- und gemeinwohlbezogene Begriffe, Normativierungstendenzen am Beispiel des § 23 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F.; Gemeinwohlanalogien	321
f) Alternatives Nebeneinander, Kumulierung von Gesetz und öff. Interessen, Parallelführungen und Engführungen, das öff. Interesse als selbständiges Interpretationsmittel und das Gegenstück: Der Verlust des öff. Interesses im Verlauf der Rechtsprechungsentwicklung	328

g) Das öff. Interesse als richterlicher Antitopos zum Gesetz: Die richterliche Ablehnung einer Interpretation, die sich mit Hilfe des öff. Interesses gegen das (spezielle) Gesetz richten würde, und ihre Gründe: Rechtsstaatsgedanke, Kompetenzidee etc.	336
h) Das öff. Interesse als richterlicher Negativtopos zum Gesetz: Fälle, in denen mit Hilfe des öff. Interesses eine Interpretation contra legem gewagt wird (ausnahmsweise Durchbrechung des Gesetzes) — wechselnde Konstellation Gesetz — öff. Interesse	342
2. Die Skala der Anlehnungstechniken an vorformulierte Gemeinwohl- und Rechtsgesichtspunkte (normatives Gemeinwohl-„Material“) aller Funktionen und „Ebenen“, Ausstrahlungswirkungen von der Verfassung(spraxis) über Gesetz (Analogien zu typischen gesetzlichen Gemeinwohlbeständen), Verträge, Verordnungen (: ex jure salus publica), bis zu Verwaltungspraxis, Plänen, Rechtsprechung	344
a) Problem	344
b) Verfassungssätze als öffentliche Gemeinwohlgüter — salus publica ex constitutione —	349
aa) Problem	349
bb) „Staatszielbestimmungen“ und Grundrechte als „öff. Interessen“	351
cc) Verfassungsrichterliche „Gemeinwohlanalogien“	359
dd) Sonstige Formen von Verfassungsrechtsprechung als Gemeinwohlsjudikatur	368
ee) Vernachlässigung verfassungsrechtlicher Gemeinwohl- und Öffentlichkeitsgehalte	371
c) Gesetz	374
d) Kompetenz.	396
e) Rechtsverordnungen	399
f) Pläne	402
g) Rechtsprechung	405
3. Die richterliche Aktualisierung öff. Interessen aus (in) versteckt oder offen gemeinwohlbezogenen Gesetzesbegriffen wie „wichtiger Grund“, „Unzuverlässigkeit“, „Ungeeignetheit“, „öff. Bedürfnis“ u. ä. (Parallelen zu den Mischtatbeständen und zu den richterlichen Interpretationsfiguren wie „einsichtiger“ Beurteiler, Eigentümer, Staatsbürger etc.)	410
4. Die historische Argumentationsweise bei der Konkretisierung von Gemeinwohlvorstellungen: historische und aktuelle Öffentlichkeit	417
5. Konflikte zwischen verschiedenen öff. Interessen: Der In-sich-Konflikt des Öffentlichen	420
6. Sonderformen positiver, richterlicher Hilfsfiguren bei der Konkretisierung öff. Interessen: der einsichtige Eigentümer, sachliche Beurteiler, Durchschnittsbetrachter etc. als prätorische, gemeinwohlbezogene „repräsentative“ richterliche Rechtsfiguren; Formen der bewußten oder unbewußten Analogie zu gesetzlichen Gemeinwohlbeständen	425
7. Offene Gemeinwohlsrechtsprechung im engeren Sinne: Entwicklung ganzer Rechtsprechungstraditionen zum Teil contra legem im Zeichen des Gemeinwohls; das öff. Interesse als Schrittmacher von Rechtsprechungsentwicklungen, besonders in der RG-Judikatur.	438

8. Die Relevanz eines bestimmten sachlichen Verwaltungsbegriffs bei der richterlichen Konkretisierung öff. Interessen oder Entscheidung gemeinwohlbezogener Fragen, z. B. in der Willkürrechtsprechung des RG (ordnungsmäßige Verwaltung), beim gemeindlichen Vorkaufsrecht (Vermutung gemeinwohlkonformen Handelns des Staates, BGH)	453
9. Der positive und negative Kompetenzgedanke als richterlicher Interpretationsgesichtspunkt bei Gemeinwohlproblemen — normierende Kraft der Verfassungs- und Verwaltungspraxis, abgestufte Intensität richterlicher Kontrolle, die Kunst, nicht selbst zu entscheiden; offene oder versteckte Vorbehalte der Verwaltung . . .	468
a) Problem	468
b) Insbesondere: Die normierende Kraft der Staats-, insbesondere der Verwaltungspraxis (und -vorschriften) als normierende Kraft öff. Interessen in Fragen richterlicher Gesetzesauslegung	475
aa) Versteckte Formen	476
bb) Fälle zeitlicher Vorwirkung	486
cc) Gewohnheitsrechtsbildung	491
dd) Normierende Kraft über versteckt gemeinwohlbezogene Begriffe	495
ee) Normierende Kraft über offen gemeinwohlbezogene Begriffe	497
10. Das Verfahren als richterlicher Interpretationsgesichtspunkt (salus publica ex processu), verfahrensrechtliche Maßstäbe bei der richterlichen Kontrolle und Konkretisierung öff. Interessen	499
11. Techniken negativer Annäherung an die öff. Interessen durch Ausgrenzung (salus publica ex negatione)	507
12. Sogenannte fiskalische Interessen als öff. Interessen	512
a) Problem	512
b) Die Rolle des fiskalischen Interesses als eines „freien“ Rechtsprechungstopos'	514
c) Die Rolle des fiskalischen Interesses in versteckt gemeinwohlbezogenen Begriffen	516
d) Die Rolle des fiskalischen Interesses bei der Auslegung offen gemeinwohlbezogener Begriffe	517
aa) Fälle zu § 80 VwGO	517
bb) Enteignungstatbestände	520
cc) Sonstige Gemeinwohlstatbestände	520
13. Private und öff. Interessen: Vom Primat des öff. Interesses zur differenzierten, einzelfallbezogenen, verfassungskonformen Abwägung öff. Interessen und Gruppeninteressen	525
a) Einleitung, Problem, Überblick	525
b) Allgemeine Entwicklung, insbesondere die Aktualisierung von Gemeinwohlgehalten der Verfassung im Abwägungsvorgang.	528
c) Gewicht und Verhältnis öff. und privater Interessen bei der Interpretation offen gemeinwohlbezogener Begriffe und Tatbestände	535
aa) Entscheidungen zu § 80 VwGO und anderen Gemeinwohl-Abwägungstatbeständen	536
bb) Richterliche Anlehnungstechniken an Normmaterial	541
d) Das Verhältnis öff. und privater Interessen bei der richterlichen	

Interpretation versteckt gemeinwohlbezogener Begriffe und in den Techniken zum öff. Interesse als „freiem“ Rechtsprechungs-topos	546
Exkurs: Das Dogma vom Vorrang öff. Interessen in der älteren Rechtsprechung	553
14. Die Öffentlichkeit in der Rechtsprechung zum öff. Interesse und ihre Konsequenzen: der Abbau der Staatlichkeit des Öffentlichen und der öff. Interessen, ihre normierende Kraft, insbesondere der Fall Schwinkowski	558
Exkurs: Das Gesetz über befristete Freistellung von der deutschen Gerichtsbarkeit vom 29. 7. 1966	589
15. Die Ermessens-Gemeinwohltatbestände im Spiegel der Judikatur	595
a) Techniken und Tendenzen	595
aa) Die Rechtsprechung zur tatbestandlichen Koppelung von Ermessen mit erklärten (offenen) oder versteckten Verweisungen auf öff. Interessen („Mischtatbestände“)	595
(1) Das öff. Interesse als unbestimmter Rechtsbegriff	596
(2) Das öff. Interesse als Ermessensbegriff	596
(3) Die Koppelung ausdrücklicher Gemeinwohlbegriffe mit Ermessenskompetenzen	597
(4) Die Koppelung versteckter Gemeinwohlbegriffe mit Ermessenskompetenzen	605
bb) Die „reinen“ (einfachen) Ermessenstatbestände im Lichte richterlicher Interpretation	626
Die Interpretationstechniken im einzelnen	631
(1) Die Aktualisierung der Verfassung und allgemeiner Rechtsgrundsätze	631
(2) Die Sinn- und Zweckformel als richterliche Technik zur Determinierung der Ermessenskompetenz und ihre Konsequenz: Die Verklammerung von Recht und Gemeinwohl (öff. Interessen)	633
(3) Das öff. Interesse im Ermessensbereich — richterliche Techniken seiner Konkretisierung, seine normierende Kraft	
Das private Interesse als Topos im Ermessensbereich	637
(4) Der „sachliche“ Grund, die „pflichtgemäße“ Ermessensausübung, die „nicht sachfremde Erwägung“, das nicht willkürlich ausgeübte Ermessen als richterliche Interpretations- und Kontrollgesichtspunkte im Ermessensbereich	647
(5) Die subjektiv „richtige“ Motivation als richterliches Erfordernis für die Ermessenstätigkeit der öff. Verwaltung	653
(6) Der Verfahrensgedanke als Interpretations- und Kontrollgesichtspunkt im Ermessensbereich	657
(7) Der negative und positive Kompetenzgedanke als Interpretationshilfe	664
(8) Die normierende Kraft der Verwaltungspraxis im Spiegel richterlicher Interpretationstechniken zu gesetzlichen Ermessenstatbeständen	678

(9) Der gesetzgeberische Zweck als positiver, die Zweckmäßigkeit als negativer richterlicher Interpretationsgesichtspunkt: Darstellung und Kritik	684
(10) Das „fiskalische“ Interesse als legitimer Gesichtspunkt im Ermessensbereich kraft richterlicher Interpretation	689
b) Ergebnis der Analyse der Rechtsprechung zu Gemeinwohl- (und) Ermessenstatbeständen	691
aa) Systematisierung der richterlichen Techniken zu Ermessens-Gemeinwohlatbeständen	691
bb) Die inhaltlichen Grundwertungen „öffentlicher“ Rechtsgüter bei der konkretisierenden Arbeitsteilung von Verwaltung und Rechtsprechung im Ermessensbereich	699
IV. Bilanz der Rechtsprechungsanalysen	701
V. Verfassungstheoretischer Ausblick	708
VI. Zusammenfassung	716
Gesetzes- und Abkürzungsverzeichnis	729
Literaturverzeichnis	737
Sachregister	746
Nachtrag zur zweiten Auflage	765

ERSTER TEIL

**Vorgeschichte, Rezensionsliteratur,
Rezeptionsliteratur, Wirkungsgeschichte und
Fortschreibungen durch den Verfasser**

I. Vorgeschichte	766
II. Rezensionsliteratur	767
III. Rezeptionsliteratur und Wirkungsgeschichte	768
IV. Fortschreibungen durch den Verfasser	770

ZWEITER TEIL

**Gemeinwohl, öffentliches Interesse: national-verfassungs-
staatlich, regional-europäisch und weltweit**

Vorbemerkung	771
A. Elemente einer Bestandsaufnahme: neuere offener und verdeckter Gemeinwohltex-te in Verfassungen, Verträgen, Rechtsprechung und Literatur	772
I. Gemeinwohlklauseln (Typologie) in neueren Verfassungen in Ost und West, Nord und Süd (Auswahl)	772
II. Beispiele für „Gemeinwohljudikatur“ in der Rechtsprechung des deutschen BVerfG	774

III. Die Präsenz des Gemeinwohls bzw. des öffentlichen Interesses als Topos in der Literatur	776
IV. Das Gemeinwohl (öffentliches Interesse) auf der europäischen Ebene .	777
B. Erneuerte Aktualisierungsversuche in Sachen Gemeinwohl/öffentliches Interesse im europäischen Verfassungsstaat bzw. im Europäischen Verfassungsrecht . .	783
I. Zusammenfassung der Gemeinwohlthesen von 1970/83	783
II. Die Europäisierung der Gemeinwohlidee nach Maßgabe des Europäischen Verfassungsrechts	786
III. Globalisierung der Gemeinwohldiskussion?	790

Einleitung

„Öffentliches Interesse“ als juristisches Problem — dieser Titel läßt in doppelter Hinsicht eine kritische Stoßrichtung erkennen, die nicht ohne Polemik ist.

Zum einen: Es ist nicht von „dem“ öff. Interesse die Rede, sondern von „öffentlichem Interesse“. Damit wird a limine jene für Deutschland so charakteristische monarchische Tradition in Frage gestellt, für die das öff. Interesse vorgegebene, ableitbare, letztlich „von oben“ bestimmte, voluntaristische, impermeable Größe war. Im demokratischen Verfassungsstaat, in der grundgesetzlichen *res publica* gibt es aber keine materielle und keine „allgemeine“ Offenbarungsgrundlage für das öff. Interesse als Emanation einer „höchsten“ öffentlichen Gewalt¹. Neben bestimmten, sachlichen öffentlichen Gemeinwohlsgütern wird das Verfahren, der verfassungs- und verwaltungsrechtliche „*due process*“ entscheidend.

Zum zweiten: „Öffentliches Interesse“ ist als *juristisches* Problem gesehen, d. h. es wird unter Absage an „philosophische“ oder „rein theoretische“ Denkvoraussetzungen i. S. der Autonomie praktisch rechtlicher Arbeit² in problemorientierter Behandlungsweise gefragt, was „öffentliches Interesse“ juristisch meint und was es auf der Grundlage eines spezifisch verfassungsrechtlichen Ansatzes grundgesetzlich bedeuten kann. Das impliziert zwar eine Verengung der Fragestellung, wenn man an die Bibliotheken zum Gemeinwohl denkt, die sich in Jahrhunderten angehäuft haben; als Verengung wird sie auch dem erscheinen, der i. S. Allgemeiner Staatslehren „allgemeine“ — infolge ihrer Abstraktionshöhe für konkrete juristische Sachfragen wenig ergiebige — Aussagen über das Gemeinwohl bzw. öff. Interesse trifft³, der in der Weise des Politik-⁴ oder des Wirtschaftswissenschaftlers⁵ oder ohne Kon-

1 Genausowenig ist die staatliche Gewalt alleiniger Zuordnungspunkt alles Öffentlichen (Rechts und Interesses). S. aber W. WEBER, Art. Öff. Recht, HdSW Bd. 8, S. 40 ff. (44): Grenze des öff. Rechts ist nach wie vor mit dem vom Staat verfaßten Öffentlichkeitsbereich identisch. — In Wahrheit ist der Öffentlichkeitsbereich von der Verfassung verfaßt.

2 Dazu im Anschluß an Heck: ESSER, Wertung, 1965, S. 3.

3 Prägnant HERB. KRÜGER, Allg. Staatslehre, 2. Aufl. 1966, passim, bes. S. 500 ff., 563 ff., 872 ff.

4 Z. B. FRAENKEL, Pluralismus, 45. Dt. Juristentag, B 5 ff. So glücklich Fraenkels pluralistische Gemeinwohltheorie ist (in ihrem prozessualen und pluralistischen Ansatz, in ihrer Nüchternheit, ihrer Ablehnung „soziologischer Enthüllungs“- und aller Identitätstheorien (Gemeinwohl = Gruppenwille), sie krankt daran, daß sie das Öffentliche des öff. Interesses nicht nutzt, den farbloseren Begriff des Gemeinwohls vorzieht, daß sie den Eigenwert des Rechts und die spezifisch juristischen Erscheinungsformen öff. Interessen nicht genügend in Rechnung stellt und

frontation mit dem juristischen Material über das Gemeinwohl philosophiert⁶.

Diese „Verengung“ des Blickwinkels hat aber auch gewisse Vorzüge: Aussagen zum öff. Interesse lassen sich sehr viel konkreter und mit juristischer Relevanz treffen, sie sind „bescheidener“, aber eben darum von größerem praktischen Nutzen.

Der Untertitel akzentuiert den Weg, der hier begangen wird: Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung sucht das juristische Material aufzubereiten, das gemeinwohlhaltig ist. Erst auf der Grundlage solcher „Durchleuchtung“ der Rechtswirklichkeit, die öffentliche Wirklichkeit ist, erscheinen verfassungstheoretische Thesen kontrollierbar. Gewiß, das normative Gemeinwohlmaterial wird schon von Anfang an im Lichte bestimmter verfassungstheoretischer Prämissen befragt; deren zusammenhängende Darstellung ist jedoch einem Ausblick vorbehalten, dessen Konturen bereits vorher erkennbar sein mögen: als Gemeinwohlaussagen und Öffentlichkeitsgehalte des GG (verfassungsimmanente Konkretisierung des Öffentlichen und der öff. Interessen) — Art. 20 Abs. 1 und 2, 21, 28 Abs. 1 S. 1, 5, 8, 9, 38, 79 Abs. 3.

Für die bisherige — juristische — Erörterung des Gemeinwohls bzw. öff. Interesses ist kennzeichnend, daß sie sehr punktueller Natur war und ist. Eine zusammenhängende Untersuchung des Problems fehlt⁷. Wohl finden sich

die normative Seite des Öffentlichen und der öff. Freiheit außer acht läßt. — Das Spektrum der verschiedensten wissenschaftlichen Annäherungsversuche an das öff. Interesse, wobei indes eine juristische Theorie nicht entsteht, wird auch sichtbar in: *The Public Interest*, ed. by C. J. FRIEDRICH, 1962; dazu KRAWIETZ, in: *Der Staat* 4 (1965), S. 516 ff. Zur Rolle des „public good“ und „public interest“ im polit. Denken A. Hamiltons: GEORG, *Festschrift für Schieder*, 1968, S. 15 ff. (21).

5 STREISSLER, *Gemeinwohlvorstellungen*, S. 1 ff., der trotz mancher weiterführender Ansätze (z. B. die Idee der Homogenisierungsverfahren, S. 12) das Gemeinwohlproblem allzu arithmetisch sieht (Summierung, S. 17, 7, „reihen“, S. 9, Mehrheitsurteil, S. 18), in dem Schematismus von „Anwendung“ u. Definition (z. B. S. 7) bleibt und auf der Basis eines fragwürdigen Demokratieverständnisses (S. 6 f., 8, krit. KAISER, *Ordnungspostulate*, S. 54) unter Akzentuierung der „Gesellschaft“ (z. B. S. 15) den Richter zum bloßen Vollzugsorgan des Volkes degradiert u. ihm im Gegensatz zu Gesetzgebung u. Exekutive die juristisch autonome Gemeinwohlkonkretisierung abspricht.

6 HENKEL, *Rechtsphilosophie*, 1964, S. 364 ff., 371 ff., 377 f.; JOUVENEL, *Souveränität*, bes. S. 131 ff.; KUHN, *Der Staat*, 1967, bes. S. 156 ff.; LIPPMANN, *Philosophia publica*, bes. S. 53 ff.; SCHULZ-SCHAEFFER, *Staatsform*, 1966, S. 65 ff., 184, 186 ff. — Ergiebig aber MORSTEIN MARX, *Einführung in die Bürokratie*, bes. S. 58, 84, 171, 192 f., 217 f., 221.

7 Die 1969 erschienene Diss. von W. KLEIN, *Zum Begriff des öff. Interesses*, ist primär zusammenstellender Natur. Wichtig ist die Auffassung (S. 63), nach der Rechtsordnung seien vor allem Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung und Gerichte dazu berufen, ein öff. Interesse im Einzelfall zu bestimmen oder anzu-

spezielle Sachbereiche, die zu — teilweise tief schürfenden — Untersuchungen des öff. Interesses angeregt haben, und zwar nicht erst in jüngster Zeit (doch geschieht das ebenso wie in Arbeiten über das Öffentliche von den verschiedensten Denkvoraussetzungen aus): so das Enteignungs-⁸, Steuer-⁹ und Wasserrecht¹⁰, der Vertreter des öff. Interesses¹¹ sowie — in neuerer Zeit — das Wirtschaftsrecht, oft in Zusammenhang mit dem Ruf nach größerer Publizität¹². Doch greifen diese Studien, z. T. in erklärter Selbstbeschränkung, kaum über ihren speziellen Gegenstand hinaus. Das juristische Problem „öffentliches Interesse“ als solches bleibt weithin verdeckt.

Mit diesem Fehlen einer zusammenhängenden juristischen Behandlung des Themas kontrastieren zwei weitere, unter sich paradox erscheinende Tatsachen. Einerseits: Die Literatur, in der das öff. Interesse bzw. Gemeinwohl in irgendeinem Zusammenhang unkritisch und problemlos genommen, aber auch in seiner Schwierigkeit erkannt wird, ist unübersehbar — insofern scheint diesem Topos das Merkmal des Diffusen und des Proteusartigen eigentümlich zu sein, was jede Untersuchung zunächst aussichtslos machen könnte. Speziell Gesetzgebung und Rechtsprechung scheinen sich auf den ersten Blick jeder problemorientierten Untersuchung zu entziehen, so verwirrend und häufig tauchen das öff. Interesse bzw. seine Nachbar- und Ersatzbegriffe auf. Andererseits: In juristischen Handbüchern, neueren Lexikonwerken u. ä. fin-

wenden. Die Marburger Diss. von F. v. ZEJSCHWITZ, Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff (6. 12. 1967), zeichnet sich u. a. durch die Arbeit am Gesetzesmaterial (S. 13 ff.) und die Qualifizierung von Demokratie, Menschenwürde und Sozialstaat als wichtigste Gemeinwohlwerte („Determinationsnormen“) aus (S. 131 ff.). Die ebenfalls erst nach Abschluß der Arbeit erschienenen *Speyerer* Beiträge: „Wohl der Allgemeinheit“ decken sich in mancher Hinsicht mit den hier entwickelten Thesen (dazu unten S. 709 f.). Indes ist die *Parallelität* der Problematik des öff. Interesses im Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsbereich nicht herausgearbeitet, auch sind grundsätzliche verfassungstheoretische Konsequenzen nur angedeutet (s. *meine* Kritik in DÖV 1969, 437 f.).

- 8 LAYER, Principien des Enteignungsrechts, 1902; BULLINGER in: Der Staat 1 (1962), S. 449 ff.; H. HUBER, ZSR 84 (1965), S. 39 ff.; BLANC, Das öff. Interesse als Voraussetzung der Enteignung, 1967. Zu DÜRIG, Öff. Interesse S. 654 Anm. 136.
- 9 NEUMANN, Hirths Annalen, 1886, S. 357 ff.; SELTMANN, NJW 1968, 869 ff.; aus der Rspr., etwa BFH, E. vom 25. 4. 1967, NJW 1967, 2228.
- 10 Z. B. KÜLZ, Festschrift für Gieseke, S. 187 ff.; SIEDER/ZEITLER, WHG, Anm. 7 zu § 6; SALZWEDEL, in: Schwerpunkte und Entwicklungslinien, S. 35 ff. (48 ff.), mit bemerkenswerten Differenzierungen der Fragestellung Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff.
- 11 BARING, VerwArch. 50 (1959), S. 105 ff.; GERBER, DÖV 1958, 680 ff.
- 12 REINHARDT, Festschrift f. Hueck, 1959, S. 439 ff.; RITTNER, Die handelsrechtl. Publizität, Gutachten für den 45. Dt. Juristentag, 1964, S. 119 ff.; BERNHARD, Wettbewerb, 1963. S. auch die Anregung der SPD im Juli 1968 zur Bestellung eines VöI im Rahmen der Diskussion um die erweiterte Mitbestimmung (Zeitungsmeldung).

den sich kaum Untersuchungen über das Gemeinwohl bzw. öff. Interesse; auch in den Registern taucht es nur in den seltensten Fällen auf. Und doch ist es im täglichen juristischen und außerjuristischen Sprachgebrauch gängige Münze, wird es oft (allzu) unreflektiert als Floskel oder pauschal gebraucht.

Zumal der Verwaltung¹³ und dem Verwaltungsrecht¹⁴ wird das öff. Interesse bzw. Gemeinwohl zugeordnet — eine Affinität, die ihre typisch deutschen (monarchischen), problemgeschichtlichen Ursachen hat und die dem juristischen „Verlust“ des Gemeinwohls auf Gesetzgebungsebene entspricht¹⁵. Bald wird das *bonum commune* pauschal der Verschleierung egoistischer Ansprüche und Machtpositionen verdächtigt — „Gemeinwohl Marke BDI“ —, bald mit dem höchsten Gütezeichen versehen — *private vices, public virtues*¹⁶. Den einen erscheint „der Staat“ als ausschließlicher „Exponent“ des Gemeinwohls, erhaben über die Niederungen „bloß“ partikularer Interessen, die er beliebig beiseite lassen kann; den anderen ist er eine anonyme Größe, die vorgibt, die *salus publica* zu verwirklichen, in Wahrheit aber auf „ihren“ Staatszweck wie der Bürger auf seinen (gemeinwohlfeindlichen) Eigennutz bedacht sei — eine zum Teil verständliche Reaktion auf alle Mißbräuche im Namen der Staatsraison. Und dennoch ist dem Gemeinwohl eine legitimierende Kraft geblieben: auch Diktaturen glauben sich auf die *salus publica* berufen zu sollen!

Zu diesem — widersprüchlichen — Bild gegenwärtiger Behandlung des Gemeinwohls bzw. des öff. Interesses gehören die Ironie, die ihm gelegentlich entgegengebracht wird (*Ridder*: „Gemeinwohlgold“)¹⁷, und die Naivität, mit der es zuweilen erörtert wird¹⁸, ebenso wie die ernstzunehmende, freilich allzu große Sicherheit, mit der auf der Basis des scholastischen Naturrechts das Gemeinwohl „als Rechtsgrundlage“¹⁹ gesehen und allzu voreilig mit dem

13 Vgl. E. BECKER, *Wandlungen*, S. 34 ff.; FORSTHOFF, *VerwR.*, 9. Aufl., S. 84, 8. Aufl., S. 356; WOLFF, *VerwR. I*, 7. Aufl., S. 150 ff.; v. KRAUSS, *Verhältnismäßigkeit*, S. 90 f. S. auch *PrOVG* 82, 470 (471); *BaWüVGH DÖV* 1964, 854 (855). Für die Regierung s. § 7 der pr. Instruktion vom 23. 10. 1817 — dazu *PrOVG* 57, 501 (504). W. N. bei DÜRIG, *aaO*, S. 29, 51 f.

14 Z. B. QUARITSCH, *VerwArch.* 51 (1960), S. 370 f.: „zentraler Begriff“.

15 Relikte bei KLÜBER, *Öff. Recht*, 1840, S. 395; BLUNTSCHLI, *Staatsrecht*, 3. Aufl. I, S. 553; O. MAYER, *VerwR. I*, S. 111; G. JELLINEK, *System*, S. 80, *Allg. StL*, 3. Aufl., S. 584, sowie im Repräsentationsbegriff (z. B. LEIBHOLZ, *Repräsentation*, S. 53, 75 Anm. 1).

16 Zu den wenigen spektakulär gewordenen — verfehlten — Gemeinwohlbestimmungen aus der Verwaltungswirklichkeit gehört der Fall Barth, dazu MENZEL, *DÖV* 1965, 1 ff. (2 ff.).

17 In der Auseinandersetzung mit HENKE, *JZ* 1966, 78 (79).

18 J. RIEDEL, *PVS* 1961, S. 222 ff.

19 WELTY, *Festschrift f. Messner*, 1961, S. 398 ff. In naturrechtlicher, deutlich anti-etatistischer Tradition steht PETERS, *Festschrift f. Nipperdey*, Bd. 2 (1965), S. 878 ff., bes. 885 ff., 887.

Recht harmonisiert wird. Hierzu gehört auch der Agnostizismus, mit dem eine sich selbst imponierende Verfalltheorie in vermeintlichem Realismus das öff. Interesse als Allerweltsbegriff, als Leerformel, als „Programm gewordenes Mißverständnis“ abtut²⁰. Die Rechtsprechung, die sich tagtäglich mit dem öff. Interesse als juristischem Problem konfrontiert sieht, kann sich ihn nicht nur nicht leisten, sie widerlegt ihn!

An positiven Ansätzen fehlt es indessen nicht. Schon die Erkenntnis der „Vielschichtigkeit“ des öff. Interesses²¹, seine Charakterisierung als „faltreicher“ Begriff²² ist ein Gewinn. Und *Lerches*²³ Wort vom Gemeinwohl als zwar „wenig faßbarem Begriff“, dem jedoch eine unverkennbare „appellierende Kraft“ zukomme, ist eine Ermutigung, zumal sie juristisch, nämlich kompetenzrechtlich umgemünzt wird²⁴. Ist hier Realismus erkennbar am Werke, so verbindet *H. J. Wolff* scharfsinnige, juristisch ergiebige Aussagen zum öff. Interesse mit der problematischen These, die maßgebenden, d. h. verbindlichen öff. Interessen hätten nur dort zu weichen, wo sie in direktem Widerspruch zum Rechtsgesetz und zu wahren Gemeininteressen stünden²⁵. In dieser Weise die Wahrheitsfrage zu stellen, ist um so fragwürdiger, als nicht gesagt wird, was die wahren öff. Interessen sind.

Die — wie die Analyse zeigen wird — ungemein ergiebige Rechtsprechung erklärt das öff. Interesse bald als „komplexen Begriff“²⁶, bald sieht sie es im geltenden Recht als „häufig gebraucht“ und „allgemein anerkannt“ an²⁷, bald fürchtet sie so sehr seine „Unbestimmtheit“, daß sie ihm auszuweichen sucht²⁸. Sollte das öff. Interesse etwa eine berufsnotwendige Fiktion des Juristen im öff. Recht, eine fromme Lüge oder gar eine Chimäre sein? Sollte man es als Verlegenheitsbegriff allenfalls mit „schlechtem“ Gewissen benutzen dürfen?

20 LUHMANN, *Recht und Automation*, 1966, S. 89 ff.

21 BACHOF, JZ 1966, 302 (306); s. auch LINDGEN, *Handbuch des Disziplinarrechts I* (1966), S. 172: „vielseitig“; G. JELLINEK, *System*, 2. Aufl., S. 68 f. Anm. 2: „vieldeutig“. S. a. OVG Münster VerwRspr. 21 Nr. 39 S. 178: „Vielschichtigkeit“ der öffentlichen Aufgaben.

22 H. HUBER, ZSR, aaO, S. 59.

23 Sozialhilfe, S. 35; *ders.*, VVDStRL 21 (1964), S. 84: „Buntheit“ der möglichen Interpretation des Gemeinwohls, mit Akzentuierung der verfahrensrechtlichen Seite.

24 S. noch H. HUBER, ZSR, aaO, S. 53: „komplexe Architektur des Gemeinwohls“; KÜLZ, aaO, S. 199: Wohl der Allgemeinheit als dialektischer Begriff.

25 VerwR. I, 7. Aufl. 1968, S. 148 ff., 151.

26 Hess. VGH VerwRspr. 11 Nr. 191, LS 5.

27 OVG Münster, AS 7, 433 (435 f.).

28 Vgl. BSG 15, 252 (257). Das hat das BSG aber nicht gehindert, in den unterschiedlichsten Zusammenhängen dem öff. Interesse argumentatorische Kraft beizulegen, dazu S. 317, 492 ff. S. noch FLEINER, *Einzelrecht*, S. 3: schwankender und dem Wandel unterworfenen Begriff des öff. Interesses.

Diese — notgedrungen kursorische — Übersicht erfährt ihre unverzichtbare Ergänzung, wenn man einen Blick auf den gegenwärtigen Meinungsstand zu jenem Begriff wirft, der dem „öff. Interesse“ sein Kraftfeld, seine besondere Dignität und inhaltliche Fülle, seine Dynamik²⁹ und seine bezugs- und spannungsreichen Assoziationen vermittelt: das Öffentliche und die Öffentlichkeit. Denn sie stehen in einer gerade für Deutschland ungemein typischen Tradition, die sie dem öff. Interesse „weitergegeben“ haben. Und nicht nur ihm: auch das öffentliche Recht teilt das Schicksal des Öffentlichen und des öff. Interesses — negativ wie positiv. Aus diesem Grund wird hier das öff. Interesse, soweit sprachlich möglich, dem (blassen) „Gemeinwohl“ vorgezogen.

Eine Problemgeschichte des Öffentlichen (wie des Gemeinwohls bzw. öff. Interesses) kann hier nicht geleistet werden³⁰. Der Bereich des Öffentlichen gleicht einer terra incognita, die als solche zwar „entdeckt“, aber nicht vermessen ist. Gesagt sei nur soviel: Das Öffentliche und öff. Interesse sind (negative) Schlüsselbegriffe für die deutsche Verfassungsgeschichte. Da die Geschichte nicht das Maß aller Dinge ist, bleibt dem „öff. Interesse“ heute trotz seiner Vorbelastungen eine Chance³¹.

29 Die Verbindung von „öffentlich“ und „Interesse“ potenziert die Dynamik, die jedem dieser Begriffe innewohnt. — Zum „Interesse“ J. H. KAISER, Repräsentation, S. 339 ff.; DÜRIG, aaO, S. 11 f.

30 Richtungweisend SMEND, Ged.-Schrift f. W. JELLINEK, S. 11 ff. S. ferner HABERMAS, Öffentlichkeit (1962), 3. Aufl. 1968; F. SCHNEIDER, Polit. Öffentlichkeit (1966). — FORSTHOFFS (Körperschaft, S. 13, 11 ff.) Diagnose im Jahre 1931, die Diskussion um den Begriff des Öffentlichen werde unter Absehen von allgemeineren, speziell staatsrechtlichen Gesichtspunkten geführt, hat an Aktualität nichts eingebüßt.

31 Der „öffentliche“ Staat ist gerade in der Auseinandersetzung mit dem „privaten“ Staat der Patrimonialstaatslehre entstanden (HERB. KRÜGER, Allg. StL, S. 138 ff.). VON HALLER verurteilt die vielen Polizeianmaßungen der Landesherrn, „die das Beste des sog. Staates suchten“, als Beleidigung der heiligsten Privat-Rechte (Restauration II, S. 406). Konsequenter spricht er nur vom sog. Gemeinen Besten, vom sog. Staat; ihm ist der Gebrauch des Adjektivs „öffentlich“ und „staatlich“, in welcher Verbindung dies auch geschieht, zuwider (Restauration I, S. 286: „Wohl des sogenannten Ganzen“; II, S. 141: „Alle sog. öffentlichen oder Staatsbeamten“; S. 172: „sog. Staat“; S. 187: „Sog. Staats-Gewalt“; S. 406: „Beste des sog. Staates“; S. 409: „sog. Staatszwe(c)ke“). Vgl. seine Polemik gegen den Begriff der öff. Ämter (I, S. 90 f.), der öff. Macht (I, S. 217) und gegen die Erfindung des Wortes „Staat“ zur Beschönigung, daß Freie zu Knechten gemacht würden (III, S. 229); I, S. 516: „Vorwand des Gemeinen Besten“, „eingebildete Staatszwecke“. — Auf derselben Linie liegt es, daß v. HALLER auch das Wort „allgemein“ verhaßt ist (HERB. KRÜGER, Allg. StL, S. 94 Anm. 49), verdächtig und falsch, und es wird dementsprechend mit Anführungszeichen oder einem bloßlegenden „sogenannt“ versehen. Der Begriff des allg. Wohls findet sich zwar durchaus (I, S. 405, 516, s. ferner seine Polemik gegen die Auffassung vom Staat „als

Da normative Öffentlichkeit der Verfassung und „faktische“ Öffentlichkeit schon im Ansatz zusammen zu sehen sind — wobei freilich allen möglichen Gefährdungen konstitutioneller Publizitätsgebote durch Scheinöffentlichkeit entgegengewirkt werden muß —, helfen Versuche nicht weiter, die die Öffentlichkeit früherer Epochen, etwa der liberalen Gesellschaft, zum Ideal stilisieren, an dessen Maßstab es für die Gegenwart naturgemäß zu resignierenden oder gar negativen Diagnosen kommen muß³². Der staatsrechtliche Positivismus trug und trägt das Seine dazu bei, daß die Wissenschaft vom öffentlichen Recht ihren sachlichen Gegenstand, das Öffentliche, verlor und der Rechtsbegriff um seinen Gemeinwohl- und Öffentlichkeitsbezug gebracht wurde³³.

großer politischer Maschine“, eine öff. Anstalt, von der Nation gestiftet, um ihre Interessen zu fördern: I, S. 26), er wird indes abgelehnt (anders nur I, S. 468 Anm. 7: Dienst am Gemeinen Besten ja, nur müsse es immer der Gerechtigkeit untergeordnet sein). Der „Staat“ — den es gar nicht gibt — hat keine Zwecke (I, S. 463 ff.). Das öff. Interesse oder Gemeinwohl existiert nicht. Der fürstlichen Gewalt gesteht v. H. keinen öff. Zweck zu (STAHL, Phil. d. R. I, 2. Aufl. 1847, S. 556). — All dies gilt nicht für sein Denken über die Republiken. Hier erfahren Begriffe wie „Wohl der Republik“, „Gemeingeist“, „Gemeiner Nutzen“, „höhere Interessen der Republik“, „allgemeines Wohl“, „gemeinsames Bestes“ eine unerwartete Aufwertung (VI, z. B. S. XXVII, 109, 277, 408, 420, 471, 511), werden plötzlich allg. und private Interessen unterschieden (VI, S. 425 f., 541), verliert der Begriff des Öffentlichen den sonst für v. HALLER typischen geringschätzigen Beigeschmack (vgl. seine Forderung nach öff. und Privattugend: VI, S. 465). Wichtig ALBRECHT, Rezension Maurenbrecher. Dort wird der „privatrechtlichen Farbe“ des älteren Staatsrechts die neuere, „wahrhaft staatsrechtliche“ gegenübergestellt. Danach wird der Staat als ein Gemeinwesen gedacht, das Zwecken gewidmet ist, die ein „höheres allgemeines Gesamtinteresse bilden“ (S. 3 f.). Dieser Sonderung des Staatsrechts vom Privatrecht gehen die Herausbildung eines öff. Rechts, das „über“ dem Privatrecht steht, nicht nur dessen „Adnexum ist“, und die Verselbständigung des Öff. parallel (S. 5). Die Sorge für öff. Zwecke und Interessen (S. 19, 21) bringt ALBRECHT deutlich mit der wahrhaft staatsrechtl. Auffassung in Zusammenhang. Der Kampf um den „Staat“ war also von der Erkenntnis selbständiger öff. Interessen und eines selbständigen öff. Rechts begleitet.

- 32 Dies zu HABERMAS, Öffentlichkeit, der Wichtiges zur „Infrastruktur“ des Öffentlichen beobachtet, aber von Verfalldenken nicht frei ist, sich auf Struktur und Funktion des liberalen Modells bürgerlicher Öffentlichkeit beschränkt (S. 8, krit. zu H.s' „privater Öffentlichkeit“ als Wechselbalg: MARCIC, Öffentlichkeit, S. 184), die heutigen Chancen der „einen“, Staat und Bürger gemeinsamen Öffentlichkeit übersieht und in dessen Analysen ein optimistischer Zug bezeichnenderweise erst durch Rückgriff auf einzelne Verfassungsbestimmungen kommt (S. 252 ff.). S. im übrigen *meine* Kritik an Habermas in ZfP 16 (1969), S. 273 ff.
- 33 S. auch die aus rechtsstaatlichem Mißtrauen geborene Forderung LEUTHOLDS, Hirths Annalen 1884, S. 390, 409 nach Ausmerzung des öff. Interesses und die weitgehende Fehlanzeige, die bezüglich des öff. Interesses für das Werk O. MAYERS kennzeichnend ist (Ausnahme u. a.: der Restbereich in der Ermessens-

Wenn heute ein Begriff wie öffentliche Aufgabe — ganz im Sinne des „soziologischen Positivismus“ — in das bloß Soziologische abgeschoben und der Gesellschaft zugeordnet wird³⁴, wenn das Öffentliche selbst vorwiegend soziologisch abgehandelt oder in einen soziologischen und verfassungsrechtlichen Begriff aufgespalten wird³⁵, wenn an der Staatsbezogenheit des Öffentlichen festgehalten wird — insbesondere O. Mayer war eine außerstaatliche Öffentlichkeit fremd (*Köttgen*)³⁶ —, wenn das Wort von der „diffusen“ Öffentlichkeit fällt³⁷, so erscheint die Diskussion um das öff. Interesse als getreues (negatives) Spiegelbild des Streitstands zum Öffentlichen. Gewiß, gegen dieses „alte“, monarchische, vordemokratische Verständnis des Öffentlichen und der Öffentlichkeit erheben sich allenthalben Gegenstimmen³⁸. Doch bisher haben sie noch nicht in einem konsequenten Verständnis der öff. Interessen ihren Ausdruck gefunden: Der Brückenschlag von einem demokratischen, republikanischen, dem GG gemäßen Öffentlichkeitsverständnis zu einem „parallelen“ Gemeinwohlverständnis blieb bislang aus. Das Öffentliche der öff. Interessen³⁹ als intrakonstitutionelle Größe blieb verdeckt. „Öffentliches Interesse“ scheint dem Nicht-Öffentlichen oft näher zu sein als dem Öffentlichen.

problematik, VerwR. I, 3. Aufl. S. 99 u. beim VöI I, S. 154; symptomatisch: I, S. 99 Anm. 14, 134 Anm. 9, 164 Anm. 4). Nach LAYER, Enteignungsrecht, S. 227 hat sich das öff. Interesse im absoluten und Polizeistaat als Rechtstitel auf allen Gebieten herausgebildet, während es im Rechtsstaat an allgemeiner Bedeutung durch die ausgebildete Gesetzgebung verloren habe. Prägnante Belege für die wachsende Identifizierung von öff. Interessen und Recht (Gesetz) bei LEUTHOLD, aaO, S. 321 ff. (343 f., 350, 368, 383 Anm. 1, 387). Wichtig ist die gegen den absolutistischen Gemeinwohlstaat gerichtete Forderung, das öff. Interesse dürfe nicht allg. Rechtstitel der Verwaltung sein (LEUTHOLD, aaO, S. 350, 365 f., 388 ff., 406 f.).

34 H. H. KLEIN, DÖV 1965, 755 ff. (758 f.).

35 H. WEBER, Religionsgemeinschaften, 1966, S. 63 ff., 73 ff. Die methodisch und sachlich wohl wichtigste Gegenposition zu der hier entwickelten (spezifisch verfassungsrechtlichen) Sicht des Öffentlichen (und öff. Interesses) jetzt bei MARTENS, Öffentlich, 1969, bes. S. 38 ff., 52 ff., 67; dazu *meine* Kritik in DÖV 1969, 653 f. Manche Berührungspunkte bestehen jedoch zu PREUSS, Begriff des Öffentlichen, 1969, bes. S. 42, 95, 114, 165, 179 Anm. 45 a. E., 214, 216; s. meine Kritik in AöR 96 (1971), H. 1.

36 JÖR 11 (1962), S. 300.

37 J. H. KAISER, Öff. Publizitätsinteressen, S. 91, s. auch ebd. S. 94, 97.

38 Wichtig MARCIC, Öffentlichkeit, S. 153 ff. von einem hier freilich nicht geteilten ontologischen Gemeinwohl- und Öffentlichkeitsverständnis aus, bes. S. 182 ff., 208 ff.; P. SCHNEIDER, Rechtsgutachten, S. 50 ff.; SCHEUNER, DÖV 1958, 642: Das Öffentliche als dem politischen Gemeinwesen, nicht aber dem Staatsapparat zugehörig.

39 S. aber z. B. PrOVG 83, 239 (241): Die Öffentlichkeit berührende Interessen als öff. Interessen.

Die *eine* Öffentlichkeit der *res publica* strahlt viel zu wenig in den öffentlichen Interessenpluralismus aus und umgekehrt.

Die Denkvorsetzungen der Autoren, die das Öffentliche in das bloß Soziologische abschieben, es als juristische Kategorie ignorieren oder (und) der souveränen staatlichen „Entscheidung“ unterwerfen, sind weithin identisch mit den Prämissen jener Schriftsteller, die das öff. Interesse und seine Korrelatbegriffe juristisch nicht ernst nehmen — dies oft im Banne von Verfalltheorien — oder als vorverfassungsrechtliche „staatliche“ Größe unvermittelt in das Recht einbrechen lassen⁴⁰ — und zwar unter den verschiedensten Stichworten: im Zeichen der Souveränität oder Neutralität des Staates einerseits⁴¹, der staatsfreien Gesellschaft andererseits. Zumal die monarchischen Öffentlichkeits- und Gemeinwohlgehalte, die in der Geschichte des deutschen öffentlichen Rechts und seiner Wissenschaft bis heute nachhaltig wirken, verhinderten die Entstehung eines Öffentlichkeits- und Gemeinwohlverständnisses auf der Basis einer *demokratischen* Verfassungstheorie und einer Lehre von der *res publica*. Gerade wegen der absolutistischen Vergangenheit des Gemeinwohlbegriffs — er war weder demokratisch noch öffentlich — kommt es bei manchen Schriftstellern nicht zu einer positiven, demokratischen Neubegründung der öff. Interessen. Sie sind ihnen gegenüber „farbenblind“⁴².

Kennzeichnend für die überlieferten, monarchischen, etatistischen Gemeinwohl- und Öffentlichkeitsgehalte sind⁴³: Die „Staatlichkeit“ des Öffentlichen

40 Allzu lange „thronte“ das öff. Interesse als oberstes Ziel, als letzte Grundentscheidung, als höchster Wert ebenso hoch wie unberechenbar über dem juristischen Alltag, dem es in Wahrheit je immer zugehört — offen oder versteckt.

41 Prägnant: C. SCHMITT, *Die Diktatur*, 3. Aufl. 1964, S. 24; *Politische Theologie*, 2. Ausg. 1934, S. 12, 15, 46. Vgl. die Kritik von H. HUBER, ZSR 84 (1965), S. 90 (91) an BADURA, *Verwaltungsmonopol*, 1963, S. 313 f. (s. aber jetzt BADURAS Kritik an Krüger, JZ 1966, 123 ff., bes. 127 f.), und LENZ' Verwerfung der vordemokratischen Vorstellung, die Staatsmeinung sei per se neutral und am Gemeinwohl orientiert (JZ 1963, 338 (343)).

42 Soweit JESCH, *Gesetz* (1968) und RUPP, *Grundfragen* (1965), S. 133 f. Anm. 80 sie aus demokratischem Impetus nicht überhaupt ignorieren und ihnen einen juristischen Stellenwert absprechen, lassen sie sie in einem Aschenputteldasein. Symptomatisch JESCH, aaO, S. 192 f., 225 mit Anm. 235; RUPP, aaO, S. 233 Anm. 410, 173, 175, 209. Das öff. Interesse spielt in drei Problemkreisen nicht die ihm gebührende Rolle: in der Ermessensfrage, beim Gesetzesvorbehalt und in der Frage des besonderen und allgemeinen „Gewalt“verhältnisses.

43 Sie werden im folg. vor allem anhand der Gesetzgebung und Rechtsprechung offen gelegt. Die Lit. kann nur punktuell verfolgt werden. In einer Problemgeschichte zum Öffentlichen und öff. Interesse wäre insbes. nachzuweisen, wie sehr die Wissenschaft dazu beigetragen hat, Hand in Hand mit der Gesetzgebung monarchische Öffentlichkeits- und Gemeinwohlvorstellungen zu zementieren bzw.

und öff. Interesses⁴⁴ — heute gibt es auch nicht-staatliche Tätigkeit im öff. Interesse —, ihre Instrumentalisierung zugunsten der monarchischen Öffentlichkeit (restaurative Publizität) und monarchischer Arkanverwaltung, die primäre oder gar ausschließliche Beheimatung des öff. Interesses auf der Seite der Geheimhaltung, seine Rolle als Titel für Eingriffe in private („gesellschaftliche“) Freiheit und Eigentum und — korrespondierend — die Vernachlässigung der Freiheit als öffentlicher Freiheit, die Frontstellung zwischen Verfassung, Recht und Rechtsprechung sowie „freiheitlich“ einerseits und öff. Interessen andererseits⁴⁵, die Deutung des öff. Interesses als außerrechtlicher extrakonstitutioneller Größe, die falsche Alternative (objektives) Recht oder (subjektives) Nicht-Recht (Gemeinwohl), die Konzeption eines öffentlichen Rechts, das Recht der Über- und Unterordnung und wesentlich das Recht der öffentlichen staatlichen Gewalt war, das potentiell unter einem Vorbehalt durchgreifender öff. Interessen stand, schließlich die Vermutung der Höherwertigkeit öffentlicher gegenüber bloß privaten Interessen.

All dies bewirkt auch die Vernachlässigung dessen, was die Gerichte *praktisch* mit dem öff. Interesse als überaus vielseitigem flexiblen Rechtsprechungstypus prätorisch leisten: in Öffentlichkeit geschaffene Gemeinwohlsjudikatur. Das prätorische Gemeinwohlmateriale, das nur der Aufbereitung harret, hätte

versäumt hat, die staatlichen Einfärbungen von Öffentlichkeit und öff. Interessen durch demokratische, republikanische kritische Öffentlichkeit abzubauen. So findet sich das Gemeinwohl u. ä. auch bei BLUNTSCHLI in den typischen traditionellen Problemlagen (Staatsrecht, 3. Aufl. II, S. 92, 108 f., 112 ff., 122, 134, 175 f., 241 f., 253 f.; 281, 368, 422 f.; I, S. 4 f., 226 f., 514, 557 f.); bei STAHL II 1 (1854), S. 300 ff., 304 f., 336 ff., 339, 341 ff., 425, 495; 3 (5. Aufl.), S. 196 f., 308, 311, 503 ff., 528, 587 f., 590 ff., 609, 646. — Sprach- und dogmengeschichtliche Belege zum Gemeinwohl u. ä. bei MERK, *Gemeine Beste* (1934); BULLINGER, *Öff. Recht*, S. 29, 34 ff., 41, 48, 51 f., 55, 66; WEINACHT, *Staat*, 1968, S. 95 f., 155 ff.; H. MAIER, *Ältere Staatslehre*, 1966, S. 79 ff., 95, 97, 194 ff.

44 Im 19. Jahrhundert deckt sich „öffentlich“ mit „Staat“ und „privat“ mit „Gesellschaft“ (O. BRUNNER, *Land und Herrschaft*, 4. Aufl. 1959, S. 123, 156). Dem entsprach die schroffe Scheidung von öff. und privatem Recht und ihre Zuordnung zu dem dualistischen Begriffspaar Staat - Gesellschaft (aaO, S. 148); krit. BULLINGER, *Öff. Recht*, bes. S. 68 ff.

45 Symptomatisch die Trennung von Regierungs- und Justizsachen, dazu EHMKE, *Ermessen*, S. 7 ff., die Diskussion zwischen WARNKÖNIG und STAHL, *Philosophie des Rechts I*, 2. Aufl. 1847, S. 588 ff.; § 106 des jüngsten Reichsabschieds von 1654 (zit. bei KAUFMANN, *Ges. Schrift*, I, S. 88: „Status publici mit einlaufendes Interesse“). Wichtig die Kritik LASSALLES, IX, *System I* 1, S. 420 Anm. 1 an Savigny, und LASSALLES Begriff des Öffentlichen: „Öffentliches Bewußtsein“ als „einzig wahrhafter Rechtsboden“ (S. 352), öff. Rechtsbewußtsein (S. 306), „öff. Geist“ (S. 310). Wichtig die Kontroverse zwischen Gneist und Bähr, wobei BÄHR den Gegensatz zwischen öff. Wohl und Zweckmäßigkeit, Recht und Gerechtigkeit überwinden wollte (Rechtsstaat, S. 86 f., 89 f., 102 ff.) und im Recht die „Vermittlung“ zwischen Gemeinwohl und individuellem Wohl sah (S. 102).

um so leichter „entdeckt“ werden können, als die zivilrechtliche Hermeneutik, insbesondere in den Arbeiten von *Esser*, längst das Instrumentarium bereit hat, dessen es hier bedarf⁴⁶.

„Law in action“ erweist sich im Lichte der juristischen Öffentlichkeits- und Gemeinwohlproblematik als *law in public action*: Der öffentliche Richter konkretisiert das öffentliche Gesetz zu öffentlichem Gemeinwohlrecht. „Produktiv“ ist die Interpretation durch öff. Interessen. In vielseitigen Normativierungstechniken und Konkretisierungsformen und -stufen gibt der Richter der normierenden Kraft öff. Interessen aus Öffentlichkeit, Staat und Recht Raum; sie muß ihrerseits über differenzierte Determinierung der öff. Interessen durch rechtliche Gesichtspunkte ausbalanciert werden. Recht und öff. Interessen gelangen in ein „Innenverhältnis“, das freilich über Spannungen nicht hinwegtäuschen kann und will. Doch wird es möglich, von normativem Gemeinwohl und „Gemeinwohlrecht“ zu sprechen. Damit sind die gegenbegrifflichen Dualismen: Recht, Gerechtigkeit hier, Gemeinwohl bzw. öff. Interesse dort, in Frage gestellt („Gemeinwohlgerechtigkeit“). Vor allem der Verfassungsrichter steht in einem intensiven Öffentlichkeits- und Gemeinwohlbezug, der sich nicht zuletzt in seinem öffentlichen Status und den verfassungsgerichtlichen Verfahren spiegelt.

Wenn im Verlauf der Studie von „Gemeinwohlrecht“⁴⁷, von Gemeinwohlsprechung, insbesondere Verfassungsinterpretation als Gemeinwohlspezifizierung und Öffentlichkeitsaktualisierung⁴⁸, von öffentlicher Gemeinwohlsatzgebung und -verwaltung, von Gemeinwohlanalogien usw. die Rede ist, so bedeutet das keine äußerliche Summierung der bekannten Begriffe Recht, Rechtsprechung, Analogie etc. um das Gemeinwohl. Nicht i. S. Allgemeiner Staatslehren, soziologischer Entwürfe oder politischer Utopien wird das Gemeinwohl einfach „zugegeben“. Vielmehr wird in spezifisch juristischer Weise an Gesetzgebung und Rechtsprechung etc. die Seite der Gemeinwohlspezifizierung und des Öffentlichkeitsbezugs offengelegt; es wird lediglich eine Dimension erschlossen, die aus der Rechtswirklichkeit belegbar ist. So bedeutet etwa „Gemeinwohlanalogie“ eine vom Richter oder Gesetzgeber durch normative Gemeinwohlspezifizierungen getroffene Analogie; so meint Gemein-

46 „Interesse ist ein echter Topos“: *ESSER*, Grundsatz und Norm (1956), S. 48, 80. S. auch die Infragestellung des etatistischen Gesetzesbegriffs (aaO, S. 293 ff.) und Quellenmonopols (S. 10, 298), den Abbau des „alten Tatbestandsdenkens“, Vorwort, in: *Ermessensfreiheit*, S. 5 ff. (9). S. noch *RITTNER*, *Ermessensfreiheit*, S. 21 ff., bes. S. 50 ff.

47 Nicht zuletzt *BULLINGERS* „Gemeinrecht“, *Öff. Recht*, passim, bes. S. 112 ff., gibt den Weg zum Verständnis des Rechts als Gemeinwohlrecht frei.

48 Belege aus der *Rspr.* des *BVerfG* in *meinem* Bericht in *AöR* 95 (1970), S. 86 ff. bzw. 260 ff.

wohlrechtsprechung jenen Vorgang richterlichen Judizierens, der über abwägende Konkretisierung oft aus der Öffentlichkeit normativierter öff. Interessen erfolgt und in bestimmten, z. T. traditionsreichen Techniken (PrOVG!) geschieht.

All dem liegt das Verständnis der Verfassung als öffentlichen Prozesses, als normativer Gemeinwohlordnung der *res publica* zugrunde; die Erarbeitung ihrer juristisch greifbaren Gemeinwohlaussagen und Öffentlichkeitsgebote geschieht in der unmittelbaren Konfrontierung mit dem Fallmaterial und der praktischen Gesetzgebung. Das verschafft Kontrolle und bewahrt vor Öffentlichkeits- und Gemeinwohleuphorie, übertriebenem Öffentlichkeitsoptimismus, aber auch vor dem anderen Extrem.

Eine größere Herausforderung an die Verfassungstheorie, Öffentlichkeit und „öff. Interesse“ in ihrem Zusammenhang⁴⁹ sowie im Kontext des GG neu zu überdenken, als die, welche die Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsanalyse stellt, ist kaum denkbar. Insofern ist die Studie nur ein Anfang zur Herstellung eines öffentlichen und stets offenen Gemeinwohlkonsenses, den immer aufs neue zu suchen und kritisch in Frage zu stellen auch Sache des Juristen ist. Ihr letztl. Ziel ist es, einen Beitrag zum Abbau des *Öffentlichkeits- und Gemeinwohlfizits* zu leisten, das für die Lage der deutschen Staatsrechtswissenschaft kennzeichnend ist. Die Wissenschaft gewinnt selbst ein Stück normativer Wirkung, wenn sie sich auf das Öffentliche und damit auf die öff. Interessen juristisch besinnt und sie in die Normativität und Normalität des öff. Rechts hereinholt. Damit rückt das öff. Interesse in das Zentrum vieler zusammenwirkender Kraftfelder: Es gerät in Verbindung zum Privaten, zu Gesetz, (öff.) Recht, (öff.) Freiheit, zur öffentlichen Gewalt und öff. Aufgabe, vor allem: zur öffentlichen Verfassung der *res publica*. Auch dort, wo es dem Namen nach selbst nicht auftritt, ist es der Sache nach unentbehrlich.

Ingesamt erscheint das öff. Interesse als „verspäteter Begriff“, der seine — öffentliche — Zukunft noch vor sich hat und jenen Gemeinwohlbegriff abzulösen vermag, der gleich einem erratischen Block aus einer vorverfassungsrechtlichen Landschaft in die Gegenwart der *res publica* ragt: Öff. Interessen haben einen großen demokratischen, freiheitlichen, rechtsstaatlichen und rechtstheoretischen „Nachholbedarf“⁵⁰. Im monarchischen Staat war das öff.

49 Öffentlichkeitsbezogene Begriffe sind heute immer potentiell gemeinwohlbezogen und umgekehrt. Juristisch ist „öff. Interesse“ alles andere als ein „sterbender Begriff“, mag er auch gerne totgesagt oder gar totgebetet werden.

50 Vgl. aber die Skepsis von STAMMLER, *Die Lehre vom richtigen Recht*, 1902, S. 139: „Das Gemeinwohl ist . . . nichts anderes als der Ausdruck des sehnenenden Wunsches nach dem objektiven Richtmaß, das einen von den bloßen subjektiven Be-

Interesse im Verhältnis zu Recht und Gesetz „sich selbst genug“. Diese standen im Schatten von jenem, und sie wirkten nicht auf es zurück i. S. der heute so typischen Normativierungen⁵¹. Manche obrigkeitstaatliche Patina bleibt bis in die Gegenwart sichtbar.

Die Öffentlichkeit der Verfassung⁵² herzustellen und zu erhalten — ihr gehört „kritische“ und „demonstrative“, reformwillige, aber auch konsensuale

gehrungen frei machen könnte ... Mehr leistet dieser Ausdruck aber nicht.“ — Offenbar selbstverständliche Identifizierungen des Gemeinwohls, des Wohls der Allgemeinheit, des öff. Wohls und der öff. Interessen z. B. bei CZERMAK, DÖV 1966, 49; IPSEN, Widerruf, S. 178; HERB. KRÜGER, Allg. StL., S. 788, 917 f., RIEDEL, PVS 1961, S. 223 Anm. 1. — Ferner PrOVG 6, 256 (261); 8, 327 (330); 13, 389 (396); 14, 291 (293); 17, 365 (379); 22, 303 (307); 22, 318 (320); 29, 401 (405 f.); 39, 396 (399). BVerwGE 1, 42 (43); 1, 140 (143); 10, 274 (279); 12, 34 (36 f.). — S. aber aus der Lit. die Unterscheidung von öff. Interesse und öff., allg. Wohl z. B. bei KÜLZ, Festschrift f. Gieseke, S. 197 ff.

51 Zur nach § 1 des G vom 3. 4. 1846, GS S. 151 bestehenden Berechtigung des Pr. Königs, als „alleiniger Inhaber“ der Staatsgewalt nach seinem „Belieben“ in die bestehende Rechtsordnung einzugreifen: PrOVG 87, 223 (231).

52 In dieser Studie ist von vornherein ein bestimmtes *Verfassungsverständnis* vorausgesetzt, das die Frage nach der Öffentlichkeit und den öff. Interessen präjudiziert. Es ist an den Arbeiten von Smend, Scheuner, Hesse und Ehmke orientiert. Dieses „Vorurteil“ oder Vorverständnis ist u. a. durch den Gedanken der Offenheit der Verfassung (Verfassung als öffentlicher Prozeß), ihrer Aufgegebenheit, das Postulat größtmöglicher Publizität aller Lebensvorgänge des Staates (als politischem Gemeinwesen) und durch ein bestimmtes (pluralistisches, „republikanisches“, konfliktbewußtes) *Demokratieverständnis* gekennzeichnet, vor allem aber dadurch, daß in den Grundscheidungen der Verfassung selbst die wesentlichen (entwicklungsfähigen und -bedürftigen) allein legitimierenden Gemeinwohlgehalte und (keineswegs grenzenlosen, vielmehr differenzierten) Öffentlichkeitspostulate erblickt werden. Diese — offengelegte — methodische und sachliche (Selbst-)Beschränkung mag ebenso wie die Orientierung am GG manchem zu einseitig und zu eng erscheinen, insbes. jenen Staatstheoretikern, die von einer anderen primär staatlichen, „juristischen“ Sicht aus argumentieren; ferner jenem Denken, das angesichts der Größenordnung der modernen Leistungsaufgaben in Wirtschaft und Politik, in der Lebens- und Friedenssicherung den Akzent auf die „zwar öffentlich bestellte, dann aber doch von der Öffentlichkeit in gewissem Maße befreite Verantwortung“ legt (VON SIMSON) oder der Demokratie stärker den Amtsgedanken zuordnet (HENNIS). Gleichwohl wird an dem gewählten Ausgangspunkt festgehalten. — Es bleibt der weiteren Entwicklung überlassen, ob und wie sich das aufbereitete „normative Gemeinwohlmaterial“ in andere staats-theoretische Dimensionen und Lehren der Gegenwart einordnen ließe, ob es zu einer fruchtbaren Auseinandersetzung mit ihnen beitragen kann oder ob vielleicht die „Richtigkeit“ der Konzeption des Öffentlichen und der öff. Interessen im Dienste der *demokratischen* Verfassung gerade durch diese öffentliche Gesetzgebungs- und Rechtsprechungswirklichkeit als Gemeinwohlwirklichkeit belegt wird.

und kommunikative Öffentlichkeit zu —, bleibt ebenso nie voll erfüllte Aufgabe wie die optimale Konkretisierung öff. Interessen. Sie kann in der offenen *res publica* immer verfehlt werden; aber diese Verfehlung muß korrigierbar bleiben: durch die offenen öffentlichen Verfahrensgarantien. Der Staat hat weder ein Monopol auf öff. Interessen noch eine Unfehlbarkeit in bezug auf öff. Interessen. Vor Ideologisierungen des öff. Interesses kann nicht scharf genug gewarnt werden.

Bei aller juristischen „Aufwertung“ öff. Interessen muß aber bedacht werden, daß es kein „Patentrezept“ für die juristische Aufgabe ihrer Konkretisierung gibt. Dies Schicksal teilt das öff. Interesse mit der Gerechtigkeit. Gleichwohl lassen sich juristische Aussagen treffen, die dem öff. Interesse die viel gescholtene Unbestimmtheit juristisch nehmen — in vielfältigen Differenzierungen: vom öff. Interesse als Direktive (*Lerche*), als bloß subjektivem Kompetenz- und Verfahrensgesichtspunkt, als Regulativ⁵³ bis zum öff. Interesse als einer normativen Größe mit je nach Problem- und Fallage⁵⁴ variabelm, aber präzisiertem juristischen Inhalt und unterschiedlichen funktionell-rechtlichen Konsequenzen. Die vom Bürger in öffentlicher Freiheit wahrgenommene Gemeinwohlverantwortung etwa ist ebenso unbestimmt wie die Gemeinwohlverpflichtung des Abgeordneten, und doch ist z. B. die letztere in bestimmten Fällen negativ zu „definieren“ (Fall Schwinkowski)⁵⁵. Als begleitender Wert für die Verwaltung⁵⁶ ist das öff. Interesse von unterschiedlicher juristischer „Dichte“; als Interpretationsgegenstand im Rechtsfindungs- und -fortbildungsprozeß etwa im Bereich des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO oder als juristisches Argument in anderen Fragenkreisen gewinnt es dank richterlicher

53 H. HUBER, ZSR 84, S. 55: Gemeinwohl als regulative Idee.

54 BULLINGER, VVDStRL 22 (1965), S. 292: Bestimmung des Gemeinwohls „von Fall zu Fall“. S. auch LEISNER, DÖV 1970, 217 (218): Offenheit des öff. Interesses.

55 Unten S. 588 f. — Im Bereich der Gesetzgebung begleitet das öff. Interesse die Rechtsverwirklichung bald institutionell und prozessual (Verpflichtung der Abgeordneten und der Parteien auf das Gemeinwohl, Publizität des Gesetzgebungsvorgangs), bald materiell (Gemeinwohlgehalte der Verfassung, der Gesetzgeber schöpft nicht aus einem normativen Gemeinwohl-Nichts), in der Rechtsprechung als Wertungselement und Argument, aber auch prozessual (VöI!, die Publizitätsanfordernisse der Verfassungsgerichtsentscheidung — § 31 Abs. 2 S. 3 BVerfGG). Auch intensiviert sich z. B. die juristische Relevanz der Gemeinwohlverpflichtung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) in dem Maße, in dem es durch seine wirtschaftliche Größenordnung in öff. Verantwortungszusammenhänge hineinwächst — ein Beleg für den Zusammenhang von Öffentlichem und Gemeinwohl. Oder: private Freiheit kann die Freiheit als Institut, d. h. die öff. Freiheit in einem gemeinwohlwidrigen Ausmaß gefährden, so daß der Staat eingreifen muß (Pressekonzentration).

56 EICHENBERGER, Richterliche Unabhängigkeit, 1960, S. 168 f.

Normativierungskunst kontrollierbare Inhalte. Bald liegt das Schwergewicht auf der prozessualen Seite (Gemeinwohlverfahren!), bald stärker auf der materiell-rechtlichen. Mit diesen Vorbehalten gilt gerade für den Juristen der Satz:

fiat salus publica ne pereat res publica, und das dictum Ciceros (De re publica 1, 25): est autem res publica res populi⁵⁷.

57 Öff. Interessen lassen sich nicht „definieren“, sie lassen sich nur der jeweiligen materiell-, funktionell-, kompetenz- und verfahrensrechtlichen Problemlage entsprechend besonders und partiell konkretisieren. Sie sind nicht „aus sich heraus“ bestimmbar.

Die praktische Rolle des öff. Interesses in der Gesetzgebung —
Darstellung und erste Deutung
seiner Konkretisierungsformen und -stufen

A. Typologie der Erscheinungsformen des öff. Interesses in
Rechts- und Verwaltungsvorschriften —
Das öff. Interesse als Tatbestandsmerkmal

Problem

Der folgende Abschnitt versucht eine systematische Bestandsaufnahme: Der Gesetzesbestand soll daraufhin „durchleuchtet“ werden, inwieweit sich in ihm bestimmte *typische* Formen des Auftretens des öff. Interesses (Gemeinwohl u. ä.) nachweisen lassen. Dabei kann und soll Vollständigkeit nicht erreicht werden. Es geht nur darum, die vielerlei Spielarten und Gestalten, in denen das öff. Interesse als Begriff in Rechts- und Verwaltungsvorschriften vorkommt, zu sichten und durch Bildung von Kategorien in das diffuse und unübersehbare Material eine gewisse Ordnung zu bringen. Es soll sozusagen ein Blick in die Werkstatt der Gesetzgebungstechnik zum öff. Interesse geworfen werden. Naturgemäß führt diese Analyse in die verschiedensten Rechtsmaterien. Gelänge es jedoch, trotz oder gerade in der Vielgestaltigkeit der untereinander sehr fremden Sachgebiete bestimmte Typen und Strukturen nachzuweisen, deren sich der Gesetzgeber bedient¹ („normative Gemeinwohltypologie“), so wäre damit viel gewonnen: In der diffusen Problematik des öff. Interesses wären erste Leitlinien erkennbar. Auch könnte dem Gesetzgeber in Zukunft eine Art Formulierungshilfe bei der offenen Normierung von „Gemeinwohlrecht“ geleistet werden. Dabei ist besonders den traditionellen, geschichtlich bedingten Leitbildvorstellungen des öff. Interesses nachzugehen, die bei der tatbestandlichen Ausformung Pate gestanden haben. Sie wirken noch heute stark nach. Andererseits sind auch gerade infolge der verfassungsrechtlich bedingten Wandlungen dieser Leitbildvorstellungen zum Gemeinwohl die Techniken zum Teil andere geworden.

So unbestimmt das öff. Interesse nämlich ist, so wandlungsfähig — geschichtlich — seine Inhalte sein mögen, so sehr ist es andererseits determiniert und wirkt es determinierend — durch bestimmte Gemeinwohlvorstellungen

1 Zu den — parallelen — Typen richterlichen Einsatzes des öff. Interesses vgl. S. 359 ff., 384 ff.

und Öffentlichkeitsgehalte, an denen sich der Gesetzgeber bei der tatbestandlichen Normierung des öff. Interesses seinerseits ausrichtet und entsprechend denen er (gar nicht immer voll bewußt) das öff. Interesse in typischen Konfliktslagen und Problemsituationen „einsetzt“. In der folgenden Typologie sind sie offenzulegen. Da der Gesetzgeber — wie zu zeigen sein wird — über verschiedene historische Epochen hinweg das öff. Interesse mit nur geringen Variationen „gebraucht“, hat er einen Sprachgebrauch geschaffen, der inhaltlich stark fixiert ist und historisch determiniert erscheint. Die Aufschlüsselung der Normtechnik läßt hier tiefere Rückschlüsse auf die hinter ihr stehenden Gemeinwohlvorstellungen des Normsetzers zu. Die „Leitbilder“ öff. Interesses, die ihm vorschwebten, haben ein Eigengewicht bekommen, das durch die nachstehende Analyse ans Licht gehoben und auf seine retardierenden Wirkungen gegenüber den von der gegenwärtigen Verfassung als normativer Gemeinwohlordnung her gebotenen Inhalten und Funktionen von öff. Interessen und Öffentlichkeit untersucht werden soll. Nur mit diesen — wesentlichen — Vorbehalten ist die viel genannte besondere Eigenschaft des öff. Interesses, unbestimmter Begriff zu sein, zu bejahen.

Der Gesetzgeber normiert nicht im luftleeren Raum, d. h. hier: er ist bei seiner tatbestandlichen Ausformung des öff. Interesses an einschlägige Leitbildvorstellungen seiner Zeit gebunden und ihnen mehr oder weniger stark bewußt verpflichtet. Auch greift er seinerseits gerne auf ihm bereits in anderen Gesetzen vorgegebenes „Material“ zum öff. Interesse zurück².

Diese — ungeschriebenen — Leitbildvorstellungen in der Typologie zum öff. Interesse als Tatbestandsmerkmal bewußt zu machen und sie angesichts der heutigen Verfassung zu überprüfen, ist eine wesentliche Aufgabe. So entspricht es z. B. einem vom Gesetzgeber traditionell immer wieder konkretisierten Leitbild, Ausnahmen von Öffentlichkeitsvorschriften „im öff. Interesse“ zu bestimmen bzw. das öff. Interesse auf der Seite der Geheimhaltung und des Arkanprinzips anzusiedeln. Entsprechendes gilt für jene öff. Interessen, in deren Namen in Freiheit und Recht „eingegriffen“, Verpflichtungen auferlegt, enteignet und staatlicher Zwang ausgeübt sowie Aufsichtsmaßnahmen ergriffen wurden. Das wirkte sich naturgemäß auf den Begriff des Öffentlichen selbst aus und war seinerseits dessen Folge. Auch im Begriff der „öffentlichen Verwaltung“ lebt noch ein Stück jener absorptiven Reklamierung des Öffentlichen durch den (normativen Gemeinwohl-)Staat fort, die erst heute nach und nach — von der Verfassung und ihren Öffentlichkeitsgeboten und Gemeinwohlinhalten her — abgebaut wird. Andererseits haben es Recht-

2 Besonders auffällig bei den Begünstigten, für die im öff. Interesse Ausnahmen von gesetzlichen Regelungen bestimmt werden — öffentlichrechtliche Körperschaften, Bund und Länder sowie die Kirchen. Zu diesen traditionellen Erscheinungsformen öff. Interessen in Tatbeständen (Privilegierungen) vgl. S. 179 f.

sprechung und Wissenschaft schwer, einen Begriff des Öffentlichen zu entwickeln und öff. Interessen bewußt zu machen, die auch ihre Verklammerung mit Freiheit und Verfassung, mit Recht und dem Privaten erkennen lassen. Die immer wiederkehrende, typische Verwendung des öff. Interesses durch den Gesetzgeber in ganz bestimmten Problemlagen und seine tatbestandliche Ausformung legten das öff. Interesse auch sonst einseitig auf Zwang, staatlichen Eingriff (Notstand!), auf Geheimhaltung etc. fest. Heute stellt sich die Aufgabe, das öff. Interesse von der Verfassung her „umzudenken“ und ihm seine antifreiheitliche Spitze und seine einseitig „staatliche“ Vergangenheit zu nehmen. In erheblichem Umfang hat hier die Rechtsprechung Bahnbrechendes geleistet. Sie aktualisiert die Öffentlichkeitsgehalte und Gemeinwohlvorstellungen der Verfassung auch und gerade bei der Auslegung tatbestandlich normierter öff. Interessen. Die Öffentlichkeitsgehalte und Gemeinwohl-Leitbildvorstellungen können sich ändern — und diese Änderungen strahlen in die Inhalte aus, die den als Tatbestandsmerkmal verwendeten öff. Interessen zu geben sind.

Teilweise sind auch in der gesetzgeberischen Kodifikationstechnik derartige Wandlungen bereits verifizierbar. Wenn in Pressegesetzen der Länder die Freiheit der Presse im öff. Interesse postuliert wird und im Hessischen Pressegesetz (GVBl. 1958, S. 183) speziell bei der Beschlagnahme deutlich eine Abwägung zwischen dem „öff. Interesse an unverzüglicher Unterrichtung“ (§ 13 Abs. 2) und dem öffentlichen strafrechtlichen Interesse an der Beschlagnahme verlangt wird, so hat sich hier die veränderte Leitbildvorstellung öff. Interessen niedergeschlagen. Ein öff. Interesse steht auch auf der Seite der Öffentlichkeit. Oder: das öff. Interesse wird nicht mehr einseitig für das Strafrecht und seine Institute reklamiert und als Eingriffstitel gegen die Freiheit abgestempelt. Überdies zeigt sich hier, wie die gesetzgeberische Normierungstechnik bei Tatbeständen, in denen das öff. Interesse auftritt, differenzierter geworden ist. Sicher läßt sich nicht in allen Problemlagen das öff. Interesse entsprechend den gewandelten Gemeinwohlvorstellungen und verfassungsrechtlichen Leitbildern von Öffentlichkeit und öff. Interessen tatbestandlich verändern. Meist wird es Aufgabe der Interpretation, also der Rechtsprechung und Verwaltung sein, das öff. Interesse *auch* auf der Seite der Freiheit (als öffentlicher Freiheit), des Bürgers und des Rechts (als privatem und öffentlichem Recht) zu sehen. So wird es schwerhalten, die Zulässigkeit von Enteignungen im öff. Interesse tatbestandlich so zu fassen, daß das öff. Interesse, das auch an der Erhaltung des Privateigentums besteht und das als solches in den öffentlichen Abwägungsvorgang einzubeziehen ist, rechtstechnisch seinen adäquaten Ausdruck findet. Immerhin hat sich auch in diesem traditionellen Bereich, in dem das Gemeinwohl einseitig gegen das Eigentum zu stehen scheint, eine gewisse Wandlung vollzogen: Wenigstens in den Entschädigungsbestimmungen kommt zum Ausdruck, daß eine „gerechte (!) Ab-

wägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten“ vorzunehmen ist³. Die Beteiligung öff. Interessen auf beiden Seiten des Konflikts ist demgegenüber im Enteignungstatbestand selbst in den Verfassungstexten noch nicht zum Ausdruck gekommen. In einzelnen Gesetzen sind Modifizierungen indes erkennbar⁴. Mit Vorbehalten läßt sich also auch in der Gesetzgebungstechnik zum öff. Interesse eine auf stärkere Differenzierung dieses Begriffs zielende Tendenz erkennen; sie ist von der Verfassung gewollt und legt ihrerseits Rückschlüsse auf die verfassungsrechtlichen Inhalte des Öffentlichen und der öff. Interessen und ihre Konkretisierung nahe.

Ein Überblick über die verschiedenen, hier systematisierten gesetzlichen Gemeinwohlstatbestände kann nicht bei der Bestandsaufnahme stehenbleiben. Vielmehr sind — wo vorhanden — die inneren Zusammenhänge zwischen ihnen aufzudecken und Querverbindungen der Problemlage als solche hervorzuheben. Vor allem sind die einzelnen Gemeinwohltypen in einer zusammenhängenden Sicht vom Verfassungsstaat der *res publica* des GG aus zu deuten, zu kritisieren und zu korrigieren. Sie dürfen nicht als selbstverständlich, als historische Zufallsprodukte oder als notwendig so und nicht anders gewordene „ontologische“, naturrechtliche oder „vorrechtliche“ Erscheinungsformen „des“ Gemeinwohls hingenommen werden. Neuere Tatbestandsformen, wie etwa der prozessuale oder der pluralistische Gemeinwohltypus, können kraft ihrer heutigen Legitimität und Kongruenz mit Rechts- und Gemeinwohlvorstellungen der (offenen) Verfassung des GG Anlaß sein, die älteren Typen zu reformieren, sie soweit wie möglich „umzudenken“ oder im Extremfall gar abzustoßen. M. a. W.: Es ist zu fragen, welche Arten von normativen Gemeinwohlstatbeständen den grundgesetzlichen Gemeinwohlaussagen am ehesten adäquat sind (Verfassungsinterpretation als Gemeinwohlkonkretisierung). Denn die einzelnen Typen sind nicht Selbstzweck: Sie sind Ausdruck des immer neuen — zeitgebundenen — Versuchs, Gemeinwohlvorstellungen einer Zeit in rechtliche Institute, Formen und Verfahren zu bringen. Das schließt nicht aus, daß in einer bestimmten geschichtlichen Periode nur bestimmte Gemeinwohlstatbestände ein Höchstmaß an Sachgerechtigkeit verbürgen. So kann heute etwa der prozessuale und pluralistische Gemeinwohltypus mit Fug und Recht in Anspruch nehmen, der *res publica* des GG besonders angemessen zu sein. Von den traditionell gefaßten Gemeinwohlstatbeständen in Geheimhaltungsvorschriften kann dies angesichts der Öffentlichkeitsgebote

3 So z. B. Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG.

4 So wenn etwa nach § 87 Abs. 1 BBauG die Enteignung im einzelnen Falle nur zulässig ist, wenn das Wohl der Allgemeinheit sie erfordert und der Enteignungszweck auf andere zumutbare Weise nicht erreicht werden kann. Damit ist das schützenswerte private Interesse der Betroffenen jetzt von vornherein in die Zulässigkeitsvoraussetzung tatbestandlich einbezogen — über die gemeinwohlbezogene Zumutbarkeitsklausel.

des GG (Verfassungsinterpretation als Öffentlichkeitsaktualisierung) gerade nicht gesagt werden. Andere Typen, wie der in Änderungstatbeständen auftretende oder der kompetenzenbegründende, dürften unter früheren, etwa monarchischen Verfassungszuständen ebenso brauchbar gewesen sein, wie sie auch heute ihre sachliche Funktion erfüllen können: in der konstitutionellen Demokratie, sofern man sie nur inhaltlich und in den Zusammenhängen dieser res publica deutet. So bietet sich ein buntes Bild: ein Nebeneinander absolutistisch anmutender, republikanischer und „neutraler“ Gemeinwohlstatbestände. Jede verfassungsgeschichtliche Epoche neuerer Zeit hat einen Beitrag zur möglichen Technik gesetzlicher Gemeinwohlstatbestände geliefert. Das läuft nicht auf eine Relativierung oder beliebige Auswechselbarkeit der Gemeinwohlstatbestandstypen hinaus. Vielmehr kommt bei dieser Sicht die Geschichtlichkeit der rechtlichen (Gemeinwohl-)Techniken zum Ausdruck, deren sich ein Gemeinwesen zur Erfüllung seiner Zwecke bedient. Das ist kein Zufall. Denn das Gemeinwohl ist seiner Struktur und seinem Inhalt sowie seiner Funktion nach so geschichtlich wie das Recht selbst. Freilich hat die Wissenschaft in Deutschland ihrerseits viel dazu beigetragen, die monarchischen Gemeinwohlvorstellungen zu erhalten, die der Gesetzgeber zementierte.

Relativ neu dürften die *richterlichen* Gemeinwohltechniken sein. Die monarchische Entwicklungsstufe des Gemeinwohlbegriffs hat naturgemäß zu ihnen keinen Beitrag geleistet: Der Richter war vom Gemeinwohlauftrag gerade abgeschnitten. Das Recht selbst war gemeinwohlfremd und -fremd, das Gemeinwohl außerrechtliche Größe. Vielleicht ist es der spezifische Beitrag unserer Zeit, Techniken der Konkretisierung öffentlicher Interessen durch den Richter in einer Weise und in einem Ausmaß, ja, man kann sagen, in einer Originalität „erfunden“ zu haben, wie das bis dahin nicht der Fall war. Daß die Entwicklung dieser Techniken in der Spätzeit der konstitutionellen Monarchie vom PrOVG und z. T. vom SächsOVG begonnen worden ist, erhöht nur den Rang dieser prätorischen Leistung und verstärkt die Anforderungen an die Qualität heutiger Rechtsprechung als Gemeinwohlrechtsprechung. Denn sie ist nunmehr ausdrücklich von der Verfassung und z. T. von der Gesetzgebung dazu aufgefordert, im Rahmen ihres Auftrags einen Gemeinwohlbeitrag zu leisten, der die demokratischen, rechtsstaatlichen und republikanischen Öffentlichkeitsgebote und Gemeinwohlgehalte des GG in die Wirklichkeit „umsetzt“. Gemeinwohlinhalte in rechtlicher Gestalt und Recht in seiner determinierenden Kraft für die öff. Interessen und das Öffentliche — das sind die beiden Koordinaten, innerhalb derer die Gemeinwohlstatbestandstypen zu formulieren und immer aufs neue in Frage zu stellen sind. Da der Gesetzgeber nach wie vor im Rahmen der Verfassung maßgebliche Gemeinwohlinhalte setzt, hat seine Technik der tatbestandlichen Typisierung dieser Inhalte solch großes Gewicht; ihm zugeordnet ist die Rechtsprechung in ihrer eigenen Konkretisierung von Gemeinwohlinhalten. Ihre

Techniken der Interpretation tatbestandlicher Gemeinwohlklauseln, aber auch ihr „autonomeres“ Einsatz öff. Interessen als Argument und Interpretationshilfe haben sich gleichermaßen dem Versuch einer Systematisierung wie der Kritik zu stellen. Denn auch diese Techniken haben keinen Eigenwert, der sich geschichtlich verabsolutieren ließe. Das wird oft verkannt. Wie sich die Rechtsprechungsfunktion (z. B. im Verhältnis zu den anderen öffentlichen Gemeinwohlfunktionen) wandelt, so auch ihre Techniken der Konkretisierung von öff. Interessen. Ja, die letzteren spiegeln den Wandel der Rechtsprechungsfunktion in seltener Klarheit wider. Qualität und Rang der gesetzgeberischen Gemeinwohltechnik und der richterlichen normativen Gemeinwohltechnik brauchen sich nicht zu entsprechen. Oft leistet die Rechtsprechung zeitgemäßere Beiträge zu den Gemeinwohlvorstellungen der *res publica* als der in alten Gemeinwohl-Tatbestandstechniken befangene und gefangene Gesetzgeber. Umgekehrt kann eine ausgereifte gesetzgeberische Technik manche autonom entwickelten Rechtsprechungstechniken wenn nicht überflüssig machen, so doch weniger dringlich erscheinen lassen.

Auf diesem Hintergrund rechtfertigt sich die relativ breite Bestandsaufnahme gesetzgeberischer und richterlicher Gemeinwohl-(Normativierungs-) Techniken, rechtfertigt sich aber auch die „Parallelisierung“ und Verklammerung gesetzgeberischer und richterlicher Gemeinwohlkonkretisierung (zwischen dem Ersten und Zweiten Teil der Studie).

Angesichts dieser Aufgabenstellung ist es legitim, nicht mehr geltende Rechtsvorschriften mit heranzuziehen — sofern sie nur einen bestimmten Typus der *tatbestandlichen* Verwendung und Rolle des öff. Interesses in Rechtsvorschriften repräsentieren, der in der Gegenwart als solcher noch vorkommt oder Wandlungen sinnfällig macht. Auch werden neben Gesetzen im formellen Sinne und Rechtsverordnungen bewußt Verwaltungsvorschriften in diese Untersuchung mit einbezogen. Auch sie sind für eine Analyse ergiebig, die sich den Gewinn einer „Gemeinwohl-Typologie“ zum Ziel setzt. Daß selbst in Verwaltungsvorschriften das öff. Interesse tatbestandlich auftritt, läßt sogar besondere Schlüsse zu.

In den untersuchten Bestimmungen und den Judikaten tauchen neben oder statt des öff. Interesses häufig andere tatbestandsmäßig verwendete Begriffe auf: „allgemeine Interessen“, „allgemeine Belange“, „öffentliche Belange“, Wohl des Bundes oder eines Landes, Gemeinwohl, Wohl der Allgemeinheit usf. Die folgende Typologie wird ergeben, daß — wenn nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist⁵ — all diese Begriffe das gleiche aussagen: sie

5 Die Tatsache, daß sich bei der Typologie nicht selten Überschneidungen insofern ergeben, als dieselbe Vorschrift mehrmals gewürdigt ist, offenbart nur die Verklammerung der Probleme des öff. Interesses. Bemerkenswert ist z. B. der Zusammenhang zwischen dem häufiger werdenden prozessualen und pluralistischen Gemeinwohltypus.

haben nämlich die gleiche Funktion im Gesamtgefüge der Verfassungs- und Rechtsordnung und sie tauchen abwechselnd in den gleichen Zusammenhängen auf. Ihre Probleme lassen sich weitgehend „parallelisieren“. So erscheinen die vereinzelt Versuche, etwa dem öff. Interesse einen anderen Inhalt zu geben als dem Gemeinwohl, sachlich nicht gerechtfertigt. Die Verwendung des einen oder des anderen Begriffs wird zu einer Frage des persönlichen, oft rein sprachlich bedingten Geschmacks. Sollte es darum im weiteren Verlauf der Arbeit möglich sein, dem öff. Interesse aus besonderen theoretischen Gründen — kraft seines konstitutionellen Öffentlichkeitsgehalts und -bezugs — eine besondere Dignität zu vermitteln, sozusagen das Adjektiv zum Substantiv zu machen (über das Öffentliche des öff. Interesses), so ist das ein Grund mehr, die Bestandsaufnahme umfassend anzulegen. Die praktische Identität oder doch Parallelität der Begriffe öff. Interesse, Gemeinwohl etc. forderte sogar dieses von der Theorie aus nahegelegte Ziel⁶.

Im Zweiten Teil werden die vielfach parallelen Normativierungsformen und -techniken vorgeführt, deren sich der *Richter* (und der Verwaltungsbeamte) bedient, um die in Rechts- und Verwaltungsvorschriften ausdrücklich tatbestandlich normierten öff. Interessen zu konkretisieren. Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob und — wenn ja — wann sich der Richter stärker an materiellen oder (und) an verfahrensmäßigen Maßstäben orientieren soll und kann (*salus publica ex processu*).

In diesem Zusammenhang erfolgt eine Darstellung des öff. Interesses als eines „frei“ eingeführten Rechtsprechungsstos⁶ und (gleichwohl) einer rechtsimmanenten Interpretationshilfe, Auslegungsmaxime und eines juristischen Arguments im Rahmen der Rechtsfindung. Denn die Formen und Techniken, deren sich der Richter bei der Konkretisierung der tatbestandsmäßig „vorgegebenen“ öff. Interessen (als Interpretationsgegenstand) bedient, ähneln weit hin den Auslegungsmaximen, die er bei der Konkretisierung der von ihm „unabhängig“ von Rechtsvorschriften „frei“ und „autonom“ eingeführten öff. Interessen (als Interpretationshilfe) entwickelt hat. Daß dies kein Zufall ist, führt zu besonderen Einsichten: der Richter wird bei der Konkretisierung der öff. Interessen zum (Gemeinwohl-)Gesetzgeber, er gelangt in einen intensiven Gemeinwohlbezug (z. T. über sog. normative Gemeinwohlanalogien), das Recht wird zum Gemeinwohlrecht. Die Untersuchung des praktischen Stellenwerts des öff. Interesses in der Gesetzgebung und in der neueren Judikatur (als normativen Gemeinwohlfunktionen) will relativ „universal“, d. h. ohne Beschränkung auf einen bestimmten Lebensbereich oder ein bestimmtes

6 Im Rahmen der Typologie des ebenso vielgestaltigen wie vielwertigen öff. Interesses als normative Tatbestandsmerkmals ist die Frage im Auge zu behalten, ob sich eine „Anfälligkeit“ bestimmter rechtlicher Materien und Problemlagen für das öff. Interesse nachweisen läßt.

Rechtsgebiet, durchhaltende Fragestellungen problemorientiert herausarbeiten. Damit wird der ohnedies unübersehbare Rechtsstoff vielleicht in einer Weise aufbereitet, die (verfassungs-)theoretische Reflexion über das öff. Interesse als juristisches Problem erst sinnvoll erscheinen läßt. Denn am Fehlen einer typologischen Untersuchung des gemeinwohlrelevanten Gesetzgebungs- und Fallmaterials kranken die Gemeinwohlbibliotheken, die in Jahrzehnten aufgehäuft worden sind.

I. Das öff. Interesse bzw. Gemeinwohl als Tatbestandselement zum Zwecke positiver Aufgabenumschreibung und Kompetenzbestimmung

1. Erscheinungsformen

Der hier gemeinte Typus ist einer der wichtigsten Gemeinwohltatbestände. Er besitzt seine besondere Tradition und läßt doch gerade in neuerer Zeit hinsichtlich seiner Adressaten wichtige Tendenzen erkennen. Im wesentlichen begegnet er in dreierlei Gestalt: in Eidesklauseln und -formeln, in Statusnormen und in ausdrücklichen Pflicht- und Kompetenzbestimmungen.

a) **Die Verpflichtung auf das Gemeinwohl in Eidesformeln** Hierbei handelt es sich wohl um die rechtstechnisch ältesten tatbestandlichen Ausformungen des Gemeinwohls bzw. öff. Interessen. Älteste Beispiele sind die Eide des süddeutschen und mitteldeutschen Konstitutionalismus, die im 19. Jahrhundert von den Mitgliedern der Stände, Kammern oder Landtage auf die Verfassung, das unzertrennliche (!) Wohl des Königs und des Landes zu leisten waren. Erst die Frankfurter Verfassung begnügte sich in § 113 mit einem Eid allein auf die Verfassung. Sie dürfte auch insofern Geschichte gemacht haben. Den Gemeinwohlbegriff in diesem Zusammenhang zu normieren, war ihr wohl auf Grund seiner absolutistischen Vorbelastungen zuwider.

Die von den *Staatsoberhäuptern* im 19. Jahrhundert zu leistenden und tatsächlich geleisteten Verfassungsgelöbnisse lassen einen aufschlußreichen Blick in die Problemgeschichte und den Stellenwert des Wohls der Allgemeinheit zu. Der bayerische König leistete folgenden Eid (Verfassung Bayern von 1818):

X § 1

Ich schwöre nach der Verfassung und den Gesetzen des Reichs zu regieren . . . ⁷ 8.

7 Ähnlich § 138 Verfassung Sachsen (1831).

8 Die älteren Verfassungstexte sind jeweils nach E. R. HUBER, Dok., zitiert.

Nach der preußischen revidierten Verfassung vom 31. Januar 1850 leistete der König das eidliche Gelöbniß, die Verfassung des Königreiches fest und unverbrüchlich zu halten und in Übereinstimmung mit derselben und dem Gesetz zu regieren (Art. 54 Abs. 2, ebenso Art. 52 Abs. 2 der oktroyierten Verfassung vom 5. 12. 1848). Bezeichnenderweise war also der König nicht auf das Gemeinwohl verpflichtet. Das verstand sich deshalb von selbst, weil abgesehen von den Beschränkungen durch die Verfassung der König es war, der über das Gemeinwohl bestimmte. Die Verfassungsbewegung hatte eben deshalb keinen Anlaß, ihn auf das Gemeinwohl zu verpflichten, denn dieser Begriff war nicht der ihrige⁹. Überdies ging es ihr darum, den König auf die Verfassung zu verpflichten. Um so aufschlußreicher ist jedoch, daß in den tatsächlich geleisteten Verfassungsgelöbnissen¹⁰ und in Verfassungsdokumenten, die von den monarchischen Staatsoberhäuptern stammen und konkrete politische Zwecke, etwa in der Auseinandersetzung mit den Abgeordnetenvertretungen, verfolgen, die Wohlfahrt und ähnliche Begriffe auftauchen¹¹. Im ersten Falle geschah dies ohne polemische Stoßrichtung gegen die Verfassung oder das Parlament.

Die Frankfurter Verfassung hielt sich bezeichnenderweise in der von den frühkonstitutionellen Verfassungen geschaffenen Tradition. Sie verlangte (§ 190) vom Kaiser zu schwören, „das Reich und die Rechte des deutschen Volkes zu schirmen, die Reichsverfassung aufrecht zu erhalten und sie gewissenhaft zu vollziehen“.

Heute sind der Amtseid des Bundespräsidenten, des Bundeskanzlers und der Bundesminister (Art. 56 und 64 Abs. 2 GG) zu nennen. Sie sind identisch und bringen insofern nicht die unterschiedliche Funktion des Bundespräsidenten einerseits, des Bundeskanzlers und der Bundesminister andererseits zum Ausdruck. Bemerkenswert ist, daß die Gemeinwohlklausel, die Kraft dem

9 Weitere Verfassungstexte als Belege dafür, daß das Staatswohl auf der Seite der Monarchie stand: §§ 88, 103 Verf. Sachsen (1831).

10 Vgl. etwa Friedrich III. auf die Reichsverfassung am 15. 3. 1888 (E. R. HUBER, Dok., II, S. 309), auf die pr. Verf. am 17. 3. 1888 (E. R. HUBER, aaO, S. 310), Kaiser Wilhelm II. am 25. 6. 1888 (E. R. HUBER, aaO, S. 311).

11 Vgl. den Erlaß König Wilhelm I. vom 3. 2. 1863 im pr. Verfassungskonflikt (E. R. HUBER, Dok. II, S. 56 f.), die Botschaft des Königs vom 20. 5. 1863 (E. R. HUBER, aaO, S. 61), den Erlaß vom 26. 5. 1863 (E. R. HUBER, aaO, S. 64 f.), die Thronrede des Königs vom 5. 8. 1866 (E. R. HUBER, aaO, S. 85) und besonders die Reden Bismarcks vor dem Pr. Abgeordnetenhaus vom 13. 10. 1862 mit ihrer Begründung des budgetlosen Regiments (E. R. HUBER, aaO, S. 47) und vom 27. 1. 1863 (E. R. HUBER, aaO, S. 52 f.: „Notwendigkeiten, Staatsbedürfnisse“). — Das Wohl der Untertanen, ihre „Wohlfahrt“, war z. B. auch der Begriff, mit dem König Ernst August von Hannover in seinem Patent vom 5. 7. 1837 seine Bindung an die Verfassung von 1833 in Abrede stellte (E. R. HUBER, Dok. I, S. 248 f.).

Wohl des deutschen Volkes zu widmen, vor der Verpflichtung auf das Grundgesetz genannt ist¹².

Für die *Beamten* gilt Besonderes. Sie leisten zwar einen Diensteid; nach dem BBG (§ 58 Abs. 1) bezieht er sich auf die Wahrung aller Gesetze und auf die Erfüllung der „Dienstpflichten“¹³. Die Gemeinwohlverpflichtung ist insoweit tatbestandlich nicht in die Eidesformel aufgenommen; wohl aber besteht mittelbar ein Bezug zum Gemeinwohl oder Wohl der Gesamtheit u. ä. dadurch, daß die Beamtenpflichten in allen neueren Beamtengesetzen am Dienst für das Wohl der Allgemeinheit ausgerichtet werden¹⁴. Oft ist damit die Negativformel gekoppelt, der Beamte habe unparteiisch zu sein, bzw. er habe nicht einer Partei zu dienen. In ihr lebt ein antipluralistisches und Antiparteiendenken fort, das typisch deutsche Ursachen hat¹⁵.

Die positive Ausrichtung des Beamten auf das Gemeinwohl dürfte erst dann gesetzlich erfolgt sein, als die selbstverständlich in der monarchischen Spitze kulminierende Bindung an das Gemeinwohl, wie sie es verstand, entfiel oder bedeutungslos wurde¹⁶. Das Gemeinwohl „wanderte“ hier also. War eine

12 Vgl. auch den Amtseid der Mitglieder der Landesregierung in Nordrhein-Westfalen, Art. 53 Verf. von 1950: Meine Kraft dem Wohl des deutschen Volkes widmen . . . das übertragene Amt unparteiisch verwalten. S. auch § 3 Abs. 1 Senatortgesetz Berlin. — KonsG vom 8. 11. 1867 (BGBl. Norddeutscher Bund S. 137) § 4: Vereidigung der Konsuln darauf, daß sie ihre Dienstpflichten nach Maßgabe des Gesetzes . . . treu und gewissenhaft erfüllen und das Beste des Bundes fördern wollen.

13 Der Reichsbeamteneid (RGL. 1871 S. 303) der Bismarckzeit ging auf Treue und Gehorsam zum Deutschen Kaiser, auf Beobachtung der Reichsverfassung und Gesetze des Reiches und die Erfüllung der Amtspflichten (E. R. HUBER, Dok. II, S. 341). Das Gemeinwohl fehlte.

14 § 52 Abs. 1 BBG. Ebenso § 64 Abs. 1 Bad.-Württ. LBG. Ähnl. § 61 Abs. 1 Nds. BG; § 67 Abs. 1 Hess. BG; § 18 Abs. 1 Berliner LBG; § 55 Abs. 1 N.W. LBG.

15 Zieht man die einschlägigen beamtenrechtlichen Nebentätigkeitsbestimmungen heran, so zeigt sich, daß sie gerade die Absicherung der Gemeinwohltätigkeit des Beamten bezwecken. Z. B. § 70 Abs. 1 N.W. LBG. — Zur Relevanz der Eidesklauseln bei Interpretationsfragen vgl. als Beisp. aus der Judikatur BGH DÖV 1967, 565 (566 f.). — S. noch Art. 176 WRV. Die einschlägige VO vom 14. 8. 1919 (RGL. S. 1419) enthielt keinen Gemeinwohltatbestand. Für Reichsbeamte lautete der Eid auf Verfassung, Gehorsam den Gesetzen und gewissenhafte Erfüllung der Amtspflichten, für alle öff. Beamten auf die Reichsverfassung. Nach dem G über die Pflichten des Beamten zum Schutz der Republik vom 21. 7. 1922 (RGL. S. 590) war jeder Reichsbeamte auf die Reichsverfassung und auf die gewissenhafte Erfüllung aller Obliegenheiten des ihm übertragenen Amtes eidlich zu verpflichten (§ 3 RBG in der geänderten Fassung, s. a. E. R. HUBER, Dok. III, S. 169).

16 Bemerkenswert ist die im Programm des „Reichskanzlers“ Kapp vom 13. März 1920 enthaltene Forderung, die Regierung fordere vom Beamtentum den „alten Geist treuer Pflichterfüllung im Dienste des Gemeinwohls“ (E. R. HUBER, Dok. III, S. 211).

republikanische Verfassung erst einmal etabliert, brauchte sie sozusagen positiv das Gemeinwohl, das negativ zu beschränken Ziel der Verfassungsbewegung im 19. Jahrhundert war. Diese Entwicklung ist eine Ironie der Geschichte.

Eigentümlicherweise findet sich nämlich in den frühkonstitutionellen Verfassungen keine — der der Mitglieder der Legislativorgane entsprechende — Verpflichtung der Staatsdiener auf das öff. Wohl, das „unzertrennliche Wohl“ des Königs und des Landes u. ä. Offenbar war sie selbstverständlich und jedenfalls kein Anliegen der Verfassungsbewegung, aber auch keines der Könige, Herzöge etc.

Anders war dies bei den Mitgliedern der konstitutionellen Ständeversammlungen, Kammern etc. Hier dürfte es ein Anliegen der Monarchie gewesen sein, die Legislative an die Zielformel des Wohls des Landes zu binden, zumal wenn es als „unzertrennliches Wohl des Königs und des Vaterlandes“ wie in Württemberg, Hessen und Sachsen formuliert war. Derartige Klauseln dürften eine Ausprägung des monarchischen Prinzips gewesen sein. In der Abwehr der Rücksichten auf „besondere Stände und Klassen“ (Bayern, Baden) oder der „Nebenrücksicht“ (Württemberg, Hessen) liegt einerseits eine typische, noch heute häufig auftretende Form der Annäherung an das Gemeinwohl durch negative Umschreibung (*salus publica ex negatione*), die insofern polemisch ist, andererseits eine antifeudalistische und antipluralistische Spitze, die in späteren Texten „zeitgemäß“ gegen die Parteien („unparteilich“) ausgewechselt wurde.

In dem Augenblick, in dem der Gesetzgeber „souverän“ wurde und das Staatsoberhaupt kein „eigenes“ Gemeinwohl mehr zu konkretisieren hatte, verlor naturgemäß die Gemeinwohlverpflichtung der Legislative an politischer und praktischer Bedeutung. Wenn sie in den Verfassungen noch auftauchte, so wesentlich farbloser und schon gar nicht in der Verbindung mit einem Eid¹⁷.

17 Verfassung Bayern (1946) Art. 13 Abs. 2: Die Abgeordneten sind Vertreter des Volkes, nicht nur einer Partei. Sie sind nur ihrem Gewissen verantwortlich und an Aufträge nicht gebunden. S. etwa Bay.G über den Senat i.d.F. d. Bek. vom 9. 2. 1966 (GVBl. S. 99) Art. 23: „Die Senatoren sind nur ihrem Gewissen verantwortlich und an Aufträge nicht gebunden...“ Der Gemeinwohlbestand fehlt. Um so bemerkenswerter ist die E. des StGH Bremen VerwRspr. 6 Nr. 60 zu Art. 83 Verf. Bremen, der gerade keinen ausdrücklichen Gemeinwohlbestand enthält. Der StGH führt hier (S. 285) aus: Art. 83 Abs. 1 Satz 3 Verf. Bremen bestimme in seinem Zusammenhang mit Satz 1 desselben Absatzes, daß darüber, was das Wohl und Interesse der „ganzen bremischen Bevölkerung“ erfordere, nur das Gewissen des handelnden Abgeordneten entscheide. Der Abgeordnete habe also eine Rechtspflicht (!), einzig und allein das zu tun, was nach der Stimme seines Gewissens dem Interesse der bremischen Bevölkerung entspreche.

Speziell die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg von 1819 verlangt in § 45, in den Dienstleid, welchen sämtliche Staatsdiener dem König abzulegen haben, die Verpflichtung aufzunehmen, die Verfassung gewissenhaft zu erfüllen. Ähnliches gilt für § 60 der Verfassungsurkunde für das Kurfürstentum Hessen (1831). Das dürfte ein politisches Ziel der konstitutionellen Kräfte gewesen sein¹⁸.

Es bleibt die Frage, ob ein innerer Zusammenhang zwischen dem Verlust der durch Eid bekräftigten Gemeinwohlverpflichtung der Mitglieder von Kammern und Landtagen etc. und der — neuen — Verpflichtung der Beamten auf das Gemeinwohl bestand. Dabei wäre zu klären, wann die Beamten erstmals auf das Gemeinwohl verpflichtet wurden und aus welchen Gründen — etwa weil sie zu Adressaten von pluralistischen Interessen wurden? Jedenfalls ist es eigentümlich, daß die verbreitete heutige Gemeinwohlkepsis sich nicht stärker gegen die beamtenrechtliche Gemeinwohlverpflichtung richtet¹⁹.

Insgesamt ist zweierlei bemerkenswert. Zum einen: In der Gegenwart fehlen in bezug auf die Amtspflichten des Richters Gemeinwohlatbestände. Das entspricht dem überkommenen alten Gemeinwohllitbild, das ein positives Verhältnis von Richter und Rechtsprechung zum Gemeinwohl nicht kannte, vielmehr allein die Gesetzes- und Verfassungsbindung des Richters wollte. Nur die Verfassung Rheinland-Pfalz bildet hier eine Ausnahme (vgl. Art. 1 Abs. 3 und 4). Auch in den Verfassungsgerichtsgesetzen ist in den Eidesklauseln für den Verfassungsrichter keine Gemeinwohlbindung ausgesprochen²⁰. Nur über die Bindung an das Grundgesetz — vgl. § 11 BVerfGG — ließe sie sich erreichen. Ein Öffentlichkeitsbezug ist jedoch dadurch erzielt, daß die Mitglieder der Staatsgerichtshöfe „im öffentlichen Leben erfahrene Personen“ sein sollen²¹. In den Eidesklauseln spiegelt sich also insofern noch der alte — positive — Zusammenhang zwischen Regierung bzw. Verwaltung und dem Gemeinwohlauftrag.

18 S. auch X § 3 Verf. Bayern (1818), die alle Staatsbürger bei der Ansässigmachung, bei der allgemeinen Landeshuldigung, und alle Staatsdiener den gleichen Eid ablegen ließ (Treue dem König, Gehorsam dem Gesetze und Beobachtung der Staatsverfassung). Ferner § 139 Verf. Sachsen (1831). § 191 Frankfurter Verf. verlangte einen Eid auf die Reichsverfassung für die Beamten.

19 S. aber auch den Eid nach dem G über das Zivilschutzkorps vom 12. 8. 1965 (BGBl. I S. 782) — § 32 Abs. 2: „Ich schwöre, der Bundesrepublik treu zu dienen, Gefahren für die Allgemeinheit unter Einsatz aller Kräfte zu bekämpfen und meine Pflichten zu erfüllen . . .“

20 § 11 Abs. 1 BVerfGG. Auch im Richtereid nach dem DRiG fehlt jede Bezugnahme auf das Wohl des Volkes o. ä. (§ 38).

21 So z. B. § 3 Abs. 1 Satz 2 Hess. StGHG.

Zum zweiten fällt auf, daß in den Eidesformeln für die nicht-richterlichen staatlichen Amtsträger Bindung an Verfassung und Gesetz und Verpflichtung auf das Gemeinwohl einfach nebeneinander stehen — in einem naiven und unkritischen Sinne. Der Konfliktfall ist nicht geregelt. Gilt hier der Vorrang einer Gemeinwohl- oder der der Gesetzesbindung, oder fehlt es an einem Problembewußtsein für diese Fragestellung? Im Bereich der Gesetzgebung sind die traditionellen Eidesklauseln der Abgeordneten, bzw. Mitglieder der Kammern und Ständeversammlungen, verlorengegangen. Die Gemeinwohlzuständigkeit wurde sozusagen zur Gewissenzuständigkeit. Der Gesetzgeber erschien „frei“. Der Gesetzgeber hatte aus historischen Gründen eine natürliche Skepsis gegenüber dem Gemeinwohl.

Insgesamt zeigt sich die Geschichtlichkeit des Gemeinwohlbegriffs und seiner Funktion: Er scheint schon in den Verfassungs- und Gesetzestexten selbst zu „wandern“, insofern sich das Gemeinwohl und seine Nachbarbegriffe neue Bereiche erschließen und alte verlieren. In Wissenschaft und Rechtsprechung lassen sich entsprechende Parallel„bewegungen“ beobachten.

b) Statusnormen Die Kategorie der Statusnormen läßt sich unterscheiden, ist der rechtliche Status auch vielfach durch die Eidesklauseln mitbestimmt. Denn besonders in den neueren Gesetzen finden sich Tatbestände, die den Status bestimmter Personen umschreiben, ohne daß eine Eidesleistung erforderlich wäre und ohne daß es sich um Beamte oder Richter handelte. Als Beispiele seien hier genannt:

Nds. SparkG vom 6. 7. 1962 (GVBl. S. 77)

§ 10 Abs. 2

Der Vorsitzende und die Mitglieder des Verwaltungsrates sind ehrenamtlich tätig. Sie handeln nach ihrer freien, nur durch die Rücksicht auf das öff. Wohl und die Aufgabe der Sparkasse bestimmten Überzeugung und sind an Aufträge nicht gebunden²².

Gesetz betreffend die Verbandsordnung für den Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk vom 5. 5. 1920 (PrGS NW S. 29)

§ 11 Entscheidungsfreiheit der Mitglieder, Abs. 1

Die Mitglieder der Verbandsversammlung und die Mitglieder des Verbandsausschusses handeln ausschließlich nach dem Gesetz und ihrer freien, nur durch die Rücksicht auf das öff. Wohl bestimmten Überzeugung.

22 Vgl. auch: SparkG Nordrhein-Westfalen — § 15 Abs. 4.

§ 32 Abs. 3 GO Baden-Württemberg

Die Gemeinderäte entscheiden im Rahmen der Gesetze nach ihrer freien, nur durch das öff. Wohl bestimmten Überzeugung²³.

Diese tatbestandlich bestimmte, gesetzlich gefaßte Gemeinwohlbindung der Überzeugung und des Gewissens ist höchst bemerkenswert. Sie bringt einen alten Zusammenhang zum Vorschein, der früher schon (in der Wissenschaft) z. B. auch für den *Abgeordneten* anerkannt war: den Zusammenhang von Gewissen, Überzeugung und Gemeinwohl.

Aus den Verfassungen des 19. Jahrhunderts sind bemerkenswert:

VII § 25 Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern (1818)

Jedes Mitglied der Ständeversammlung hat folgenden Eid zu leisten: Ich schwöre Treue dem König, Gehorsam dem Gesetze, Beobachtung und Aufrechterhaltung der Staatsverfassung und in der Ständeversammlung (bzw. bei dem Landtage) nur des ganzen Landes allgemeines Wohl und Beste ohne Rücksicht auf besondere Stände oder Klassen nach meiner inneren Überzeugung zu beraten.

Entsprechend lautet die Verfassungsurkunde Baden vom 22. August 1818 (§ 69). Aufschlußreich ist auch die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg (1819) § 163:

Ich schwöre, die Verfassung heilig zu halten und in der Ständeversammlung das unzertrennliche Wohl des Königs und des Vaterlandes, ohne alle Nebenrücksicht, nach meiner eigenen Überzeugung, treu und gewissenhaft zu berathen. (Ebenso § 74 Verfassungsurkunde für das Kurfürstentum Hessen von 1831)²⁴.

Die Formel von dem unzertrennlichen Wohl des Königs und Landes findet sich auch in Dokumenten; so etwa in dem Hinweis auf die „kräftige konservative Grundlage“ in der Ansprache des preußischen Prinzregenten vom 8. 11. 1858²⁵.

Im GG klingt der Zusammenhang von Gewissen und Gemeinwohl allenfalls in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 an:

Die Abgeordneten sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. (Vgl. auch Art. 21 WRV)²⁶.

23 Vgl. auch: § 39 Abs. 1 Nds. GO; § 15 Abs. 1 Landschaftsverbandsordnung Nordrhein-Westfalen vom 12. 5. 1953 (GS NW S. 217); § 24 Abs. 1 Rh.Pf. GO; Bad.-Württ. KrO:

§ 22 Rechtsstellung der Kreisverordneten, Abs. 2:

Der Landrat verpflichtet die Kreisverordneten in der ersten Sitzung *öffentlich* auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Amtspflichten.

Abs. 3: Die Kreisverordneten entscheiden im Rahmen der Gesetze nach ihrer freien, nur durch das *öff. Wohl* bestimmten Überzeugung.

24 Verfassungsurkunde Königreich Sachsen (1831): vgl. §§ 78, 82.

25 E. R. HUBER, Dok. II, S. 31.

26 Verf. des Norddeutschen Bundes (1867) Art. 29; ebenso Art. 29 der Bismarck-Verf. (1871).

Das Gemeinwohl ist hier sozusagen in die „Subjektivität“ der Überzeugung bzw. des Gewissens geschoben oder zurückgenommen. Dies deshalb, weil die betreffende Person Tätigkeiten zu leisten hat, die sich nicht primär oder nicht allein an Gesetzen orientieren können²⁷, weil solche fehlen (Relevanz des Gemeinwohls im gesetzefreien Raum). In den Sparkassengremien wird das augenfällig. Daß besonders der moderne Gesetzgeber die Bindung nur an das Gemeinwohl und zugleich an die freie Überzeugung normiert, reflektiert ein gewandeltes Gemeinwohlverständnis. Da die jeweiligen Adressaten teilweise auch an das Gesetz gebunden sind, ist durchaus die Auffassung vertretbar, daß die Gemeinwohlbindung auch „in“ der Anwendung, d. h. Interpretation des Gesetzes zu aktualisieren sei.

Bemerkenswert sind aber auch die Adressaten dieses Tatbestandstypus: Es sind *nicht*-staatliche Adressaten — womit der Gesetzgeber selbst zu erkennen gibt, daß Gemeinwohlbindung und -verwirklichung jedenfalls nicht nur Sache des Staates ist. Diese Problematik wird gesondert zu untersuchen sein, nämlich dort, wo in der Wahrnehmung von öff. Interessen durch Apotheker, Presse, Rundfunkräte oder andere Gremien und Gruppen das Gemeinwohl entgegen der Tradition kraft ausdrücklicher gesetzlicher Normierung in nicht-staatlichen Bereichen, im öffentlichen Raum, wahrgenommen wird. Der Staat hat sich damit schon in seiner eigenen Gesetzgebung von jener Auffassung distanziert, die ihm das Monopol des öffentlichen Wohls zuspricht und ihn zum absorptiven Träger des Gemeinwohls macht²⁸. Und: Das Öffentliche (der öff. Interessen) ist weder mehr ein isoliert zu nehmender staatlicher Begriff noch ein „gesellschaftlicher“ Begriff. Er meint einen Zustand der umfassenden *res publica*. Auch pluralistische Minderheiten haben Öffentlichkeits- und Gemeinwohl-„Ansprüche“.

2. Der Staat als Adressat des Gemeinwohlauftrags

a) **Verpflichtung des Staates insgesamt** Nur vereinzelt wird der Staat insgesamt auf das Gemeinwohl verpflichtet. Ein neueres Beispiel gibt die Ver-

27 Der Abgeordnete ist im Rahmen seines Beschlußfassungsrechtes im Gesetzgebungsverfahren nur an die Verfassung, nicht an die Gesetze gebunden. Er kann die Gesetze ja gerade abändern, motiviert vom Gemeinwohl.

28 Es dürfte nur wenige Tatbestände geben, die sich nicht in die genannten Kategorien bringen lassen: etwa die Kooperationsklausel in § 48 Abs. 1 Bad.-Württ. KrO: Die im Gebiet des Landkreises tätigen unteren Sonderbehörden und das Landratsamt haben im Interesse des allgemeinen Wohls zusammenzuarbeiten. — S. auch die Kooperationspflicht im Rahmen des kooperativen Föderalismus, jetzt im Gutachten zur Finanzreform (dazu Nr. 136). Beispiele für Kompetenznormen unten S. 172 ff., 193 ff. bei den Ausnahmetatbeständen und den Ermessens-Gemeinwohltatbeständen.

fassung Rheinland-Pfalz (1947), insofern sie ausdrücklich alle drei Staatsfunktionen auf das Gemeinwohl verpflichtet²⁹.

Damit bezieht sie auch die Rechtsprechung in die Bindung an das Gemeinwohl ein. Die Frage ist nur, welche Konsequenzen sich hieraus ergeben: etwa eine Bindung an das Gemeinwohl, „wie der Richter es versteht“ — parallel der Bindung an das Gesetz? Auch stellt sich die Frage, ob eine Bindung an das Gemeinwohl etwa *vor* der Gesetzesbindung besteht.

Daß die pauschale Bindung des Staates an das Gemeinwohl in den Verfassungen sich nur selten findet, hat seine besonderen Ursachen. Die Verfassungen des 19. Jahrhunderts führten Bindungen an die Verfassung ja gerade deshalb ein, weil sie dadurch das Gemeinwohl in bestimmten Beziehungen in ihrem Sinne — gegen die Gemeinwohlkompetenz des monarchischen Staates — konkretisieren wollten. Der Begriff des Gemeinwohls mußte der Verfassungsbewegung durch das monarchische Gemeinwohl belastet erscheinen. Nur bestimmte greifbare rechtliche Bindungen des monarchischen Staates waren daher mittelbar auch eine Gemeinwohlbindung.

Symptomatisch ist Art. 54 preußische revidierte Verfassung vom 31. 1. 1850, insofern hier das eidliche Gelöbnis des Königs auf die Verfassung, nicht auf das Gemeinwohl geleistet wird³⁰.

b) Die unterschiedliche Verpflichtung der drei Staatsfunktionen auf das Gemeinwohl Die tatbestandliche Verpflichtung der drei verschiedenen Staatsfunktionen auf das Gemeinwohl ist differenzierter Natur.

Die *Gesetzgebung* wird nur vereinzelt in einen ausdrücklichen Gemeinwohlbezug gebracht und überdies oft nur mittelbar, etwa wenn Grundrechtsbegrenzungen im öff. Interesse durch Gesetz für zulässig erklärt werden. Gesetzgebung war nun einmal in sich „Entscheidung“ über das Gemeinwohl. Das Gemeinwohl als Grenze für den Gesetzgeber war kein relevantes Problem.

29 Art. 1 Abs. 2: Der Staat hat die Aufgabe, die persönliche Freiheit und Selbständigkeit des Menschen zu schützen sowie das Wohlergehen des Einzelnen und der innerstaatlichen Gemeinschaften durch die Verwirklichung des Gemeinwohls zu fördern. Abs. 3: Die Rechte und Pflichten der öffentlichen Gewalt werden durch die naturrechtlich bestimmten *Erfordernisse des Gemeinwohls* begründet und begrenzt.

Abs. 4: Die Organe der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung sind zur Wahrung dieser Grundsätze verpflichtet.

Anklänge auch in Art. 1 Abs. 1 und 2 Verf. Baden-Württemberg (1953). S. ferner Art. 4 Abs. 1 S. 1 Verf. DDR (1968): Alle Macht dient dem Wohle des Volkes. In Art. 56 Abs. 1 werden die Abgeordneten der Volkskammer auf die „Interessen“ und das „Wohl des gesamten Volkes“ verpflichtet.

30 Ebenso pr. oktroyierte Verf. vom 5. 12. 1848: Art. 52; s. auch X § 1 der Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26. 5. 1818.

Erst heute ist Gemeinwohl-Kompetenz des Gesetzgebers zugleich Gemeinwohlgrenze: durch seine Bindung an die Verfassung.

Der Gemeinwohlbezug der *Regierung* — und der Rechtsetzung — kommt jedoch dort vielfältig tatbestandlich zum Ausdruck, wo sie zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt wird, und zwar im „öffentlichen Interesse“; es ist hier Kompetenz und Begrenzung. Es handelt sich vor allem um die Delegationstatbestände, die einen eigenen Typus bilden und dementsprechend gesondert untersucht werden.

Der Typus, der die *Verwaltung* tatbestandlich ermächtigt und verpflichtet, im öff. Interesse zu handeln, steht — traditionellerweise — stark im Vordergrund³¹. Er war die Konsequenz der Vergesetzlichung der Verwaltung und schuf durch das Gesetz hindurch zugleich einen „Vorbehalt der Verwaltung“. Damit hielt sich die Affinität von Verwaltung und öff. Interesse auch unter der Geltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und auch in einer wachsenden Verwaltungsgesetzgebung.

Die *Rechtsprechung* wird in der Gegenwart zunehmend zum Adressaten von Gemeinwohltatbeständen, die Kompetenzen begründen. Zu nennen sind hier die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsgesetze, jetzt der VwGO (§ 80 bzw. dessen Vorläufer). In den Verfassungsgerichtshof- bzw. Staatsgerichtshofgesetzen finden sich weitere kompetenzbegründende Gemeinwohltatbestände, insbesondere zum Erlaß von einstweiligen Anordnungen in Eil- und Notfällen³² sowie zur Durchbrechung von Geheimhaltungsanordnungen³³.

3. Nichtstaatliche Adressaten von gesetzlichen Gemeinwohltatbeständen

In dem Maße, in dem Verwaltung dem Gemeinwohl auf Grund der besonderen deutschen Entwicklung spezifisch zugeordnet erschien, in dem Maße wurden Staat und Gemeinwohl in einem Atemzug gedacht. Um so wichtiger erscheint es, die gesetzlichen Tatbestände daraufhin zu untersuchen, ob Gemeinwohl- und öffentliche Interessenwahrnehmung in der Gegenwart auch nichtstaatlichen Adressaten obliegen. Wenn ja, würde das wichtige Rück-

31 Beisp.: § 2 Abs. 4 FStrG (Einziehung von Bundesfernstraßen, u. a. wenn überwiegende Gründe des öff. Wohls vorliegen). § 104 Abs. 3 Berliner BauO: Verzicht auf Baulast, wenn ein öff. Interesse nicht mehr besteht. Ferner der Ausnahme-Ermessens-Gemeinwohltatbestand in § 86 Abs. 1 und 2, aaO; § 14 Abs. 1 SprengstVerkO N.W. vom 6. 7. 1961 (GV NW S. 254). Weitere Beisp. in den Genehmigungs- und Erlaubnistatbeständen.

32 Dazu S. 131 ff.

33 Dazu, daß die Rechtsprechung mittelbar über die verwaltungsgerichtliche Generalklausel in den Prozeß der Artikulierung öff. Interessen eingeschaltet ist, vgl. S. 277.

schlüsse auf das sich wandelnde heutige Gemeinwohl-Leitbild zulassen — denn die Frage nach dem Gemeinwohl ist immer zugleich die Frage nach der Person oder Instanz, die es „kompetent“ verwirklicht.

Die Analyse ergibt ein reiches Spektrum von nichtstaatlichen Gemeinwohl-adressaten: Es reicht von — dem Staat noch nahestehenden — Organen wie den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften über Adressaten, die im Bereich des Öffentlichen angesiedelt sind: der Presse, den Rundfunkräten, bis zum einzelnen, der in seiner grundrechtlichen — öffentlichen — Freiheit auch das Gemeinwohl wahrnehmen soll. In dem letzteren Falle schlägt das öff. Interesse jedoch gerne in Pflichten um.

Schon die Gesetzgebungsanalyse straft also die Vorstellung vom Monopol des Staates auf das Gemeinwohl Lügen. Das Ergebnis dieser Bestandsaufnahme kann auch nicht mit dem vordergründigen Argument in Frage gestellt werden, es sei ja der Staat qua Gesetzgeber, der nichtstaatliche Kräfte mit der Gemeinwohlverwirklichung betraue. Gesetzgebung ist im modernen verfassungsrechtlichen Sinn verstanden (nicht im überkommenen „staatlichen“ Sinn) kein Akt des Staates, sondern ein komplexes öffentliches, gemeinwohlbezogenes Verfahren, an dem viele beteiligt sind und das sich im Rahmen der Verfassung verwirklicht. Auch die Grundrechte sind weithin durch die „staatliche“ Gesetzgebung ausgestaltet, ohne dadurch staatlich oder verstaatlicht zu sein. MaW.: Die Anerkennung eines öff. Interesses der Presse durch den Staat bzw. durch seinen Gesetzgeber (sowie durch die Rechtsprechung) macht dieses öff. Interesse noch nicht zu einem „staatlichen“ Interesse.

Im einzelnen sind folgende repräsentative Beispiele zu nennen:

Speziell im Verhältnis der Selbstverwaltungsträger zum Staat kommt es zu einem offenen In-sich-Konflikt des Öffentlichen.

Repräsentativ — auch für kompetenzbegründende Gemeinwohltatbestände — ist Art. 71 Abs. 2 S. 1 Verfassung Baden-Württemberg:

Die Gemeinden sind in ihrem Gebiet die Träger der öffentlichen Aufgaben, soweit nicht bestimmte Aufgaben im öffentlichen Interesse durch Gesetz anderen Stellen übertragen sind³⁴.

Hier wird der Begriff der öffentlichen Aufgabe relevant. Der Gesetzgeber scheint auf ihn dann auszuweichen, wenn es um die Kennzeichnung örtlicher öff. Interessen geht. Das bedeutet, daß die öff. Interessen sich den „staatlichen

³⁴ Vgl. auch Art. 137 Hess. Verfassung (1946); Verf. Rheinland-Pfalz (1947): Art. 49 Abs. 1; § 2 Abs. 1 rh.pf. GO i.d.F. des LG vom 5. 10. 1954 (GVBl. S. 117),

Interessen“ anzunähern scheinen³⁵, genauer gesagt: Der Begriff öff. Interesse zeigt seine Staatsorientiertheit und seine „staatliche“ Tradition³⁶.

Deshalb weicht der Gesetzgeber auf die „öffentlichen Aufgaben“ aus. Das liegt in der Konsequenz des überkommenen „staatlichen“ Gemeinwohlleitbildes, ist aber von der geltenden Verfassung des GG her zu korrigieren. Dem dient ein Exkurs über den Stellenwert der „öffentlichen Aufgabe“ und die sachlichen Inhalte, die sie einem richtig verstandenen — verfassungsgemeinwohlkonformen — öff. Interesse vermittelt³⁷.

Andererseits ist gerade im Kommunalrecht auch der alte innere Zusammenhang aller öffentlichkeitsbezogenen Begriffe spürbar — wengleich nur schwach. Repräsentativ ist etwa Art. 57 Abs. 1 der GO für den Freistaat Bayern vom 25. 1. 1952:

Im eigenen Wirkungskreis sollen die Gemeinden in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die öffentlichen Einrichtungen schaffen, die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner nach den örtlichen Verhältnissen erforderlich sind³⁸.

Nicht selten finden sich Tatbestände, die bestimmte Aufgaben sowohl auf das Wohl der Allgemeinheit als auch auf die Gerechtigkeit ausrichten, so daß von dem üblichen Antagonismus oder auch der Konfliktmöglichkeit beider Größen wenig zu erkennen ist. Neben den klassischen Enteignungstatbeständen kommen hier etwa in Betracht:

35 Hier offenbart sich zugleich der Gemeinwohlbezug der Gesetzgebung.

36 Derselbe Effekt dürfte dort erreicht sein, wo eine Staatsbehörde im Namen des Gemeinwohls in die normale Zuständigkeit von Selbstverwaltungsorganen eingreift. Vgl. etwa bay. VO zur Ausführung des LStVG v. 19. 11. 1956 (BayBS I S. 338): § 7 Abs. 2. — Die im Namen des Gemeinwohls auftretende staatliche Aufsicht über die Selbstverwaltung gehört hierher.

37 In manchen Gesetzen spiegelt sich nicht ein Konflikt zwischen öff. Aufgabe und öff. Interessen, sondern ihre Übereinstimmung wider: Hess. TrümmBesG v. 21. 12. 1949 (GVBl. 1950 S. 1): § 1 Abs. 1 u. 2.

38 Ferner Nds. GO:

§ 2: Die Gemeinden sind in ihrem Gebiet die ausschließlichen Träger der gesamten *öffentlichen Aufgaben*, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen. Sie stellen . . . die für ihre Einwohner erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen *öffentlichen Einrichtungen* bereit.

§ 22 bad.-württ. KrO, die in Abs. 2 und 3 den Zusammenhang von öffentlich und öff. Wohl anklingen läßt. — VO über das Kassen-, Rechnungs- und Prüfungswesen der Gemeinden des Landes Niedersachsen vom 18. 2. 1957 (GVBl. Sb. I S. 178):

§ 100: Die überörtliche Prüfung (§ 126 NGO) soll . . . das *Interesse der Öffentlichkeit* an der gemeindlichen Finanzwirtschaft fördern.

Es dürfte neuartig sein, daß eine Aufsichtsnorm in diesem Sinne Öffentlichkeitsarbeit verlangt.

Bayerische Landesverordnung zur Ausführung des bayerischen Jagdgesetzes vom 13. 3. 1963 (GVBl. S. 55).

§ 98 Aufgaben des Jagdbeirats

Die . . . rein beratende Tätigkeit des Jagdbeirats ist zum Wohle der Allgemeinheit auf einen gerechten Ausgleich zwischen den jagdlichen Interessen und den Belangen der Land- und Forstwirtschaft sowie der Fischerei auszurichten (jetzt § 105 LVBayJG vom 10. 12. 1968, GVBl. S. 343).

Als Beispiele für nichtstaatliche Adressaten von gesetzlichen Gemeinwohl tatbeständen lassen sich anführen: § 1 Abs. 1 ApG³⁹. Selbst die grundrechtliche Freiheit ist vereinzelt schon tatbestandlich auf das Gemeinwohl ausgerichtet: z. B. in Art. 163 Abs. 1 WRV⁴⁰. So kommt das Gemeinwohl oder öff. Interesse tatbestandmäßig in vielen Lebensbereichen vor: von den unmittelbar dem „Staat“ zugehörigen Eidesformeln der Beamten über einen freien Beruf wie den der Apotheker bis hin zur grundrechtlichen Freiheit, die (auch) im privaten Interesse geschützt ist.

Beispiele für pluralistische Adressaten finden sich in den Kammer- und Sparkassengesetzen⁴¹.

Aufschlußreich sind jene Tatbestände in den neuen Pressegesetzen der Länder, in denen das öff. Interesse und die öff. Aufgabe auf die Seite der Freiheit gerückt sind und nicht mehr auf der Seite des Staates stehen⁴².

39 Den Apotheken obliegt die im *öffentlichen Interesse* gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung.

40 S. auch Art. 1 Abs. 1 bis 2 Verf. Baden-Württemberg (1953); Art. 151 Abs. 1 u. 2 BV (1946) für die wirtschaftliche Tätigkeit in Freiheit.

41 § 3 bad.-württ. KammerG vom 27. 10. 1953 (GVBl. S. 163):

Abs. 1: Die Aufgabe der Kammern ist die Vertretung und Förderung der Berufsinteressen sowie die Behandlung aller Angelegenheiten, die den Beruf, die Pflege des Gemeinsinns innerhalb des Berufs, die wissenschaftliche Fortbildung, die Wahrung der Berufsehre und die Mitwirkung bei den in Betracht kommenden Gebieten der öffentlichen Gesundheitspflege und der Volkswirtschaft betreffen.

S. noch § 10 Abs. 2 Nds. SparkG vom 6. 7. 1962 (GVBl. S. 77); § 15 Abs. 4 SparkG N.W.; § 2 Abs. 1 VO über die Beiräte für Vertriebene und Flüchtlingsfragen im Lande N.W. vom 21. 9. 1964 (GV NW 285): hier zeigt sich eine eigentümliche Verschränkung der Aufgaben des Beirats: Interessenvertretung in der Öffentlichkeit, aber auch Beratung der Behörde und der Vertriebenen selbst.

42 Dazu S. 108 f. und BV (1946):

Art. 111 Abs. 1: Die Presse hat die *Aufgabe*, im Dienst des demokratischen Gedankens über Vorgänge, Zustände und Einrichtungen und Persönlichkeiten des *öffentlichen* Lebens wahrheitsgemäß zu berichten.

S. ferner die gemeinsame Ausübung von Befugnissen im Arbeitsschutz auf dem Gebiet der Heimarbeit durch die zuständige staatliche Behörde und den paritätisch besetzten Heimarbeitsausschuß. Dazu PETERS/OSSENBÜHL, Übertragung, S. 36 f. Das im Arbeitsschutzrecht zu konkretisierende öff. Interesse (§ 28 AZO) wird nicht mehr allein vom Staat bestimmt.

4. Tendenzen und Ergebnisse der Untersuchung des aufgabenumschreibenden und kompetenzbegründenden Typus von Gemeinwohlstatbeständen

Schon jetzt lassen sich Tendenzen beobachten, die sich in der weiteren Bestandsaufnahme bestätigen und verstärken:

a) Die Verwaltung hat kein Monopol auf das öff. Interesse in dem Sinne mehr, daß Gesetzgebung und Rechtsprechung in keinem rechtlich greifbaren oder nur in einem unverhältnismäßig geringen Gemeinwohlbezug stünden. Die *salus publica* nimmt *alle* staatlichen Funktionen in Pflicht und wirkt für alle, wenn auch in unterschiedlichem Maße, kompetenzbegründend. Das ergibt schon die Verfassungs- und Gesetzesanalyse in einem relativ kleinen Sektor.

Der Staat selbst hat kein Monopol auf das Gemeinwohl (mehr). Es finden sich zahlreiche Tatbestände, in denen Adressaten von Gemeinwohlaufgaben und- kompetenzen nichtstaatliche Gruppen, Organe oder Gremien sind — insbesondere im öffentlichen Raum. Das Gemeinwohl ist zwar nicht vom Staat „abgewandert“, wohl aber in andere Bereiche vorgedrungen, die als nichtstaatliche Bereiche traditionellerweise der „Gesellschaft“ und dem Privaten zugerechnet werden. Diese Entwicklung spiegelt sich in der Gesetzgebung. Sie erkennt damit ein öff. Interesse in Bereichen an, in denen es nach bisheriger Auffassung nichts verloren hatte.

b) Das Verhältnis Gemeinwohl bzw. öff. Interesse zur Freiheit und zum Recht (Gesetz) ist modifiziert und differenziert zu sehen. Öff. Interessen und ihre Wahrnehmung stehen *auch* auf der Seite der Freiheit, nicht nur auf der des Staates⁴³. Die letzte Instanz der Freiheit gar, die Überzeugung, das Gewissen soll das Urteil darüber leiten, was im Einzelfall vom Gemeinwohl erfordert wird.

Recht und Gesetz treten in einen Gemeinwohlbezug bzw. dieser ist wieder zu erkennen: in der Ausrichtung rechtsetzender Macht auf das Gemeinwohl (im Erlaß von Rechtsvorschriften). Überdies ist der Staat „in sich“ freiheitlich in einer Weise, die dem Gemeinwohlauftrag nicht abträglich ist, sondern ihm heute gerade dient. Die Rechtskonkretisierung erfolgt nicht jenseits des Gemeinwohls. Selbst der Richter ist kompetent geworden, in Einzelfällen im öff. Interesse zu handeln, Recht zu sprechen, und: die Gemeinwohlkompetenz ist normativer Art, insofern sie auf gesetzlicher Grundlage beruht.

43 Der Begriff „öffentlich“ geht in einigen Gesetzen deutlich über die Zweiteilung öffentliches - privates Recht hinaus, besonders im StiftG von Bayern (Art. 1 Abs. 3). Vgl. auch den Zusammenhang von öff. Recht und öff. Zweck im Hess. StiftG: § 2 Abs. 1.

c) Das öff. Interesse steht dem privaten Interesse nicht per se höherwertig gegenüber. Vielmehr wird dieses tatbestandlich häufig gleichberechtigt neben jenem genannt. Verwaltung nimmt nicht selten auch private Interessen wahr, wie es etwa im Gebührenrecht vorausgesetzt ist. Verwaltung und Rechtsprechung sind — je nach dem betreffenden Gesetz — auf Schutz und Ausgleich privater und öff. Interessen gerichtet. Auf den Verwaltungsbegriff kann dies nicht ohne Auswirkungen bleiben, zumal nach den neueren Verfassungen und ihren Gemeinwohlvorstellungen und Öffentlichkeitsgehalten auch der Verwaltung der Schutz privater Interessen aufgetragen ist.

d) Der Kompetenzgedanke, in welcher Form auch immer, hat interpretatorische Konsequenzen insbesondere für die Rechtsprechung. Ihre Aufgabe ist es, Techniken zu seiner Aktualisierung zu entwickeln. Im Ermessensbereich und im Verhältnis von Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im öff. Interesse und von Grundrechten auf Verfassungsebene ist dies schon geschehen⁴⁴.

44 In den USA finden sich gemeinwohl- und öffentlichkeitsbezogene Begriffe in folg. Zusammenhängen: In kompetenzrechtlicher Form: Abschnitt 3 der Grundrechte von Virginia (1776):

That government is or ought to be instituted for the *common benefit* . . . a majority of the community has an indubitable, inalienable and indifeasible right to reform, alter, or abolish it (the government), in such manner as shall be judged most conducive to the *public weal*.

Abschnitt 6:

. . . and that all men . . . have the right of suffrage and cannot be taxed or deprived of their property for *public uses*, without their own consent, or that of their representatives so elected, nor bound by any law to which they have not in like manner assented for the *public good*. — Hier ist der Zusammenhang zwischen Repräsentativmandat und Gemeinwohl evident.

Verf. 1787 Art. 1 Abschnitt 8:

The Congress shall have Power to lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and *general Welfare* of the United States.

Section 9 Abs. 2:

The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the *public Safety* may require it. — Hier handelt es sich um einen Ausnahmegemeinwohltatbestand.

Zusatzart. 5:

. . . nor shall private property be taken for public use, without just compensation. — Zusatzart. 6: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and *public* trial.

II. „Überfrachtungen“ von Vorschriften mit Gesichtspunkten öff. Interessen: Der pluralistische Typus von Gemeinwohlklauseln

1. Problem

Repräsentativ für diesen Typus sind Vorschriften, in denen eine Vielzahl von einzelnen Gesichtspunkten öff. Interessen erschöpfend oder beispielhaft tatbestandlich normiert sind. Im guten Falle läßt sich von einem Pluralismus von Gemeinwohlgesichtspunkten, im schlimmsten Falle von einem heterogenen, ja gegensätzlichen Nebeneinander sprechen. Zu diesen Überlastungen oder Überfrachtungen⁴⁵ kann es deshalb kommen, weil die normierende Instanz von vornherein diese Vielfalt von Gesichtspunkten öff. Interesses (oder Gesetzeszwecken) berücksichtigt sehen will; die Ursache kann aber auch in einem Novellierungsprozeß liegen, insbesondere in der Form, daß ältere Gesetze durch den späteren Gesetzgeber modifiziert werden, wobei es zu Additionen kommt oder das Gesetzgebungsorgan in bezug auf die einzelnen Gemeinwohlvorstellungen oder -gesichtspunkte selbst pluralistisch aufgespalten ist und entsprechende Kompromisse geschlossen werden⁴⁶. In jedem Fall wird die Konkretisierung solcher Tatbestände ein besonderes Maß an Bereitschaft zur concordantia discordantium (*Bäumlin*) verlangen. Bei solchen Anhäufungen einzelner öff. Interessen als normativer Tatbestandsmerkmale dürfte der Handlungs- und Bewertungsspielraum der konkretisierenden Behörde und „nach“ ihr des interpretierenden Gerichts um so größer sein, je vielfältiger und bunter der Katalog der einzelnen Gemeinwohlgesichtspunkte ist. M.a.W.: Die juristische Verbindlichkeit und Geltungsqualität dürfte proportional zur Stärke und Breite des Interessenpluralismus abnehmen. Nicht zufällig ist der Typus oft mit dem prozessualen Gemeinwohltatbestand kombiniert.

2. Ausgewählte Beispiele

Beispiele finden sich in vielen Materien: im Bau-, Wasser-, Stiftungs- und Kartellrecht. Die einzelnen Tatbestände lassen sich auch unterscheiden, je nachdem ob sie diffuse oder kohärente (zusammengehörende) Gemeinwohlgesichtspunkte enthalten. Repräsentativ sind: § 5 Abs. 1 Hessische BauO vom 6. 7. 1957; ferner § 14 Abs. 1 Berliner WasserG vom 23. 2. 1960, hier erfolgt eine beispielhafte Aufschlüsselung des Gemeinwohlbegriffs durch Landesgesetz im Rahmen eines Bundesrahmengesetzes, wobei die einzelnen

45 Dazu STREISSLER, Gemeinwohlvorstellungen, der von „Überdefinition“ spricht, S. 6 mit Anm. 39-41 f.

46 Beisp. für Streichungen einzelner öff. Interessen dürften selten sein, die Tendenz scheint eher auf ihre Vermehrung zu gehen.

Gesichtspunkte miteinander in Kollision geraten können. Zwar ist vom Gemeinwohl nicht ausdrücklich die Rede, doch handelt es sich in der Sache um Gemeinwohlgesichtspunkte⁴⁷.

Landesbauordnung Rheinland-Pfalz vom 15. 11. 1961:

§ 86 Ausnahmen und Befreiungen

... können Ausnahmen gestattet werden, wenn die hierfür festgestellten Voraussetzungen vorliegen und *keine öffentlichen Belange, insbesondere* i. S. der §§ 3 bis 5, entgegenstehen.

In diesem Tatbestand sind die gemeinten öff. Belange als solche des Gesetzes normiert. Es handelt sich um den seltenen Fall einer gesetzlichen Verweisung auf Inhalte von Paragraphen und ihre Rechtsgüter und einer Verwendung des Begriffs „öffentliche Belange“, obwohl diese Paragraphen selbst diesen Begriff nicht gebrauchen (§ 3 Sicherheit und Ordnung, § 4 technische Anforderungen, § 5 gestalterische Anforderungen)⁴⁸.

Eine Legaldefinition der für das spezielle Gesetz als öffentliche Zwecke geltenden Gemeinwohlgesichtspunkte enthält Art. 1 Abs. 3 des bay. StiftG vom 26. 11. 1954. Dabei stellt sich freilich die Frage, ob diese normierten Gemeinwohlgesichtspunkte auch für Interpretationsprobleme in anderen Sach- und Rechtsbereichen aktuell werden und normierende Kraft entfalten können^{49 50}.

47 Ein redaktionell wenig geglücktes Beisp. ist § 18 Bln. WG (zu § 7 WHG); ähnlich § 17 Rh.Pf. LWG. Denn das Wohl der Allgemeinheit ist der umfassendere Begriff, dem die „Bedeutung für die Volkswirtschaft unter besonderer Berücksichtigung der wasserwirtschaftlichen Auswirkungen“ nicht einfach nachgestellt werden kann. Es ist wenig ratsam, daß der Gesetzgeber für einen einzigen Paragraphen einen engeren Gemeinwohlbegriff normiert und dann wasser- und volkswirtschaftliche Gesichtspunkte als Teilgesichtspunkte des Gemeinwohls auführt.

48 Das folg. Beisp. enthält nicht eine Vielfalt untereinander möglicherweise kollidierender Gemeinwohlgesichtspunkte. Vielmehr führt es die öff. Zwecke auf, in deren Interesse eine Enteignung zulässig ist: Art. 72 Abs. 1 bay. WG vom 26. 7. 1962. Er ist insofern mißglückt, als nicht zum Ausdruck kommt, daß die genannten Interessen ihrerseits Gesichtspunkte des Wohls der Allgemeinheit sind. Eine Redaktion im Insbesondere-Stil wäre hier sachgerechter.

49 Abs. 3 S. 2: Als öffentliche Zwecke gelten die der Religion, der Wissenschaft, der Forschung, der Bildung, dem Unterricht, der Erziehung, der Kunst- und Denkmalspflege, dem Heimatschutz und dem Sport, der Wohltätigkeit oder *sonst dem Gemeinwohl* dienenden Zwecke. — Art. 1 ist ein Beisp. dafür, daß der Gesetzgeber bei der Bestimmung dessen, was in einem einzelnen Gesetz ein öff. Zweck, ein Gemeinwohlzweck sei, nicht im luftleeren Raum schöpft: Er hält sich an bestimmte traditionelle Ausformungen des Gemeinwohls. In der Verfassung und in einfachen Gesetzen sind die Güter bereits für einzelne Bereiche als öffentliche Rechtsgüter anerkannt, die er jetzt für spezielle Gesetzesmaterien übernimmt.

In den hier präsentierten Typus sind auch jene Tatbestände einzubeziehen, die sich sachlich als Gemeinwohlklauseln darstellen, mag dies auch formell nicht klar zum Ausdruck kommen und nur mittelbar zu erschließen sein. Paradigmatische Bedeutung besitzt insoweit § 1 Abs. 3, 4 und 5 BBauG. Hier sind insgesamt eine Fülle einzelner Gesichtspunkte genannt, an denen sich die Bauleitpläne auszurichten haben. Inmitten dieser Einzelsätze der genannten Absätze findet sich dann der Satz (§ 1 Abs. 4 S. 2):

Dabei sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander abzuwägen.

Dieser Grundsatz dürfte übergeordnete Bedeutung in dem Sinne haben⁵¹, daß alle anderen, einzeln aufgeführten Gesichtspunkte (etwa soziale und kulturelle Bedürfnisse der Bevölkerung, Landwirtschaft etc.) öffentliche und private Belange sind und auch noch andere Gesichtspunkte öff. Interesses maßgebend für die Bauleitplanung sein können⁵².

In den Raumordnungsgesetzen, z. B. im Bundesraumordnungsgesetz, findet sich zwar keine tatbestandliche Gemeinwohlklausel, doch sind die in §§ 1 und 2 des Gesetzes genannten Aufgaben, Ziele und Grundsätze der Raumordnung Musterbeispiele für die Überfrachtung von Gesetzesbestimmungen mit einer unübersehbaren Vielfalt von einzelnen Gemeinwohlgesichtspunkten⁵³.

Damit gelangt er zu einem Katalog, der möglicherweise bei der Auslegung anderer Gesetze eine Rolle spielen kann. Solche traditionellen Gemeinwohltatbestände zugunsten besonderer historisch Privilegierter finden sich vor allem im Steuerrecht. Dazu S. 201 f.

50 In Art. 63 Abs. 4 bay.WG zeigt sich, wie Eigentumsbindung *und* Enteignung im Zeichen des öff. Wohls stehen.

51 KRIELE, DÖV 1967, 531 (534 ff.) knüpft an § 1 Abs. 4 S. 2 BBauG an, um den Anspruch auf Planfortbestand bei Bauleitplänen zu begründen und zu begrenzen, und sonst an das vom BVerfG zum Rückwirkungsverbot entwickelte Vertrauensschutzprinzip, vgl. BVerfGE 18, 135 (144); 14, 288 (299 ff.). Die Parallelität der Rolle des öff. Interesses in beiden Problembereichen ist augenfällig.

52 In anderen Bestimmungen des BBauG ist der „Insbesondere-Stil“ vorherrschend, so in § 35 Abs. 2 und 3.

53 Vgl. auch den nach § 9 RaumordG zu berufenden Beirat mit Sachverständigen aus vielerlei Lebensbereichen. Er zeigt, wie der Gesetzgeber heute auf den Sachverstand außerstaatlicher pluralistischer Gruppen angewiesen ist, wenn es um die Konzipierung und Realisierung von Gemeinwohlgesichtspunkten geht. S. die Beteiligung nichtstaatlicher Gruppen: VerkSichStellG v. 24. 8. 1965 (BGBl. I S. 927): § 22 Abs. 1 (§ 21 i.d.F. vom 8. 10. 1968). Bedeutsam ist § 16 GewO. Denn hier liegt eine Art „agreed legislation“ vor. Es wird eine Anhörung vor der Entscheidung u. a. darüber normiert, ob das Publikum gefährdet ist. Das Genehmigungsverfahren ist durch komplizierte Prozeduren gekennzeichnet. S. den in § 16 Abs. 3 S. 3 und 4 vorgesehenen Ausschuß.

3. Die sachlichen Hintergründe: Vor- und Nachteile des pluralistischen Gemeinwohltypus

In manchen Fällen dürfte dieser in der Gegenwart häufig werdende Typus sachlich gerechtfertigt sein; so etwa bei den Katalogen möglicher Enteignungszwecke. In anderen ist er eher Ausdruck einer Hilflosigkeit des Gesetzgebers, selbst normativ hinreichend deutlich die Gesichtspunkte herauszustellen, die solche öff. Interessen sein sollen. Der Gesetzgeber entzieht sich durch Flucht seiner Normierungs- und Gemeinwohlbewertungsaufgabe. Er schafft einen weiten Vorbehalt der Verwaltung mit der Folge, daß die Gerichte nur sehr begrenzt die Berücksichtigung von Art und Gewicht der einzelnen Gemeinwohlg Gesichtspunkte nachprüfen können, zumal ihre Rangordnung nicht fest, sondern beweglich erscheint. Dementsprechend werden vor allem bei diesem pluralistischen Typus von Gemeinwohlklauseln die verfahrensmäßigen Maßstäbe aktuell. Auch dürften die Fälle zahlreich sein, in denen die Gemeinwohltatbestände ausdrücklich mit Verfahrensgarantien sowie mit Delegationsmöglichkeiten gekoppelt sind.

Die öff. Interessen erleiden in den fraglichen Fällen freilich einen Profilverlust; der Tatbestand bleibt in seinen Konturen oft unscharf und unbestimmt; um so größere Anforderungen sind an die konkretisierenden und aktualisierenden Instanzen gestellt. In langjähriger Fallgruppenbildung mag es der Praxis gelingen, diesen Gemeinwohltatbeständen schärferes normatives Profil zu geben, materielle Richtlinien herauszuarbeiten, ohne jedoch einen Status quo bestimmter Gemeinwohlg Gesichtspunkte entgegen dem Gesetz zu zementieren und damit den Öffentlichkeitsbezug der Gemeinwohlgüter zu gefährden.

Freilich läßt sich auch eine — positive — Gegenrechnung aufmachen. Der Pluralismus von normativen Gemeinwohlg Gesichtspunkten, den der Gesetzgeber offen oder versteckt (als „Zwecke“ des Gesetzes) normiert, ist nicht nur Ausdruck seiner Hilflosigkeit oder Überforderung. Der Gesetzgeber, der in vielen Gesetzen „Staats“zwecke, und das heißt heute: öffentliche Gemeinwohlg halte, gesetzlich in die Wirklichkeit umsetzen will, gibt offen zu erkennen, daß er eine Vielzahl von Gesichtspunkten öff. Interessen berücksichtigt sehen will. Er geht nicht mehr selbstverständlich und wie früher allzu selbstverständlich von einer geschlossenen, vorgegebenen, monistischen Gemeinwohlvorstellung aus, die notwendig zu Fiktionen geführt hat und führen muß. Vielmehr gibt er den öffentlichen Pluralismus, in dem die res publica und er selbst stehen, offen und ehrlich zu erkennen. So gesehen kann es auch eine Erleichterung für die Verwaltung (und begrenzt für die Rechtsprechung) bedeuten, wenn der Gesetzgeber Gemeinwohltatbestände überfrachtet: Sie hat gewisse Anhaltspunkte, kann sich konkreter orientieren als an „unbenannten“ öff. Interessen und fühlt sich auch stärker zur gestaltenden Aktivi-

tät herausgefordert als durch bloße Verweisung auf „das Gemeinwohl“. Versteckt dürfte der Gesetzgeber freilich auch dort in seinen Einzelnormen Gesichtspunkte zum Ausdruck bringen, wo er sie nicht als „Zwecke“ oder in einem bunten Katalog einzelner Gesichtspunkte öff. Interessen ausdrücklich vorwegpostuliert. Verwaltung und Rechtsprechung müssen sich in diesen Fällen stärker in das Gesetz als normative Gemeinwohlgestalt, seine Details und in die von ihm geregelten Lebensverhältnisse „hineindenken“. Und: sie sind Vehikel der normierenden Kraft öff. Interessen.

4. Interpretationsfragen

Ähnlich wie im Ermessensbereich stellt sich beim pluralistischen Gemeinwohltypus, zumal des Insbesondere-Stils, die Frage, aus welchen Sach- und Rechtsgebieten welche bestimmten öff. Interessen relevant werden dürfen, inwieweit mit dem Argument des Sachzusammenhangs gearbeitet werden kann, ob es als zweck- und sachwidrig erscheint, gerade die Wertung öff. Interessen zu berücksichtigen, die in dieser oder in jener benachbarten Norm zum Ausdruck gekommen ist (Gemeinwohlanalogie). Die Interpretation — durch Verwaltung und Rechtsprechung — ist damit deutlich in den staatlichen Gemeinwohlauftrag gestellt. Zumal die Rechtsprechungsfunktion erlangt einen ungewohnten Stellenwert in der Gemeinwohlrealisierung — mag er sich auch in enger Anlehnung an „gemeinwohllhaltige“ Normen einerseits, an von der Verwaltung oder Regierung vorformulierte Gemeinwohlgesichtspunkte andererseits entfalten, und mag die Judikatur sich um so mehr zurückzuhalten haben, je pluralistischer und offener der Tatbestand ist. Diese Einbeziehung der Rechtsprechung in die normative Gemeinwohlfunktion ist eine allgemeine Erscheinung der Gegenwart, die sich punktuell bei der Aufbereitung der einzelnen Typen normativer Gemeinwohltatbestände nachweisen läßt. Zusammen mit den Ergebnissen der Rechtsprechungsanalysen wird sie ein — verglichen mit früher — geändertes Bild von der Rolle des öff. Interesses überhaupt und dem starken Engagement der Judikative in seiner „offenen“ Ermittlung ergeben („Gemeinwohlsjudikatur“).

Weitere dogmatische Fragen im Bereich dieses Gemeinwohltypus stellen sich für die Fälle, in denen im „Insbesondere-Stil“ bestimmte öff. Interessen aufgezählt sind, also im übrigen ein Blankett für unbenannte Gemeinwohlgesichtspunkte normiert ist. Sind damit nur mindestens gleichgewichtige und gewichtigere andere Gemeinwohlgesichtspunkte in Bezug genommen? Sind sie aus der Kompetenz des (konkreten) Gesetzgebers heraus zu begrenzen? Ist diese die äußerste Grenze für die betreffenden öff. Interessen entsprechend dem Grundsatz, daß die Verwaltungskompetenz nicht weiter reicht als die Gesetzgebungskompetenz? Die letztgenannte Frage zeigt, wie schwierig die Einordnung von Problemen des öff. Interesses in das — starre — Gewalten-

teilungsdogma ist. Wird die Verwaltung, die vom Gesetzgeber nicht genannte öff. Interessen konkretisiert, hier „als Gesetzgeber“ tätig? Ist darum die Verwaltung an den Kompetenzbereich der Gesetzgebung gebunden? Oder ist dem nicht so, weil Konkretisierung öff. Interessen dem Koordinatensystem der Gewaltenteilung nicht ohne weiteres oder jedenfalls nur modifiziert folgt? Auf diese Frage kann erst nach einer grundsätzlichen Untersuchung der Bedeutung des öff. Interesses im Rahmen der staatlichen Gemeinwohlfunktionen geantwortet werden. Hier genügt der Hinweis, daß die eminent praktische Frage theoretischer Fundierung bedarf und sich als Frage erst durch die Systematisierung der Gemeinwohlratbestände in ihrem vollen Gewicht formulieren läßt.

5. Rechtsprechungsfunktion und pluralistischer Gemeinwohlratbestand

Geht man bei der Frage, in welchem Ausmaß und in welchen Grenzen die Rechtsprechung sich bei den pluralistischen Gemeinwohlratbeständen „kontrollierend“ einzuschalten hat, von einem funktionell-rechtlichen Ansatz aus, so bedeutet das: je pluralistischer der Tatbestand ist, d. h., je mehr verschiedene Gesichtspunkte öff. Interessen vom Gesetzgeber normiert sind, desto größer soll die Zurückhaltung des Gerichts sein, desto größer ist auch der Gestaltungsraum für die Gemeinwohlverwaltung. Die öff. Interessen wirken insoweit als Vorbehalt der Verwaltung (und als Vorbehalt des Einzelfalls). Praktisch läuft das darauf hinaus, daß bei den stark pluralistischen Gemeinwohlratbeständen der öffentlichen Verwaltung ein „Ermessens“-Spielraum zukommt und dementsprechend auch die gerichtliche Kontrolle ausfällt. Dies um so mehr, als dieser Tatbestandstyp meist mit Ermessenratbeständen gekoppelt ist. Die Verwaltung hat zunächst einmal die „Vorhand“. Wo überdies die pluralistischen Gemeinwohlratbestände mit dem prozessualen Gemeinwohlratbestand verknüpft sind, kann dieser als Anhaltspunkt dafür gewertet werden, daß sich die Gerichte auf die Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensgarantien zu konzentrieren haben. Nur von solchem funktionell-rechtlichen Ansatz aus erscheint es auch möglich zu klären, ob die Gerichte etwa im Sinne eines „Vorbehaltes des Einzelfalls“ — unter ihm steht die Abgrenzung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen als Formen unterschiedlicher Intensität der richterlichen Kontrolle — die Konkretisierung der einzelnen Gesichtspunkte öff. Interesses durch die Verwaltung qua unbestimmter Rechtsbegriff oder qua Ermessen nachprüfen dürfen.

Dabei kann es durchaus vorkommen, daß der eine Begriff Ermessensbegriff, der andere gleichzeitig im betreffenden Tatbestand verwendete Begriff unbestimmter Rechtsbegriff ist (Mischtatbestand), obwohl beide Begriffe verschiedene Teilgesichtspunkte öff. Interesses umschreiben. Entsprechendes gilt für

die Verwendung desselben Begriffs in den verschiedenen Gesetzen. Die Art und Weise, wie die Verwaltung diese beiden Begriffe „mischt“ und sie inhaltlich als Teilgesichtspunkt öff. Interessen konkretisiert, wird sich jedoch meist der „vollen“ richterlichen Nachprüfung entziehen (normierende Kraft öff. Interessen als normierende Kraft der Verwaltungspraxis).

6. Der pluralistische Gemeinwohlbestand als Ausdruck der heutigen Verfassung

In jüngster Zeit normiert der Gesetzgeber zunehmend pluralistische Gemeinwohlbestände. Das entspricht dem Selbstverständnis der Gegenwart und vor allem der — offenen — Verfassung. Denn das GG setzt eine Vielzahl von Gesichtspunkten öff. Interessen voraus, die in „praktische Konkordanz“ (*Hesse*) zu bringen ständige — verfahrensbedingte — Aufgabe der Staatsfunktionen als normativer Gemeinwohlfunktionen — unter Mithilfe nichtstaatlicher Gremien (wie Beiräte und Pluralgruppen) — ist. Die vielerlei Gemeinwohlinhalte der Verfassung werden so oft in ein einziges Gesetz „projiziert“, der Ausgleich und ihre Zusammenordnung seiner Interpretation zur Aufgabe gemacht.

Die gesetzgeberischen Tatbestände sind insofern ein echter Spiegel für den öffentlichen Pluralismus der über den „Staat“ in die Öffentlichkeit hinausweisenden Gemeinwohlvorstellungen heutiger Zeit. Sie erscheinen als Bestätigung der pluralistischen Gemeinwohltheorie (*Fraenkel*). Der Gesetzgeber gibt diesen Pluralismus „nach unten“ weiter, sofern dieses Bild angesichts der arbeitsteiligen Gemeinwohlkonkretisierung durch die drei Staatsfunktionen überhaupt noch brauchbar ist. In diesen Pluralismus gehört auch das („schutzwürdige“, „berechtigte“ oder sonst normativierte) private Interesse. Oft ist es ja als ein Gesichtspunkt neben einer Reihe öff. Interessen genannt.

III. Die tatbestandliche Koppelung öffentlicher mit (gegen) privaten Interessen

1. Problem und ausgewählte Beispiele

Durch diesen Typus werden die Vorschriften systematisiert, in denen neben den öffentlichen oder Gemeinwohlinteressen ausdrücklich oder versteckt auf private Interessen tatbestandlich Bezug genommen ist. Die privaten Interessen können materiell oder verfahrensmäßig angesprochen sein. Der Grundtypus tritt in den verschiedensten Abwandlungen auf. Sachlich stellt er die Frage nach der Natur des privaten Interesses als Gegen- oder Ergänzungsbegriff, als eigenständigem Begriff oder als immanentem Bestandteil des öff.

Interesses bzw. Gemeinwohls. Auch wird zu untersuchen sein, ob und — wenn ja — warum die Relevanz privater Interessen tatbestandlich gewöhnlich sehr viel genauer umrissen ist als die konkurrierender öff. Interessen⁵⁴. Die gesetzgeberische tatbestandliche Forderung nach Abwägung öff. mit privaten Interessen dürfte erst in neuerer Zeit häufiger auftreten. Das hängt mit dem Wandel der Verwaltungsfunktion und der geänderten Verfassungsrechtslage zusammen, die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei „Eingriffen“ die optimale Berücksichtigung der betroffenen privaten Interessen fordert. Verwaltung als auch auf privaten Interessenschutz gerichtete Tätigkeit ist in einzelnen Problemlagen der Rechtsprechung seit längerem vertraut und z. B. in den Gebührengesetzen vorausgesetzt. In der Gesetzestechnik zu den Gemeinwohltatbeständen hat sie jedoch keine Tradition, die dem selbständig, unabhängig vom, ja gegen das Privatwohl normierten „öff. Interesse“ entspräche. Die Bestandsaufnahme gesetzgeberischer Tatbestandsnormierung und -technik wird insofern zu einem Spiegelbild grundsätzlicher Entwicklungen und traditioneller Restbestände. Ein weiterer Grund hat die Koppelung von „Privatwohltatbeständen“ mit Gemeinwohlklauseln verhindert, bzw. nicht erforderlich erscheinen lassen: Das „eingreifende“ Gesetz umschrieb eben durch seinen Tatbestand und dessen exakte Profilierung den Bereich, bis zu dem das Privatwohl geschützt, bzw. in den im Zeichen des öff. Wohls in die (gesellschaftliche) Freiheit eingegriffen werden konnte. In dem Maße, in dem Verwaltung sich nicht mehr auf Eingriffsverwaltung reduzieren läßt, wird auch die Erweiterung der Gesetzestechnik zur Verwaltungsgesetzgebung erforderlich.

Materielle Bezugnahmen auf das private Interesse oder Privatwohl als Gegenspieler oder Pendant, als Contrebalance oder immanenten Bestandteil von öff. Interessen und Gemeinwohl finden sich in Gestalt einfacher Abwägungsverpflichtungen⁵⁵. Mitunter ist auch farbloser von „Abwägung der verschiedenen Belange“ die Rede⁵⁶. Eines der älteren Beispiele für Privatwohl-

54 Der Sonderfall einer Konkurrenz verschiedener öff. Interessen untereinander ist unter der Kategorie der pluralistischen Gemeinwohltatbestände behandelt. Daß ein Gesetz ausdrücklich bestimmte öff. Interessen gegen unbenannte, andere öff. Interessen stellt, ist selten. Häufiger dürfte ein „Dreiecksverhältnis“ der Art sein, daß bestimmte öff. Interessen untereinander und diese mit bestimmten privaten Interessen konkurrieren.

55 Vgl. § 1 Abs. 4 S. 2 BBauG: Dabei sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht (!) abzuwägen.

56 § 13 Abs. 2 S. 4 WPflG. Damit sind nicht nur verschiedene öff. Belange gemeint (In-sich-Konflikt öff. Interessen). Vielmehr sind auch die privaten Belange des betroffenen Wehrpflichtigen mitzubehütenden. Das dürfte aus Abs. 3 S. 2 zu folgern sein, wonach das Lebensalter als Differenzierungskriterium ausdrücklich genannt ist. Abgesehen davon steht den Kirchen und Religionsgemeinschaften, soweit sie Körperschaften des öff. Rechts sind, für ihre Bediensteten nach Abs. 2

klauseln dürfte in § 11 GastG zu finden sein. Der Gesetzgeber geht dabei als selbstverständlich davon aus, daß, wenn nicht anderes bestimmt ist, die Verwaltung sich am öff. Interesse zu orientieren hat.

Abs. 1: Dem Inhaber einer Gast- oder Schankwirtschaft können ... Auflagen gemacht werden:

- a) zum Schutz der Gäste, Angestellten und Arbeiter gegen Gefahren für Leben, Gesundheit oder Sittlichkeit,
- b) zum Schutz der Bewohner des Grundstücks und der Nachbargrundstücke sowie der Bevölkerung gegen erhebliche Nachteile oder Belästigungen.

Damit sind bestimmte private Interessen geschützt. Selbst dort, wo wie in § 2 Abs. 1 Ziff. 4 GastG tatbestandsmäßig nur von öff. Interessen die Rede ist, hat die Judikatur private Interessen in den Schutzbereich der Norm miteinbezogen⁵⁷.

Prozessuale Bezugnahmen auf private Interessen, Interessen anderer, Dritter oder ähnl. sind häufig. Sie begegnen in Gestalt der Einräumung von Anhörungsrechten, Mitteilungspflichten, Einspruchsrechten etc. gegenüber Dritten. Die Skala der Koppelung von Verfahrensprozeduren mit Gemeinwohlklauseln ist an anderer Stelle („prozessualer Gemeinwohlbestand“) im Hinblick darauf untersucht, daß der Gesetzgeber neben der Beteiligung öffentlicher Verwaltungsträger auch Private und deren Interessen mitberücksichtigt sehen will.

Als repräsentative Beispiele für die neuere Entwicklung mit ihren differenzierten und normativierenden Abwägungsklauseln, in denen öffentliche und private Interessen tatbestandlich neben- und miteinander auftreten, folgen Vorschriften aus den Pressegesetzen, aus dem Eisenbahn- und Wasserrecht.

Nordrhein-westfälisches LpresseG von 1966:

§ 4 Informationsrecht der Presse

Abs. 2: Ein Anspruch auf Auskunft besteht nicht, soweit ...

3. ein *überwiegendes* öffentliches oder ein *schutzwürdiges* privates Interesse verletzt würde⁵⁸.

S. 2 ein Vorschlagsrecht zu. Diese machen damit ihre „privaten“ Interessen geltend; jedenfalls können sie nicht mit den Verwaltungsbehörden gleichgestellt werden. Auch dann, wenn man die Kirchen etc. dank ihres Öffentlichkeitsstatus öff. Interessen vertreten läßt, muß jedenfalls zwischen den staatlichen öff. und diesen öff. Interessen unterschieden werden. — Gemeinwohlbestimmungen, die im WHG im Zusammenhang mit privatem Interessenschutz zu sehen sind: § 4 Abs. 1 S. 2, § 6, § 8 Abs. 3.

⁵⁷ Zur Deutung des § 17 DVO VereinsG zu § 13 Abs. 2 VereinsG vgl. S. 74 f.

⁵⁸ Ferner Berliner PresseG von 1965: § 4 Abs. 2 Ziff. 2 u. 4. — § 36 g Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 PatG: Ausschluß der Öffentlichkeit der Verhandlungen vor Beschw. Sen. auch dann, wenn sie eine Gefährdung schutzwürdiger Interessen des Antragstellers besorgen läßt. S. auch das „eigene schutzwürdige Interesse“ in § 46 d PatG.

Hier erfolgt eine Gleichstellung privater mit öff. Interessen — aber das normativierende Moment der Schutzwürdigkeit bringt doch wieder einen Gesichtspunkt öff. Interessenwertung ins Spiel.

Bemerkenswert ist Art. 30 bay. WasserG. Denn hier wird vom Interesse einzelner gefordert, daß es rechtlich geschützt sei, während dieser normative Bezug beim Wohl der Allgemeinheit — aus Gründen der Tradition! — nicht bestimmt ist⁵⁹. Eine schwächere Relevanz der öff. Interessen findet sich im preußischen KommunalabgabenG (1893) — „unter Berücksichtigung“ öff. Interessen⁶⁰. Eine bemerkenswerte Verstärkung des Interesses eines Beteiligten durch das Adjektiv „überwiegend“, das der Gesetzgeber bei öff. Interessen oft nicht ausdrücklich bestimmen zu müssen glaubt, findet sich in § 19 Abs. 1 b nordrhein-westfälisches WG zu § 2 WHG.

Härteklauseln (oft mit dem Adjektiv „zumutbar“ verbunden) — sie sind für die neueren gesetzlichen Gemeinwohlstatbestände und -leitbilder (und die Gemeinwohlljudikatur) überaus kennzeichnend und zielen offenbar auf Einzelfallgerechtigkeit — kommen in den unterschiedlichsten Rechtsmaterien vor; so im Verwaltungsvollstreckungs-⁶¹, Bau-⁶², Verwaltungsprozeß- (§ 80 Abs. 4 S. 3 VwGO) und im Polizeirecht⁶³.

59 Weitere diff. Tatbestände: §§ 9 Abs. 2, 13 Abs. 4, 30 Abs. 5 N.W. EisenbG (1957). Art. 79 Abs. 1 WüEVRO (1931): Die Beseitigung der auf Grund eines nichtigen Verwaltungsaktes aufgeführten Anlagen, Bauten und sonstigen auf Dauer bestimmten Vorrichtungen kann nur dann angeordnet werden, wenn der geschaffene Zustand einer Rechtsvorschrift widerspricht, auch die Beseitigung durch *erhebliche öffentliche oder Einzelinteressen* gefordert wird und ohne unverhältnismäßige Schädigung des Betroffenen möglich ist.

60 § 4 Abs. 3. Ähnlich § 8 Abs. 4 G über Gebühren und Beiträge Berlin v. 22. 5. 1957 (GVBl. S. 516). S. noch G über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. 6. 1874 (PrGS NW S. 47):

§ 14 Abs. 1: Der Unternehmer ist zugleich zur Einrichtung derjenigen Anlagen an Wegen, Überfahrten, Triften . . . verpflichtet, welche für die benachbarten Grundstücke *oder* im öffentlichen Interesse durch Sicherung gegen Gefahren und Nachteile notwendig werden.

61 Hess. VwVG v. 4. 7. 1966 (GVBl. I 1966 S. 151), § 29 Abs. 1: Die Vollstreckungsbehörde hat . . . die Vollstreckung einzustellen, Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben, wenn und soweit die Vollstreckung *unter voller Würdigung* des öffentlichen Interesses an der Vollstreckung wegen ganz besonderer Umstände eine *unzumutbare Härte* für den Pflichtigen bedeutet. — S. auch § 78 Abs. 2 ebd. — VwVG für Rheinland-Pfalz v. 8. 7. 1957 (GVBl. S. 101): § 24 Abs. 1.

62 LBauO für Rheinland-Pfalz: § 86 Ausnahmen und Befreiungen

Von baurechtlichen Vorschriften, die nur als Regel- oder Sollvorschriften aufgestellt sind oder bei denen die Zulassung von Ausnahmen vorgesehen ist, können Ausnahmen gestattet werden, wenn die hierfür festgesetzten Voraussetzungen vorliegen und keine öffentlichen Belange, insbesondere i. S. der §§ 3 bis 5 entgegenstehen.

Differenziertere und normativierte Interessenabwägungsklauseln entsprechen dem Stil neuerer Gesetze. Während sich ältere Vorschriften mit dem Hinweis auf das oder die öff. Interessen begnügen, das private Interesse allenfalls als zurücktretende Größe erwähnen, bietet sich heute ein anderes Bild. Die Zwecke und Interessen des betreffenden Gesetzes, das private Interesse und das Wohl der Allgemeinheit werden in einen offen gedachten und elastisch konzipierten, pluralistischen normativen Abwägungsprozeß einbezogen. Repräsentativ ist etwa § 37 FlurbG zur Neugestaltung des Flurbereinigungsgebiets⁶⁴. Eine besondere Analyse verdient § 17 des VerksichstellG (1965), jetzt § 16 (1968). Der Interessenausgleich wird bei der Ausführung dieses Gesetzes — in Gestalt von Rechtsverordnungen oder Maßnahmen — vom Gesetzgeber selbst geordnet und zur ständigen Aufgabe erklärt. Das ist ein durchaus neuer gesetzestechnischer Stil. Der Gesetzgeber gibt der Exekutive den Interessenausgleich sozusagen mit auf den Weg. Einem neuen Gemeinwohlleitbild des Gesetzgebers gehören auch die Enteignungstatbestände an, insofern sie bei der Bestimmung der Entschädigung eine „gerechte Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten“ verlangen (vgl. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Als Beispiel mag § 17 Abs. 1 ErnährsichstellG gelten (1968). Der Topos der Gerechtigkeit geht hier mit dem Gemeinwohl eine denkbar enge Synthese ein. Dabei ist vorausgesetzt, daß Gerechtigkeit als Zielformel und Regulativ überhaupt etwas für den normativen Abwägungsprozeß hergeben kann. Zugleich kommt zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber Gerechtigkeit und Gemeinwohl nicht mehr dualistisch einander entgegengesetzt (siehe auch § 1 Abs. 4 S. 2 BBauG).

Abs. 2: Von zwingenden baurechtlichen Vorschriften kann auf schriftlichen, zu begründenden Antrag Befreiung gewährt werden, wenn

a) die Durchführung der Vorschrift im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung *auch unter Berücksichtigung* nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist oder

b) Gründe des allgemeinen Wohls die Befreiung erfordern. — (Alternative: a) öff. Belange als Sperre, b) allg. Wohl als Forderung (!).)

Ähnlich wie § 86 Abs. 2: Art. 88 Abs. 2 Bay.BauO von 1962.

63 Berliner PolVO über die Benutzung von Gebäuden zum Wohnen und Schlafen v. 5. 8. 1958 (GVBl. S. 747): § 13; er ist zugleich ein Beisp. für eine Überschneidung mit dem Ausnahmetypus; vgl. ferner die „Parallelschaltung“ zwingender Vorschriften mit überwiegenden Interessen.

64 Abs. 1: Das Flurbereinigungsgebiet ist unter Beachtung der jeweiligen Landschaftsstruktur neu zu gestalten, wie es den gegeneinander abzuwägenden Interessen der Beteiligten entspricht und wie es das Wohl der Allgemeinheit erfordert . . .

Abs. 2: Die Flurbereinigungsbehörde hat dabei die rechtlichen Verhältnisse zu ordnen, die öffentlichen Interessen, vor allem die Interessen der allgemeinen Landeskultur, zu wahren und den Erfordernissen der Landesgestaltung und Landesplanung, des Naturschutzes . . . Rechnung zu tragen.

2. Deutung der gegenwärtigen Tendenzen differenzierterer Verweisungstechniken auf private Interessen

Gleichstellung mit öff. Interessen, ausdrückliche Forderung nach deren Höherwertigkeit, private Interessen in Härteklauseln, Bezugnahmen auf den Rechtswert, Normativierungen auf dem Hintergrund des traditionellen Stellenwerts des privaten Interesses im Verhältnis zum Gemeinwohl

Verglichen mit heute, stand das öff. Interesse früher in einem unkomplizierten Verhältnis zum privaten Interesse: Es ging ihm nicht nur im Zweifel, sondern selbstverständlich vor und trat ihm als eine geschlossene Einheit (nicht als pluralistische Vielfalt wie heute) gegenüber. Das hat sich in den älteren Tatbeständen öff. Interesses niedergeschlagen. Der Gesetzgeber formulierte sie aus einer Gemeinwohlkonzeption heraus, der das private Interesse per se nachgeordnet war. Das zeigt sich darin, daß in den Gemeinwohltatbeständen früherer Zeit und denen, die noch aus älteren Gesetzgebungsperioden stammen und bis heute Geltung behalten haben, das private Interesse vielfach fehlt oder der Vorrang des öff. Interesses als selbstverständlich vorausgesetzt ist. In neuerer Zeit wird das private Interesse häufiger mit öff. Interessen tatbestandlich gekoppelt; es wird die notwendige Vorrangigkeit des Gemeinwohls ausdrücklich gefordert, oder es werden sonstige verschärfende Anforderungen an das öff. Interesse gestellt. Gedacht ist an die Klauseln zum „besonders dringlichen öff. Interesse“, ferner an Tatbestände wie „soweit das öff. Interesse überwiegt“, „rechtlich“ geschützte oder „schutzwürdige“ private Interessen. Das zeigt, daß nach heutigem Verständnis (des Verfassungsrechts und seiner Gemeinwohleitbilder) das öff. Interesse eben nicht mehr schon an sich höherwertig ist.

Nach alledem scheint sich der moderne Gesetzgeber „des“ oder der öff. Interessen weit weniger sicher zu sein als etwa der des 19. Jahrhunderts. Er stellt sie überdies in einen Gerechtigkeitsbezug, insofern zuweilen von „gerechter“ Abwägung die Rede ist. Der frühere Gesetzgeber hatte ein vergleichsweise naives Verhältnis zu den Gemeinwohlzwecken. Er setzte sie als selbstverständlich, als sich aus dem Gesamtbestand öff. Ordnung, öff. Rechtsanschauungen und öff. Rechtsmoral ergebend, voraus. Der moderne Gesetzgeber besitzt ein geringeres Selbstbewußtsein. Er normiert etwa lange Gesetzeszweckkataloge, die ihrerseits oft wieder nur Beispiele sein wollen.

Die Tatbestandstechnik zu öff. und privaten Interessen, und damit die Gemeinwohleitbilder in Gesetzesnormen, ist noch in anderer Hinsicht differenzierter geworden — sie nähert sich insoweit der Verfassungslage des GG an. In einer Reihe von Vorschriften ist das private Interesse in seiner Eigenschaft als Voraussetzung für das Eintreten einer bestimmten Rechtsfolge dem öff. Interesse als Alternative gleichgeordnet. Auf den Verwaltungsbegriff bleibt

das nicht ohne Folgen. Repräsentativ ist insoweit § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO. Danach entfällt die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage u. a. nur in den Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öff. Interesse *oder* im überwiegenden Interesse eines Beteiligten besonders angeordnet wird. Das Interesse eines Beteiligten — in manchen Vorschriften heißt es auch: das private Interesse — hat damit einen anderen Stellenwert erhalten: Es steht gleichrangig neben dem öff. Interesse. Symptomatisch ist freilich, daß der Gesetzgeber dem Interesse eines Beteiligten das Adjektiv „überwiegend“ beibringt, während er das beim öff. Interesse nicht getan hat⁶⁵. Hier lebt die alte Tradition der selbstverständlichen Höherrangigkeit des öff. Interesses fort. Wissenschaft und Rechtsprechung haben sich freilich ungeachtet der Tatbestandsformulierung von diesem Dogma befreit: sie verlangen eine differenziertere Abwägung der konkurrierenden öff. Interessen.

Diese stärkere Differenzierung der Tatbestände zeigt sich auch darin, daß in heutiger Zeit zunehmend „Dreiecksverhältnisse“ nachweisbar sind. Gemeint sind die Tatbestände, die bestimmte private Interessen einer Seite mit bestimmten privaten Interessen der anderen Seite unter Berücksichtigung der öff. Interessen oder des Gemeinwohls abgewogen wissen bzw. dieses nicht verletzt sehen wollen⁶⁶.

Mitunter wird das private Interesse auch dadurch „verstärkt“ (normativiert), daß es als „schutzwürdiges“ oder „rechtlich geschütztes“ privates Interesse postuliert wird. Es erhält dadurch einen versteckten Bezug zu Werten öff. Interesses — insofern die Schutzwürdigkeit nicht ohne Gesichtspunkte öff. Interessen bestimmt werden kann⁶⁷; gleiches gilt für den rechtlichen Schutz von privaten Interessen. Dabei erhält das Gemeinwohl mittelbar selbst einen Bezug zum Rechtswert. Diese zunehmende Verwendung des privaten Interesses als Tatbestandsmerkmal neben oder gegenüber dem öff. Interesse spiegelt ein gewandeltes Selbstverständnis von Gesetzgebung und Verwaltung und ihren Funktionen wider. Punktuell kommt hier tatbestandstechnisch zum Ausdruck, was auf grundsätzlichen Wandlungen beruht. Das öff. Interesse hat sein bisheriges, undifferenziertes Monopol darauf, der ausschließliche Leitwert für Gesetzgebungs- und Verwaltungshandeln im Bereich offener Tatbestände zu sein, zum Teil eingebüßt. Das private Interesse erreicht auf den unterschiedlichsten Wegen Relevanz und Gewicht. Es gewinnt offen einen bedeut-

65 S. aber § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO: „Unbillige, nicht durch *überwiegende* öff. Interessen gebotene Härte.“

66 Vgl. als Beisp. § 86 Abs. 1 und 2 N.W. WG.

67 Vgl. das Beisp. aus dem preußischen WG und die Kommentierung durch HOLTZ, I, S. 252.

samen Stellenwert in dem Leitbild der Gesetzgebungs- und Verwaltungsaufgaben. Der Gesetzgeber beginnt seine Tatbestände — gerade zusammen mit denen des öff. Interesses — umzuformulieren. Während etwa im (aufgeklärten) Absolutismus am Problemhorizont des öff. Interesses das private Interesse entweder überhaupt nicht auftauchte oder aber nur negativ, insofern es dem öffentlichen (gemeinschaftlichen) zu weichen hatte, wenn zwischen beiden ein „wirklicher“ Widerspruch eintrat (vgl. §§ 74, 75 Einl. Preußisches ALR), hat es jetzt einen positiven Stellenwert erhalten. Anders formuliert: in den Leitbildvorstellungen, aus denen heraus der Gesetzgeber seine Tatbestände formuliert, hat das private Interesse einen wachsenden — positiven — Inhalt gewonnen.

Eine besondere Form, in der das private Interesse heute tatbestandlich positiven Stellenwert gewinnen kann, ist die versteckte Verweisung. Die Vorschrift gebraucht Begriffe und Merkmale, die in versteckter Form die Berücksichtigung privater Interessen fordern — und zwar gerade beim „Auswiegen“ öff. Interessen. Hier ist es oft ein Werk der Rechtsprechung, diese privaten Interessen als solche ans Licht gehoben zu haben. Das zeigt sich vor allem in der Judikatur zur Klagebefugnis. Hier sieht die Rechtsprechung oft sehr weitgehend bestimmte Rechtsnormen als nicht nur im öff., sondern auch im privaten Interesse erlassen an. Dadurch macht sie sich zum Anwalt privater Interessen in Bereichen, die früher ihrer Zuständigkeit entzogen waren. Sie erweitert durch diese Techniken ihre Kompetenz und schaltet sich, im Grunde auch hier stückweise, in die Gemeinwohlformulierung mit ein — wenn auch auf dem „Umweg“ über das private Interesse.

3. Öffentliche Rechtsprechungsfunktion und differenzierte Interessenabwägungsklauseln

Wenn in der Gegenwart das private Interesse in Gemeinwohlstatbeständen häufiger und differenziert auftritt, so ist dies auch eine Konsequenz der Rechtsprechung und ihrer gewandelten Funktion: Sie hat sich seit der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel der privaten Interessen in nie gekanntem Ausmaß annehmen können, hat das private Interesse positiv in den Auslegungsprozeß der öff. Interessen eingeführt, war schon immer nach Möglichkeit (psychologisch und institutionell) Anwalt des privaten Interesses gegenüber dem öff. Interesse. Wenn der heutige Gesetzgeber seine Gemeinwohlstatbestände gegenüber dem privaten Interesse differenzierter formuliert, so anerkennt er dabei nur eine Entwicklung, die die Rechtsprechung auf vielen Gebieten (von der Verfassung legitimiert) kräftig vorantreibt. Einmal mehr zeigt sich, daß und wie die Rechtsprechungsanalysen unentbehrliches Hilfsmittel sind, die gesetzgeberischen Gemeinwohlstatbestände in ihrer Zeitgebundenheit und ihren viel zu wenig bewußten Veränderungen zu erkennen:

sie sind Ausdruck eines bestimmten grundsätzlichen Vorverständnisses oder Verständnisses von Gemeinwohl, von Öffentlichkeit und öff. Interessen⁶⁸.

Die stärkere Einschaltung der Gerichte in den Prozeß, in dem sich aus der Bestimmung des Gewichts privater Interessen das Gemeinwohl herausbildet, ist funktionell-rechtlich zu deuten und zu legitimieren. Auf dem (Um-)Weg über das private Interesse gewinnen die Gerichte selbst einen Gemeinwohlbezug. Das wird durch die oft vordergründig bleibende Diskussion um die Justiziabilität von Gemeinwohltatbeständen verdeckt. Das private Interesse erweist sich als mitkonstituierend für das Gemeinwohl. Aus funktionell-rechtlichen Gründen konnten die Gerichte bei diesem Topos eher ansetzen, um zur Gemeinwohlkonkretisierung zu kommen, als bei den Tatbeständen öff. Interesses selbst. Denn hier haben sie seit längerem ihnen selbst bewußte Kunstregeln entwickelt. Wenn der Gesetzgeber das private Interesse jetzt auch ausdrücklich normiert, so wohl nicht zuletzt deshalb, um dadurch den Erfahrungsschatz der Gerichte im Umgang mit dem privaten Interesse zu aktivieren. Der Konkretisierungsauftrag der Gemeinwohltatbestände selbst richtet sich zunächst einmal an die Exekutive. Von der Seite der Privatwohlklauseln kommen die Gerichte ihr dann von ihrer spezifischen Funktion her „entgegen“. So kommt die oft berufene Arbeits- und Rollenteilung zustande. Die Gerichte stehen bei dieser Sicht keineswegs in einem geringer zu veranschlagenden Gemeinwohlbezug. Nur ist er funktionell-rechtlich auf eine ihnen gerecht werdende Weise herausgestellt. Wo von „rechtlich geschützten privaten Interessen“ die Rede ist, oder eine „gerechte“ Abwägung verlangt wird, haben die Gerichte überdies einen Ansatzpunkt für ihre auf rechtliche Maßstäbe angewiesene Tätigkeit.

Die traditionellen — in einzelnen Tatbeständen konservierten — Gemeinwohlvorstellungen erschweren den Zugang zu einer sachgemäßen Bestimmung des Verhältnisses von Einzel- und Privatinteresse zu Gemeinwohl (öff. Interesse). Im monarchischen Gemeinwohlstaat war das Gemeinwohl zuerst einmal Negation des Einzelinteresses. Das zeigt sich in der Pluralismus- und der Souveränitätsdiskussion ebenso wie in der Vorstellung von der grundsätz-

68 Der Gesetzgeber, der bewußt die Umgestaltung von Gemeinwohlvorstellungen betreibt, wird es in seinen tatbestandlichen Ausformungen entsprechend deutlich zum Ausdruck bringen. So dürften die „Gesetzgebungsakte“ des sich gegen Patrimonialverhältnisse begründenden absoluten Staates die Vorrangigkeit des öff. Wohls noch deshalb ausdrücklich bestimmt haben, weil sie damals nicht selbstverständlich war, sondern erst durchgesetzt werden mußte. Im Absolutismus konnte sich der Gesetzgeber mit einfachen Gemeinwohltatbeständen begnügen. Die Vorrangigkeit des öff. Wohls war Gemeingut geworden, jedenfalls in dem Sinne, daß darüber kein Streit mehr entstand, weil sich der „gemeinwohlkompetente“ Landesherr erfolgreich behauptet hatte.

lichen Höherwertigkeit des öff. gegenüber dem privaten Interesse, wie sie sich z. B. in Entscheidungen des RG nachweisen läßt⁶⁹. Für diese — typisch monarchische, obrigkeitstaatliche, aber auch in der Tradition voluntaristischen Demokratieverständnisses stehende — Konzeption vom Gemeinwohl als *Negation des Einzelinteresses* war es unmöglich, ein positives, ausgewogenes Verhältnis beider Größen zu entwickeln: das private Interesse als Vehikel zum Gemeinwohl, als (mit-)konstituierende Größe im offenen Prozeß der Gemeinwohlbestimmung zu deuten, kurz: sie der heutigen grundgesetzlichen Wirklichkeit gemäß differenziert zueinander in Beziehung zu setzen.

Das rein negative Verständnis der Relation Gemeinwohl — privates Interesse hat seine fortwirkenden, besonderen historischen Ursachen: die Trennung von Staat und Gesellschaft, die Überwertigkeit des öff. gegenüber dem privaten Recht (*Smend*)⁷⁰, der Gedanke vom „obersten“ monarchischen Staatsorgan, das das Gemeinwohl *gegen* private Interessen durchsetzt und „hüter“. Dieses negative Verständnis steht hinter vielen Begriffsbildungen der konstitutionellen Monarchie, die in der „konstitutionellen Demokratie“ des GG fragwürdig werden. Im Grunde schlägt über das Gemeinwohl als Blankettbegriff — oft im Namen des Souveräns — das rechtlich Unbegrenzte durch. Überspitzt gesagt: viele staatsrechtliche Begriffe standen unter dem Vorbehalt des Gemeinwohls — das „durchbrechender“, als Notbremse verwendeter, außerrechtlicher Titel war. Das Gemeinwohl diente als letzter Reservetitel, um im Notfall „staatlich“ gegen Recht, Freiheit und privates Interesse zu wirken. Das Gemeinwohl war auch hier durch und durch polemischer Begriff und es wird als solcher bis heute in bestimmten Kampf- und Frontstellungen tradiert. Einer der von ihm gegebenenfalls beiseite geräumten und rechtlich potentiell immer unterlegenen Begriffe war das private Einzelinteresse. Spuren solchen Denkens — es wird dem differenzierten Verhältnis von Gemeinwohl und privatem Interesse in der offenen res publica nicht gerecht — lassen sich bis in Allgemeine Staatslehren der Gegenwart hinein verfolgen⁷¹.

Heute besitzt das Gemeinwohl nicht mehr die Qualität eines „höchsten“ Begriffes, dem sich andere Begriffe, insbesondere das private Interesse, ein- und unterzuordnen hätten; es ist nicht mehr per se und prinzipiell unbegrenzt, kein Reservat der (rechtsfreien) Verwaltung, kein außerrechtlicher Begriff, kein Titel für grundsätzlich allzuständige Gewalt. Es ist in den von

69 Vgl. S. 553 Anm. 200, S. 556 Anm. 210.

70 Gedächtnisschrift f. Jellinek, S. 19. ALBRECHT, Rezension Maurenbrecher, S. 3 f., bes. 5, 19 ff.

71 Vgl. etwa HERB. KRÜGER, Allg. Staatslehre, S. 606 Anm. 119, S. 614, 765 f.

vornherein rechtlich konstituierten Verfassungsstaat und dessen Normativität und Normalität sowie seine tagtägliche Wirklichkeit „hereinzuholen“. Es ist vor allem kein Gegenbegriff zum privaten Interesse mehr (Fälle der Koinzidenz). Das öff. Interesse ist in seinem Stellenwert in der täglichen Rechts- und Rechtsprechungspraxis offenzulegen und nicht aus der normalen Normativität als „unjuristisch“, „schwer bestimmbar“ u. ä. hinauszuverlagern, um dann unvermittelt und in besonderen Notfällen, im rechtlich nicht geregelten Fall von außen her durch- und einzugreifen. Das Gemeinwohl gehört (wie das besondere Gewaltverhältnis) in besonderem Maße zu jenen Begriffen, die so sehr monarchische Färbungen beibehalten haben, daß es schwer ist, sie von einem zusammenhängenden Ansatz aus in der demokratischen *res publica* des GG neu zu begründen. Mit bloßen Randkorrekturen ist es nicht getan. Das heißt von einem spezifisch verfassungsrechtlichen Ansatz aus: Außerhalb der Verfassung gibt es kein Gemeinwohl und keine Öffentlichkeit, genausowenig wie es außerhalb der Verfassung Souveränität⁷² und „Volk“ gibt, in dessen Namen („souveränes Volk“) das Gemeinwohl gleichsam mit Naturgewalt und als Urtitel extra-konstitutionell und jenseits der normalen Zuständigkeit konkretisiert werden könnte. Es gibt nur einen verfassungsmäßigen Gemeinwohlbegriff, nur öff. Interessen und Öffentlichkeit *intra constitutionem* und in ihr schutzwürdige private Interessen. Im Verfassungsstaat bestehen bei den drei staatlichen Funktionen keine unterschiedlich gestalteten, mehr oder weniger intensiven Grade des Gemeinwohlbezugs. Insbesondere kann sich die Verwaltung nicht auf ein näheres „ursprünglicheres“ Verhältnis zum Gemeinwohl berufen als etwa die Rechtsprechung, deren Tradition vergleichsweise „gemeinwohlfern“ ist und die dennoch heute in einem intensiven, oft nicht ohne weiteres sichtbaren, durch die Eigenart ihrer Funktion bedingten Gemeinwohlbezug steht. Ein ausgewogenes Verhältnis der drei Staatsfunktionen in ihrer Beziehung zum Gemeinwohl wie untereinander herzustellen und den Alternativen Gesetzgebungsstaat, Verwaltungs- oder Justizstaat schon im Ansatz auszuweichen, ist ein Hauptanliegen dieser Studie. Jede der Teilgewalten ist von vornherein inhaltlich begrenzt, funktionskonform auf Gemeinwohl und Recht ausgerichtet und durch ihr Zusammenwirken von integrierender Wirkung⁷³. Das private Interesse spielt dabei eine wichtige Rolle.

72 P. HÄBERLE, AÖR 92 (1967), S. 259 ff.

73 S. aber etwa die Auffassung B. CONSTANTS, wonach sich die Gegenstände der Beurteilung der Gerichte entziehen, die einen „rapport public“ besitzen (zit. bei TRIEPEL, VVDStRL 5 [1929] S. 10).

IV. Das Gemeinwohl bzw. öff. Interesse als Ermächtigung und Gegenstand von Delegationen

salus publica per delegationem oder delegatio salutis publicae causa
(Delegation von Gemeinwohlzuständigkeit)

1. Problem und Erscheinungsformen

Der hier präsentierte normative Gemeinwohltypus tritt in neuerer Zeit häufiger auf. Er findet sich in den unterschiedlichsten Rechtsmaterien: im Wehrpflicht- und Gewerberecht, im Presse-, öffentlichen Vereins- und Schulrecht, im Siedlungs-, Boden- und Wasserrecht, im Bau- und Disziplinarrecht. Schon das läßt darauf schließen, daß es sich hier trotz aller Variationen um einen selbständigen Typus eines Gemeinwohltatbestandes handelt — dies trotz oder gerade wegen aller Verklammerungen, die zu den anderen Gemeinwohltypen bestehen. Seine einfachste Erscheinungsform besteht darin, daß der Gesetzgeber die (weitere) Konkretisierung des öff. Interesses „nach unten“ delegiert. Repräsentativ ist etwa § 13 WPflG. § 13 Abs. 1 und 2 WPflG ist auch insoweit aufschlußreich, als er — abgesehen von der Gemeinwohldelegation — in sich zugleich ein Beispiel für mehrere der hier unterschiedenen Typen ist. Er ist insofern komplexer Natur. Denn er koppelt mit dem Grundtatbestand — Unabkömmlichkeitsstellung im öff. Interesse — die Verfahrensprozedur des Vorschlagsrechts und der Anhörung. Er macht die Abwägung der verschiedenen Belange zur Pflicht, womit deutlich die Konfliktmöglichkeiten öff. Interessen untereinander und öff. Interessen mit privaten Interessen gesehen ist⁷⁴. Wenn das Gesetz in Abs. 2 S. 4 offen von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Wehrersatzbehörden und der vorschlagenden Verwaltungsbehörde spricht, die unter Abwägung der verschiedenen Belange auszugleichen sind, so rechnet es hier mit der Schwierigkeit, das öff. Interesse im Einzelfall zu konkretisieren, bzw. es gibt zu erkennen, daß es dieses öff. Interesse weniger als objektiv gegebene Größe, denn als „subjektiv“ pflichtgemäß ex processu im Wege des Ausgleichs zu ermittelnde Größe ansieht. Schließlich ist § 13 für den Typus signifikativ, der sich durch eine Koppelung von Gemeinwohl-Tatbeständen mit Ermessenskompetenzen auszeichnet (Abs. 1 S. 1: „kann“), und dessen öff. Interessen vor allem auf außerhalb des betreffenden Gesetzes zu normierende oder zu konkretisierende Interessen verweist.

74 Da das WPflG seinerseits im öff. Interesse ergangen ist, stehen ja bei der Unabkömmlichkeitsstellung öff. gegen andere öff. Interessen. In § 16 I S. 1 ErsDiG ist das öff. Interesse zur Heranziehung zum Ersatzdienst ausdrücklich als solches gekennzeichnet.

§ 16 ErsDiG (Unabkömmlichkeitsstellung) entspricht weithin § 13 WPflG. Nur Abs. 1 S. 1 enthält eine bemerkenswerte Abweichung. Es sind nämlich die Interessenkonflikte als In-sich-Konflikte ausgewiesen: Das Gesetz bezeichnet sowohl das öff. Interesse an der Heranziehung zum Ersatzdienst als auch das Interesse an der Deckung des personellen Kräftebedarfs für Aufgaben außerhalb des Ersatzdienstes als öff. Interesse⁷⁵. Als weiteres Beispiel sei § 55 d GewO genannt. Bei diesem Beispiel tatbestandlicher Verwendung des öff. Interesses liegt eine Besonderheit darin, daß nur abschwächend vom Erlaß von Vorschriften „unter Berücksichtigung“ des öff. Interesses die Rede ist; in anderen Fällen ist das öff. Interesse schärfer — in Gestalt eines Wenn-Satzes oder auf ähnliche Weise („im öffentlichen Interesse“) — zur Bedingung gemacht. Auch ist die Ermächtigung des Bundesministers für Wirtschaft besonders weit gefaßt. Rechtstechnisch kommt dies darin zum Ausdruck, daß der Grundtatbestand in Abs. 1 von vornherein nur nach Maßgabe der „unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses“ in Rechtsverordnungen zu erlassenden Vorschriften besteht.

Aus dem Presserecht sei eine Vorschrift des PresseG Nordrhein-Westfalen angeführt⁷⁶.

Eine einfach strukturierte Erscheinungsform des behandelten Typus stellt § 23 LadSchlG dar. Er sieht Ausnahmen im öff. Interesse vor⁷⁷.

Das EnergWiG (1935) normiert in § 6 Abs. 1, 2 und 3 die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht von Energieversorgungsunternehmen und Ausnahmen von dieser Pflicht bzw. Modifizierungen. Sein Abs. 4 lautet:

Der Reichswirtschaftsminister kann Anordnungen treffen, die von den Vorschriften des Abs. 1 bis 3 abweichen, wenn ein wichtiges öffentliches Interesse vorliegt. Solche Anordnungen binden Gerichte und Verwaltungsbehörden.

75 In § 13 WPflG ist dies nicht der Fall.

76 § 12 Ablieferungspflicht der Verleger und Drucker

Abs. 2: Von der Ablieferungspflicht ausgenommen sind die in § 7 Abs. 2 bezeichneten Druckwerke . . . Der Innenminister wird *ermächtigt*, im Einvernehmen mit dem Kultusminister durch *Rechtsverordnung* weitere Ausnahmen von der Ablieferungspflicht zu bestimmen. Dabei sind insbesondere die Druckwerke von der Ablieferungspflicht auszunehmen, bei denen ein wirtschaftliches oder *öffentliches Interesse* an der Sammlung nicht besteht.

77 Hier fällt einmal die Koordinierungspflicht („im Einvernehmen“) auf. Ferner die Kann-Form, in die sowohl die befristeten Ausnahmen als auch die Rechtsverordnungen hierüber gekleidet sind. Auch ist im Gegensatz zu § 13 WPflG ein begrenzendes Tatbestandselement in die Ausnahmeklausel eingebaut: „im Einzelfall“. Dabei ist sehr die Frage, ob dem gesetzlich gewollten Ausnahmecharakter nicht mit dem Gebrauch des Begriffs Ausnahme Genüge getan ist und es des Hinweises auf die Einzelfälle überhaupt noch bedarf.

Eine derartige ausdrückliche Bindungswirkung kommt selten vor. Im übrigen ist hier das öff. Interesse mit einem Ermessenstatbestand verbunden. Hingegen ist es nicht formell durch einen Ausnahmecharakter („Ausnahme“ bzw. „Einzelfall“) begrenzt. Doch ist ihm durch das Adjektiv „wichtig“ ein besonderer Akzent verliehen⁷⁸.

Eine Reihe von Delegationsnormen sind insofern sehr ähnlich gefaßt, als sie in ihren Tatbeständen einzelne Gesichtspunkte des Gemeinwohls sozusagen aufschlüsseln, auf deren Schutz sich die zu erlassenden Durchführungsbestimmungen ausrichten sollen. Dabei ist oft der Begriff Gemeinwohl oder öff. Interesse der Sache nach mit im Spiel, aber nicht immer *expressis verbis* verwendet⁷⁹. Repräsentativ ist etwa § 33 f Abs. 1 GewO⁸⁰.

Nach § 55 d Abs. 2 GewO wird der Bundesminister für Wirtschaft ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates unter Berücksichtigung des öff. Interesses und der gewerbepolizeilichen Erfordernisse Vorschriften zu erlassen über den Umfang der Befugnisse bei der Ausübung des Reisegewerbes, über die Art und Weise der Gewerbeausübung sowie über die Voraussetzungen über die Erteilung, Versagung und Entziehung sowie über den Geltungsbereich und die Geltungsdauer der Reisegewerbekarte für Ausländer.

Weitere Beispiele finden sich in §§ 10 Abs. 3, 26 Abs. 2 AußenwirtschaftsG (AWG)⁸¹. Die tatbestandliche Verwendung des öff. Interesses in Ermächtigungsnormen kann im Gegensatz zu vielen der vorgenannten Beispiele nicht nur positive, sondern auch *negative* Bedeutung haben:

78 Die einzelnen Tatbestände sind also mitunter durch Beiworte wie „dringlich“, „wichtig“ etc. noch weiter differenziert und abgestuft. — § 45 N.W. WG:

Abs. 3: Die oberste Wasserbehörde kann durch ordnungsbehördliche *Verordnung* die Genehmigungspflicht einschränken oder aufheben, soweit das *Wohl* der Allgemeinheit es zuläßt.

79 Dabei ergeben sich Überschneidungen zu dem Typus der Überlastung von Gemeinwohltatbeständen durch ein Übermaß an einzelnen Gesichtspunkten und die damit implizierte Unschärfe, aber auch der dadurch größere Handlungsspielraum, ferner Überschneidungen zur Verfahrenskategorie und zur Koppelung öff. mit privaten Interessen.

80 S. auch § 34 GewO (Erlaubnispflicht für Pfandleiher etc.), wonach (Abs. 2) der Bundesminister für Wirtschaft durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats zum Schutz der Allgemeinheit und der Verpfänder Vorschriften erlassen kann über . . . Entsprechendes gilt für § 34 a (Bewachungsgewerbe)-Erlaß von Vorschriften zum Schutz der Allgemeinheit und der Auftraggeber, für § 34 b Abs. 8 GewO (Versteigerungsgewerbe) — unter Berücksichtigung des Schutzes der Allgemeinheit sowie der Auftraggeber und der Bieter.

81 S. a. LBauO Rheinland-Pfalz: §§ 73 Abs. 2, 74 Abs. 2, 97 Abs. 1 Ziff. 2. Bei Delegationen wird die Kompetenz zur Wahrung öff. Interessen — positiv oder negativ — aus guten Gründen „nach unten“ verlagert.

§ 12 Abs. 7 des KriegswaffKG:

Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats . . .

2. geringe Mengen an Kriegswaffen und geringfügige Bestandsveränderungen von der Buchführungs-, Melde- und Anzeigepflicht (Abs. 2, 5 und 6) auszunehmen, soweit hierdurch öff. Interessen nicht gefährdet werden.

Damit sichert der Gesetzgeber vor allem seine durch das KriegswaffKG als solche qualifizierten öff. Interessen gegen den Verordnungsgeber negativ ab⁸².

Im einzelnen lassen sich folgende Erscheinungsformen des Delegationstatbestandes nachweisen:

a) **Offene oder versteckte Delegationstatbestände** Es gibt offene oder versteckte Delegationstatbestände. Eine offene Gemeinwohldelegation liegt vor, wenn der Gesetzgeber die nähere Konkretisierung der „öffentlichen Interessen“ in der Form einer Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung und von Verwaltungsvorschriften ausdrücklich an einen Adressaten wie die Regierung, einen Minister oder eine höhere Verwaltungsbehörde richtet. Von einer versteckten Delegation läßt sich dann sprechen, wenn er in der ermächtigenden Norm Begriffe verwendet, die der Sache nach auf öff. Interessen verweisen oder von dem Adressaten der Delegation jedenfalls so interpretiert worden sind. Der Gesetzgeber verwendet m.a.W. konkretisierungsfähige und -bedürftige Begriffe, bei deren Ausformung durch die nachgeordnete Instanz öff. Interessen relevant werden, sei es daß diese als solche ausdrücklich kenntlich gemacht sind, sei es daß sie der Sache nach eine Rolle spielen.

Ein prägnantes Beispiel dazu findet sich im öffentlichen Vereinsrecht.

§ 13 Abs. 2 VereinsG lautet:

Zur Vermeidung unbilliger Härten kann die Verbotsbehörde oder die Einziehungsbehörde anordnen, daß ein nach § 11 Abs. 1 Satz 2 eingetretener Rechtsverlust un-
terbleibt, oder von der Einziehung nach § 12 absehen⁸³.

§ 17 Abs. 1 der DVO zum VereinsG vom 28. 7. 1966 (BGBl. I S. 457) befaßt sich mit Härtefällen und lautet:

Eine unbillige Härte i. S. des § 13 Abs. 2 des Vereinsgesetzes liegt insbesondere vor, wenn das Interesse des Betroffenen an der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes das öff. Interesse an der Einziehung erheblich übersteigt.

82 Eine Überprüfung der zweiten DVO vom 1. 6. 1961 (BGBl. I S. 649) ergibt keine Anhaltspunkte dafür, daß die Bundesregierung bei ihrer tatbestandlichen „Aufschlüsselung“ das öff. Interesse etwa gefährdet hätte.

83 § 19 Ziff. 2 VereinsG enthält die Ermächtigung der Bundesregierung, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats Bestimmungen u. a. über die Anwendung des § 13 Abs. 2 zu treffen.

Dieser Tatbestand konkretisiert einen unbestimmten Rechtsbegriff wie unbillige Härte — der seinerseits oft einen stillschweigenden Bezug auf öff. und private Interessen enthält — durch das Tatbestandsmerkmal öff. Interesse und wird dadurch kaum konturschärfer. Die Konkretisierungsaufgabe ist also auf eine noch tiefere Ebene verlagert, auf Behörden und Instanzen, die nun ihrerseits die Rechtsverordnung anzuwenden haben. Doch ist der Gemeinwohlbezug der „unbilligen Härte“ offengelegt, und die Verordnung hat die Interessenbewertung des Gesetzgebers als solche, nämlich als öff. Interessen gekennzeichnet⁸⁴. Den unteren Instanzen ist an Handlungsspielraum durch diese Technik wenig genommen. Denn unter den Begriff des öff. Interesses läßt sich seinerseits viel subsumieren; allerdings ist insofern ein besonderer Akzent gesetzt, als das Interesse des Betroffenen das öff. Interesse an der Einziehung „erheblich“ übersteigen muß. Freilich ist der Tatbestand im Insbesondere-Stil gefaßt, so daß der Behörde derselbe Spielraum bleibt, wie wenn die Ermächtigungsvorschrift gar nicht genutzt worden wäre. Es ist also kein für den behandelten Haupttypus kennzeichnender Konzentrations-effekt erreicht. Raum und Grenze zur Konkretisierung von „unbilligen Härten“ bzw. der dahinterstehende öffentliche Interessenkonflikt bleiben im Grunde dieselben⁸⁵.

Bemerkenswert ist auch die zweite VO des bad.-württ. Ministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten zur Durchführung des LJagdG vom 16. 10. 1954 (GVBl. S. 144)⁸⁶. Denn hier wird der Ermächtigungstatbestand zu öff. Interessen „aufgelöst“, erweitert und begrenzt. Regierung und Verwaltung erhalten ein Stück Handlungsspielraum. Sie führen „ihren“ Topos öff. Interesse ein⁸⁷.

Als Negativformel kommt das öff. Interesse in § 3 Abs. 2 Ziff. 6, § 4 Abs. 2 Ziff. 5 der ersten StrahlenschutzVO i.d.F. vom 15. 10. 1965 (BGBl. I S. 1654)

84 Das Beisp. gehört zu den Fällen, in denen versteckt auf öff. Interessen verwiesen wird, etwa in den Begriffen „Zuverlässigkeit“ bzw. „Unzuverlässigkeit“, und deren Gemeinwohlbezug erst Wissenschaft und Rechtsprechung erarbeitet haben. Der Begriff „unbillige Härte“, der in zahlreichen Gesetzen auftaucht, ist damit in seiner Bedeutung als Verweis auf ein öff. Interessenabwägungsgebot vom Verordnungsgeber zwar nur in einem Spezialfall offengelegt. Doch ist dies repräsentativ für seine Bedeutung auch in anderen Gesetzen und Fällen.

85 Vgl. noch § 13 Abs. 3 der AusführungsVO zum MaßGewG vom 20. 5. 1936 (RGBl. I S. 459), zugleich ein Beisp. für die Koppelung von Soll-Vorschriften und öff. Interessen in negativer Form. — Auch hier enthält das ermächtigende Gesetz selbst das öff. Interesse nicht als Tatbestandsmerkmal; wohl aber die Ausführungs-VO, die einen Ausnahmetatbestand normiert, in dem sie die gesetzlichen öff. Interessen nicht für gegeben hält.

86 Zu § 4 Nr. 3 des Gesetzes: § 1 Abs. 1.

87 In der Ermächtigungsgrundlage, dem LJagdG vom 15. 3. 1954 (GBl. S. 35) (§ 4 Abs. 3), ist das öff. Interesse nicht ausdrücklich genannt.

in Genehmigungstatbeständen vor (Pflicht zur Erteilung der Genehmigung, wenn überwiegende öff. Interessen nicht entgegenstehen etc.). Dies, obwohl, soweit ersichtlich, das Atomgesetz selbst das öff. Interesse nicht tatbestandlich verwendet hat. Auch hier dürfte sich die Schutzrichtung der gemeinten öff. Interessen insbesondere auf die im Atomgesetz normierten Interessen erstrecken⁸⁸. — Wiederum besonderer Art sind die Fälle, in denen *Verwaltungsvorschriften*, Runderlasse etc. mit Hilfe des Begriffs öff. Interesse Tatbestände, Rechtsbegriffe etc. einer Norm erläutern, die ihrerseits keinen ausdrücklichen Bezug auf das öff. Interesse nimmt. Augenfällig ist das bei dem ersten Runderlaß des Innenministers über die Ausführung der GemO für Baden-Württemberg vom 15. 11. 1955 (GABl. S. 465)⁸⁹.

b) Erschöpfende oder nur beispielhafte Delegation Von der Delegationsmöglichkeit kann erschöpfend oder nur beispielhaft Gebrauch gemacht worden sein. Im ersten Fall taucht das öff. Interesse in der von der ermächtigten Instanz konkretisierten Vorschrift nicht wieder auf; es ist absorptiv in Tatbestände umgesetzt bzw. aufgeschlüsselt. Im letzteren Falle bleibt es tatbestandlich wenigstens zum Teil erhalten. Die ermächtigte Instanz konkretisiert es nur beispielhaft (im Insbesondere-Stil). Im übrigen wiederholt sie das Tatbestandsmerkmal öff. Interesse. Damit bleibt der offenen normativen Gemeinwohlpraxis in die Zukunft hinein Raum.

Als Beispiel kann die VO über die Zuständigkeit und das Verfahren bei Unabkömmlichkeitsstellung gelten (vom 24. 7. 1962, BGBl. I S. 524). § 1 I (Vorschlagsrecht) hat all die Instanzen normiert⁹⁰, die hinsichtlich bestimmter Wehrpflichtiger ein Vorschlagsrecht haben⁹¹.

Auf weitere Beispiele aus anderen Sachbereichen sei verwiesen⁹², insbesondere auf die Vorschriften des bad.-württ. Kultusministeriums und des Mini-

88 Vgl. auch die Funktion des Tatbestandselementes „Schutz einzelner oder der Allgemeinheit“ in § 34 Abs. 3 S. 1 (positiv) und S. 2 (negativ) der Ersten StrahlenschutzVO.

89 Zu §§ 80, 118 (Nr. 1), 121 Ziff. 2 GemO.

90 S. Ziff. 4: wehrpflichtige Angehörige freier Berufe mit Aufgaben von besonderer öffentlicher Bedeutung.

91 Vgl. noch Hess. G zur Beschaffung von Siedlungsland und zur Bodenreform vom 15. 10. 1946 (GVBl. S. 218): Art. 6 Ziff. 1, § 15 2. DVO zum G zur Beschaffung von Siedlungsland und zur Bodenreform vom 17. 2. 1947 (GVBl. S. 9) ist im wesentlichen eine gleichlautende Wiederholung des öff. Interesses als Tatbestandselement in der DVO zu einem G.

92 DVO DisziplinarO N.W. v. 11. 5. 1954 (GS NW S. 349): Zu § 34 und 35 Vertreter des öff. Interesses, Abs. 4. — § 34 Abs. 2 DisziplinarO v. 1. 6. 1962 (GV NW S. 305); 1. DVO WaldschutzG N.W. v. 28. 11. 1950 (GS NW S. 782): § 13 Abs. 5; § 7 S. 2 WaldschutzG vom 31. 3. 1950 (GS NW S. 782). Hier konkretisiert die DVO den wichtigen Grund nach der Seite des öff. Interesses hin.

steriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten zum Vollzug des PrivSchulG vom 8. 5. 1957 (GBl. S. 56)⁹³. Hier gibt das Ministerium das „staatliche Interesse“ als „öffentliches Wohl“ nach unten weiter, konkretisiert es aber doch (nur) unter einigen Aspekten (Fall der Teilkonkretisierung des staatlichen (öffentlichen) Interesses in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften).

c) **Das öff. Interesse als positive Zielformel oder als Klausel mit negativer Begrenzungsfunktion im Rahmen eines Delegationstatbestandes** Das öff. Interesse kann positive Zielformel sein oder negative Begrenzungsfunktion haben. Im ersten Fall richtet es die ermächtigte Instanz, den „Delegationsempfänger“, positiv auf die Konkretisierung öff. Interessen aus. Das Gemeinwohl erscheint als Vehikel der Rechtsetzung (es kommt zu Gemeinwohlrecht), als welches es auch in anderen Zusammenhängen auftritt. Im zweiten Fall wird dem Delegationsempfänger Kompetenz delegiert, dabei aber negativ ausgesprochen, daß bestimmte öff. Interessen nicht gefährdet oder verletzt werden dürfen (Vorbehalt zugunsten öff. Interessen). Die Beispiele für den ersten Tatbestandstypus sind zahlreich; sie begegneten schon in der bisherigen Bestandsaufnahme⁹⁴. Als Beispiel für den zweiten Typus kann etwa gelten: § 73 Abs. 2 LBauO Rheinland-Pfalz, § 12 Abs. 7 Ziff. 2 KriegswaffKG. Vereinzelt findet sich auch eine Kombination beider Typen⁹⁵.

93 Nr. 17 Abs. 1: Die Ermächtigungsgrundlage § 15 Abs. 1 PrivSchulG spricht zwar nicht vom öff. Wohl, es gebraucht aber den Begriff des staatlichen Interesses.

94 Ein bes. Fall findet sich im LWohnG N.W. vom 9. 6. 1954 (GV NW S. 205) § 4 Aufnahmespflicht der Gemeinden:

Abs. 2: Der Minister für Wiederaufbau wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem zuständigen Ausschuß des Landtags durch Rechtsverordnung Personen, deren beschleunigte anderweitige Unterbringung innerhalb des Landes im öffentlichen Interesse erforderlich ist, mit der Wirkung zu bestimmen, daß die Vorschrift des Abs. 1 anzuwenden ist.

95 LWG Rheinland-Pfalz: § 49 Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen, Abs. 2 S. 2: Der Minister für Landwirtschaft, Weinbau und Forsten kann . . . den Kreis der nach Satz 1 genehmigungspflichtigen Anlagen durch Rechtsverordnung erweitern, soweit das Wohl der Allgemeinheit es erfordert; ebenso kann er den Kreis der genannten Anlagen einschränken, wenn es das Wohl der Allgemeinheit zuläßt. — Die positive Gemeinwohlklausel bezieht sich wohl auf Schutzgüter außerhalb dieses Gesetzes. Sie zeigt auch den Gemeinwohlbezug der RVO und die Art und Weise, wie das Regierungsermessen das Gemeinwohl „mit sich führt“. Die negative Gemeinwohlklausel (Gemeinwohlvorbehalt) meint wohl primär die in dem LWG geschützten öff. Rechtsgüter. Das ergibt sich aus dem Sinnzusammenhang, da es ja darum geht, den Kreis der gesetzlich genannten Anlagen einzuschränken. — S. auch §§ 28 Abs. 3, 38 Abs. 2 Berliner WasserG. Als Beispiel zu den Negativklauseln ist nachzutragen: § 56 Abs. 1 GewO, der einen reichen Katalog der im Reisegewerbe verbotenen Tätigkeiten enthält. Abs. 2 S. 1 vertritt insofern einen Sondertypus, als das öff. Interesse bzw. Gemeinwohl

d) Delegationen „nach unten“ und — ausnahmsweise — „nach oben“ Meist wird durch den Delegationstatbestand die Entscheidung über das öff. Interesse „nach unten“ verlagert. Vereinzelt kommt aber auch das Gegenteil vor: So können Gesetze vorsehen, daß die normalerweise zuständige Behörde über Fragen öff. Interesses nicht entscheidet, wenn durch Rechtsverordnung bestimmt ist, daß etwa eine Zustimmung einer höheren Behörde erforderlich ist. Es handelt sich um Beispiele für „Hinaufverlagerung“ der Entscheidungskompetenz über das Gemeinwohl durch eine niederere Norm⁹⁶.

Ein Sonderfall findet sich dort, wo nicht der Weg einer Rechtsverordnung gewählt, sondern vom Gesetzgeber ein neues Institut entwickelt wird, so in § 3 bad.-württ. LBauO⁹⁷.

2. Erste Folgerungen

Schon diese Auswahl zeigt, daß der Delegationstatbestand Überschneidungen zu zahlreichen anderen Gemeinwohltatbestandstypen enthält: zum Verfahrenstypus (*salus publica ex processu*), zum kompetenzbegründenden und -begrenzenden Gemeinwohltatbestand, zum pluralistischen Typus, zur Koppelung des Gemeinwohltatbestands mit Ermessenskompetenzen, zum Ausnahmetypus, schließlich zum Typus differenzierter Verbindung öffentlicher mit privaten Interessen.

Diese „Querverbindungen“ zu den verschiedenen anderen Tatbestandstypen sind keine Relativierung oder gar In-Frage-Stellung der hier gebotenen Klassifizierung. Sie zeigen einmal mehr den inneren Zusammenhang der einzelnen Typen, der sich aus dem Problem des öff. Interesses als einem einheit-

hier nicht wie etwa in § 13 Abs. 1 WPflG oder § 23 Abs. 1 LadSchlG unmittelbar Gegenstand und Richtschnur des Handelns der ermächtigten Instanz ist. Vielmehr tritt das öff. Interesse, in concreto die Interessen der Allgemeinheit, als negative Begrenzungsformel auf. Das öff. Interesse ist jedoch auch positiv als gesetzgebungspolitisches Motiv zum Erlaß der Rechtsverordnung jedenfalls insofern mit im Spiel, als dem Bundesminister für Wirtschaft ein Ermessensspielraum eingeräumt ist („kann“) und dieser sich von vornherein auf die Wahrung öff. Interessen richtet. Die ausdrückliche Normierung des Tatbestandsmerkmals Gefährdung der Allgemeinheit führt in den Problembereich der Koppelung von Gemeinwohltatbeständen mit Ermessensklauseln. — S. noch § 81 Abs. 2 BauO N.W.

96 §§ 94 Abs. 3, 103 Abs. 6 LBauO Baden-Württemberg.

97 Abs. 3: Als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst gelten insbesondere die von der obersten Baurechtsbehörde durch öffentliche Bekanntmachung eingeführten bautechnischen Bestimmungen . . . — Bedeutsam ist hier die öff. Bekanntmachung durch die oberste Baurechtsbehörde; ferner die Fiktion, mit der gearbeitet wird, in Gestalt des Begriffs „gelten“. Was allgemein anerkannt ist, bestimmt also insbes. die oberste Baurechtsbehörde.