

Das falsche Bild vom öffentlichen Recht

Prof. Dr. Stefan Haack*

Worin der Reiz liegt, sich wissenschaftlich mit dem öffentlichen Recht zu befassen, erschließt sich vielleicht erst, wenn man sich mit diesem Rechtsgebiet schon seit geraumer Weile beschäftigt: worauf es im öffentlichen Recht eigentlich ankommt und wie man es richtig zu handhaben hat und vielleicht auch, warum es dabei überhaupt geht – dies alles erkennt man nicht aus der Ferne. Umso häufiger sind begreiflicherweise die Ansichten der Studentinnen und Studenten und nicht selten auch die Ansichten ihrer Dozenten über das öffentliche Recht und seinen Charakter von Fehleindrücken geleitet. Stichpunktartig wollen wir im Folgenden zehn dieser Fehleindrücke behandeln. Leiten und inspirieren soll uns dabei eine kleine Aufgabenstellung, die in dieser oder in ähnlicher Form Gegenstand einer mündlichen Prüfung sein könnte:

Ein österreichisches Zirkusunternehmen möchte eine Zirkustournee quer durch Deutschland organisieren. Stattfinden sollen seine Veranstaltungen in einem Zirkuszelt mit diesen oder jenen (im Sachverhalt näher bezeichneten) Maßen; in der Manege zu sehen sein sollen dabei neben Clowns und Artisten auch Domppteure mit Löwen und Tigern. Zu erstellen sei – so laute die Aufgabenstellung in der entsprechenden Prüfung – ein Rechtsgutachten zu allen öffentlich-rechtlichen Fragen, die vom Zirkusdirektor bei der Vorbereitung dieser Tournee geklärt werden müssen.

Es soll im Folgenden nicht darum gehen, Antworten hierauf zu finden. Stattdessen interessiert uns, was diese Aufgabenstellung von ihrem Adressaten, sei es nun ein Prüfling oder sei es ein Rechtspraktiker, verlangt. Welche Irrtümer sind anzutreffen, die sich nicht auf die materielle Rechtslage im konkreten Rechtskontext, sondern auf Funktionen und Funktionsweisen des öffentlichen Rechts in abstracto beziehen? Hierbei wollen wir uns auf die zehn meistverbreiteten und am schwersten wiegenden Fehleindrücke beschränken.

I. Was sind öffentlich-rechtliche Fragen?

Der erste Fehleindruck, der erfaßt und korrigiert werden soll, beginnt beim Verständnis der Aufgabenstellung. Diese verlangt es, „alle öffentlich-rechtlichen

Fragen“ zu klären, die für die Tournee relevant sind. Doch was sind überhaupt „öffentlich-rechtliche Fragen“? Jedem Juristen, ja jedem Erstsemesterstudenten der Rechtswissenschaften ist die Unterscheidung dreier umfassender Rechtsdisziplinen – des Zivilrechts, des öffentlichen Rechts und des Strafrechts – geläufig. Die Einordnung einzelner Rechtsvorschriften und Themenkreise in diese Rechtsdisziplinen erscheint zumeist klar und offensichtlich und bereitet typischerweise nur in bestimmten Grenzfällen Sorgen. Juristisch zu bewältigen ist diese Einordnung beispielsweise, wenn wir anhand verschiedener Kriterien (der Subordination, der Interessenlage und des Angesprochenenseins von staatlichen Stellen durch eine Vorschrift) den öffentlich-rechtlichen Charakter der streitentscheidenden Normen bestimmen, um festzustellen, ob es sich bei dem zu begutachtenden Rechtsstreit um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO handelt. Nicht wenige Juristen halten diese Unterscheidung deshalb für ein unumstößliches Dogma, das dem Wesen rechtlicher Ordnung selbst immanent ist und das deshalb mit Selbstverständlichkeit praktiziert werden darf – und mehr noch: das auch im abstrakten rechtstheoretischen Denken strikt befolgt werden muß. Wenn man sich jedoch mit der Funktion dieser Dreigliedrigkeit etwas näher beschäftigt, wird klar, daß diese sich einerseits aus den positiv-rechtlichen Problemen der Abgrenzung von Gerichtszweigen ergibt (und damit, nüchtern betrachtet, aus gesetzgeberisch festgelegten Zuständigkeitsschranken einzelner Branchen der Judikative) – und andererseits aus akademischen Traditionen. Es handelt sich, mit anderen Worten, bei der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Zivilrecht und Strafrecht keinesfalls um eine der Sache an sich immanente Schichtung des Rechtsstoffs. Arbeitsschutzvorschriften, die in unserem Beispielfall zugunsten der Zirkusartisten zu beachten und mit Straftatbeständen verbunden sein mögen, müssen und können nur im Hinblick auf eine spätere Gerichtszuständigkeit als öffentlich-rechtlich, arbeitsrechtlich oder strafrechtlich eingestuft werden; juristisch weitaus stärker relevant ist (insbesondere für den Normadressaten) deren zwingendes Wesen. Daß nunmehr, bemerkenswerterweise von Seiten des öffentlichen Wirtschaftsrechts her, vorgeschlagen wird, die Einteilung von öffentlichem Recht und Zivilrecht in ihrer Bedeutung zu relativieren und das

* Der Autor ist seit dem Sommersemester 2009 Professor für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Hauptaugenmerk stattdessen auf die Unterscheidung von zwingenden und abdingbaren Normen zu richten, ist insofern kein Fehler und keine Verletzung rechtsdogmatischer Regeln – sondern ein möglicherweise nötiger Bruch mit akademischen Bräuchen, die zu einem Selbstzweck erhöht worden sind. Die Frage, was öffentliches Recht überhaupt ausmacht, ist in diesem Bewußtsein zu stellen – und neu zu lösen.

II. Aus welchen Teilbereichen besteht das öffentliche Recht?

Bereits die Frage, aus welchen Teilbereichen das öffentliche Recht als Regelungsgesamtheit besteht, bezeugt, wenn man sie so formuliert, den zweiten gravierenden Irrtum. Das öffentliche Recht besteht überhaupt nicht aus Teilbereichen, wenn man dieses „Bestehen“ als ein konstitutives Sich-aus-etwas-zusammensetzen begreift. Staatsorganisationsrecht, Grundrechtsdogmatik, allgemeines Verwaltungsrecht, Kommunalrecht, Baurecht und Polizeirecht sind ebenso wie sämtliche anderen Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts keine abtrennbaren, in sich geschlossenen und einzeln erfaßbaren Bauelemente, die gemeinsam das öffentliche Recht in seiner Gesamtheit ergäben. Immer und überall handelt es sich um bestimmte Momente ein und derselben (man muß vielleicht sogar formulieren: ganzheitlichen) öffentlich-rechtlichen Ordnung, die entscheidungserheblich werden und in den Vordergrund treten, wenn man diese öffentlich-rechtliche Ordnung auf ihre juristischen Aussagen zu einer bestimmten Rechtsstreitigkeit untersucht. So wäre es in dem von uns zu besprechenden Beispiel der Zirkustournee unzureichend und somit falsch, die Anforderungen des Gewerberechts, des Baurechts, des Kommunalrechts oder des Straßenrechts isoliert zu betrachten. Zu befragen ist stattdessen stets das öffentliche Recht als ein Ganzes, dessen Bestandteile sich wechselseitig bedingen, beschränken und modifizieren. Für die Rechtsanwendung heißt dies, daß untersucht werden muß, in welchen Verhältnissen die erforderlichen Genehmigungen des Gewerberechts, des Baurechts, des Tierschutzrechts und des Straßenrechts stehen. In der Erörterung möglicher Konzentrationswirkungen und Konkurrenzen liegt die eigentliche Schwierigkeit des eingangs geschilderten Falls. Daß hierbei auch die Grundrechte des Zirkusbetreibers zu berücksichtigen sind, erscheint selbstverständlich. Am leichtesten zu beobachten ist dieser Wesenszug des öffentlichen Rechts, auf die Fragen des Rechtsanwenders nur als Ganzes antworten zu können, interessanterweise auf jenem Gebiet, das unter den Studierenden als das am meisten gefürchtete gilt – auf dem Gebiet nämlich

des öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungsrechts, wo Grundrechte und Verwaltungsrecht, geschriebenes und ungeschriebenes Recht, allgemeine und besondere Regeln einander vollumfänglich durchdringen. Gerade diese Aufgabe, aus einem heterogenen Übereinander und Nebeneinander von Normen und Normenkomplexen eine juristische Antwort entwickeln zu müssen, die den Rechtsstreit entscheidet, macht Anspruch und Reiz dieses Rechtsgebiets aus.

III. Was hat es mit den Prüfungsebenen auf sich?

Juristisch höchstinteressant und zur wissenschaftlichen Herausforderung wird das öffentliche Recht nicht zuletzt dadurch, daß in ihm verschiedene Rechtsebenen existieren, auf deren Basis, mehr oder weniger klar hierarchisch geordnet, unterschiedliche Hoheitsträger handeln und interagieren. Dem Juristen, der sich mit dem öffentlichen Recht zu beschäftigen hat, begegnen daher Rechtsnormen unterschiedlichen Rangs, und ihm begegnen Verwaltungsmaßnahmen, die auf diesen Normen beruhen. Um die Frage erschöpfend zu klären, welche öffentlich-rechtlichen Anforderungen der Zirkus zu berücksichtigen hat, sind Gesetze und Rechtsverordnungen des Bundes und der jeweiligen Länder zu prüfen, ebenso wie die kommunalen Satzungen jener Orte, in denen der Zirkus gastiert. Rechtswidrige Akte können uns auf all diesen Regelungsstufen begegnen – mit der Konsequenz, daß sich auch eine Einzelmaßnahme als rechtswidrig erwiese, die auf Grund dieser Bestimmungen gegenüber Privaten ergeht. Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes (durch welchen es unserem Zirkus versagt wird, in dieser oder jenen Stadt einen Platz zu bekommen) kann demzufolge auf einer rechtswidrigen (weil ermessensfehlerhaften) Einzelmaßnahme beruhen, ebensogut jedoch auf der Unvereinbarkeit einer kommunalen Benutzungssatzung mit dem höherrangigen Recht (wenn diese, so nehmen wir an, zwingende Vorgaben der Gemeindeordnung mißachtet) oder auch auf der Verfassungswidrigkeit des zugrunde liegenden Landesgesetzes, wenn dieses (wie etwa bei einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung) mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren ist. All das ist gedanklich zu prüfen, wenn öffentlich-rechtliche Fragen zu beantworten sind; und all diese Regelungsstufen sind dabei auseinanderzuhalten.

IV. Wie ist das Europarecht zu berücksichtigen?

Daß öffentliches Recht ohne die Betrachtung des europäischen Rechts schon längst nicht mehr vermittelbar ist, wird kein Jurist eines EU-Mitgliedstaates bestreiten. Die Inhalte der großen Leitentscheidungen

des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit des europäischen Gemeinschaftsrechts und zu seinem Anwendungsvorrang sind ebenso bekannt und rechtswissenschaftlich aufgearbeitet wie die grundsätzliche Akzeptanz dieses Vorrangs seitens des BVerfG (auch wenn dieses sich das allerletzte der im Konfliktfall zu wechselnden Worte selbst vorbehält). Weit weniger bewußt und aufgearbeitet sind indes die Konsequenzen des Vorrangs, wenn es um seine praktisch entscheidenden Rechtsfolgen im Verwaltungsrecht geht. Gesetzt den Fall, daß unser Zirkus bereits in Österreich umhergereist ist und dort über alle nötigen Genehmigungen verfügt, ergibt sich die Frage, ob diese (oder auch nur einige davon) nicht auch in Deutschland anerkannt werden müssen. Ist die Pflicht, für das Zirkusgewerbe als solches, für die Bauart des Zeltes, für das Halten und Dressieren von Tigern und Löwen und dergleichen mehr eine neue Genehmigung einzuholen, nicht vielleicht als Beschränkung der europäischen Grundfreiheiten (hier in Gestalt der Dienstleistungsfreiheit) zu deuten? Oder ist eine Anerkennung möglicherweise gemeinschaftsrechtlich geregelt? Und wenn ja, mußte diese Regelung vom Gesetzgeber umgesetzt werden oder wirkt sie unmittelbar? Doch was gilt, wenn hierbei seitens des Parlamentes (beim Zustandekommen eines Gesetzes), seitens der Regierung (beim Erlass einer Verordnung) oder seitens einer nachgeordneten Verwaltungsstelle (bei der konkreten Behördenentscheidung) Fehler gemacht worden sind? Bei Fragestellungen dieser Art beginnt heutzutage die Arbeit am europäischen Recht; zu den Aufgaben des Juristen gehört es, sich Gedanken darüber zu machen, wie sich dies im einzelnen auswirkt.

V. Wie ist eine Rechtsfrage richtigerweise zu lösen?

Auch die Normen des öffentlichen Rechts sind als Rechtstexte sprachliche Zeichen, die ausgelegt werden müssen. Was bei knappen und bedeutungsvollen Verfassungsartikeln, die mit wenigen Worten ein umfassendes Regelungsprogramm transportieren, kein verständiger Rechtsanwender bezweifelt – „une constitution doit être courte et obscure“ –, wird nicht nur von Studentinnen und Studenten vergessen, wenn es um die Auslegung verwaltungsrechtlicher Vorschriften geht. Die Fragen, ob ein Zirkuszelt unter diese oder jene Bestimmungen des Bauordnungsrechts subsumiert werden kann oder ob das Abstellen der Wagen unter diese oder jene Klausel einer kommunalen Satzung über eine Straßensondernutzungsgebühr fällt, lassen sich aus der Sicht der Wissenschaft vom öffentlichen Recht, wie sie an der Universität gelehrt

werden soll, nicht durch einen Hinweis auf diese und jene Behördenpraxis oder das Urteil eines Gerichtes, und sei es auch das eines höchsten Gerichtes, entscheiden. Dies gilt (man muß es ausdrücklich betonen) auch für europarechtliche Fragen. Auch im öffentlichen Recht gibt es nirgendwo ein abschließend gesichertes Bescheidwissen über das richtige Verständnis eines Gesetzes – aus einer bestimmten Behördenpraxis läßt sich die Rechtslage ebensowenig bestimmen wie aus der herrschenden Vertragspraxis der Inhalt des BGB. Alles, was es gibt und was ein Rechtslehrer anbieten kann, sind auch im öffentlichen Recht: Argumente. Die Wissenschaft vom Staatsorganisationsrecht ist keine Anhäufung von Faktenwissen über die Funktion von Verfassungsorganen; die Arbeit eines Juristen, der sich mit verwaltungsrechtlichen Fragen beschäftigt, unterscheidet sich nach Gegenstand und Methode grundlegend von der Tätigkeit der Verwaltungsfachangestellten. Öffentliches Recht zu vermitteln und zu verstehen, bedeutet Rechtswissenschaft zu betreiben – im engsten Sinne dieses nicht immer richtig verstandenen Ausdrucks.

VI. Was soll das öffentliche Recht leisten?

Ein weiterer, mitunter nur schwer zu erkennender Irrtum betrifft die Frage, was das öffentliche Recht zu leisten vermag. Auch im öffentlichen Recht ist es möglich und muß der Jurist es ertragen, daß ein unbefriedigendes Ergebnis in einer bestimmten Situation das juristisch einzig richtige sein kann. Sollte beispielsweise unser Zirkusunternehmen bei der Zuteilung der Nutzungen einer öffentlichen Festwiese durch die kommunalen Behörden in rechtswidriger Weise übergegangen worden sein und daraufhin eine sogenannte Konkurrentenklage erheben, so tritt (wenn die Kapazität der Wiese tatsächlich erschöpft ist) sehr schnell eine Situation ein, in der zufriedenstellende Lösungen nicht zu finden sein werden: wie auch immer sich der Richter in diesem Streitfall entscheidet, so muß doch entweder der rechtsschutzsuchende Zirkusdirektor oder ein anderer Festwiesennutzer auf seinen Nutzungsanspruch verzichten, auf dessen Verwirklichung er möglicherweise vertraut hat. Das unter Schachspielern verbreitete Wort, wonach es in einer schlechten Lage keinen guten Zug geben kann, gilt durchaus auch für uns. Öffentliches Recht zu verstehen, heißt daher auch zu begreifen, daß durch die Justiz nicht alles geheilt werden kann und nicht alles geheilt werden soll, was in öffentlichen Angelegenheiten mißglückt ist.

VII. Welche Rolle spielt das Prozeßrecht?

Anders als im Zivilrecht und Strafrecht, steht die Zu-

lässigkeit eines Rechtsbehelfs im öffentlichen Recht von Anfang an scheinbar gleichberechtigt mit dem materiellen Recht im Zentrum der universitären Juristenausbildung. Was auch immer für eine solche Entwicklung der Grund gewesen sein mag (vielleicht war es das Bestreben, im Interesse der Studentinnen und Studenten einen einfachen Einstieg in komplizierte verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Prüfungsaufgaben zu schaffen) – sie hat dazu geführt, daß im Bewußtsein mehrerer Juristengenerationen materielles Recht vom Prozeßrecht her interpretiert und erfaßt wird: Grundrechtsmündigkeit, Schutznormcharakter oder Zwei-Stufen-Theorie werden von vielen zunächst einmal als prozeßrechtlich relevante Rechtsprobleme verstanden, bis man sie irgendwann im materiellen Recht wiederentdeckt und nachvollzieht, daß sie dort und nicht im Prozeßrecht beheimatet sind und gelöst werden müssen. Der bezeichnendste Ausdruck dessen ist vielleicht die verbreitete Angst von Studentinnen und Studenten, eine Klausur „wegen der falschen Klageart“ nicht zu bestehen. Wer jedoch eine Anfechtungsklage gegen die Versagung bejaht, wenn es darum geht, eine Genehmigung zu bekommen (wie zum Beispiel in unserem Fall eine sogenannte Ausführungsgenehmigung für Fliegende Bauten), der irrt sich nur scheinbar über die Art der zu erhebenden Klage – sein eigentlicher Irrtum findet statt dessen im Bauordnungsrecht statt, wo wesentliche Punkte der Genehmigungsbedürftigkeit von baulichen Anlagen (im Hinblick auf Fliegende Bauten) verkannt worden sind. Entsprechende prozeßrechtliche Kategorien sind oft nur die Konsequenz und ein Verwirklichungsinstrument der materiell-rechtlichen Normen – und nur von diesen her zu verstehen und zu entfalten.

VIII. Wie werden Rechtsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüft?

Sachverhalte in juristischen Ausbildungs- und Prüfungsklausuren werden durchweg von fiktiven Figuren bevölkert – die sich im Strafrecht meist strafbar verhalten, die im Zivilrecht Ansprüche gegeneinander verfolgen und die im öffentlichen Recht ein Handeln des Staates abwehren wollen oder ein solches verlangen. Folgerichtig bezieht sich auch die Subsumtion dieser Sachverhalte auf das fiktive Geschehen, das im Hinblick auf diese Figuren erzählt wird. Die Informationen, die der Sachverhalt in unserem Fall über den Zirkus bereitstellt, wären demnach unter die Normen des Verwaltungsrechts und gegebenenfalls auch unter grundrechtliche Schutzbereiche zu subsumieren. Unpassend wäre diese Herangehensweise jedoch (und unpassend wäre es demzufolge in der Rechtspraxis,

auf den konkreten zugrunde liegenden Rechtsstreit zu rekurrieren), wo es um die abstrakte Überprüfung von Rechtsnormen geht – prozeßrechtlich gesehen also insbesondere bei abstrakten und konkreten Normenkontrollen im Verfassungsprozeßrecht und bei Normenkontrollanträgen gemäß § 47 VwGO im Verwaltungsprozeßrecht. Nichts anderes gilt letztlich jedoch bei jeder inzidenten Überprüfung von Rechtsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht. Bei rechtlichen Erwägungen dieser Art spielen die im Sachverhalt genannten (beziehungsweise in der Rechtspraxis: die in das konkrete Verfahren involvierten) Parteien keine Rolle – ob eine Satzung zur Vergabe der Festwiese an Zirkusveranstalter mit höherem Recht zu vereinbaren ist, muß abstrakt beantwortet werden. Zu berücksichtigen sind die konkreten Personen allenfalls als Beispielsfälle, an deren Situation sich die Verletzung von höherrangigen Normen (insbesondere von Grundrechten) beobachten läßt.

IX. Wie sind Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen?

In einem bemerkenswerten Kontrast zu dem oben beschriebenen Irrtum, wonach das öffentliche Recht in erster Linie aus subsumtionsgerechten Detailvorschriften bestehe, die ohne größere Auslegungsanstrengung angewandt werden können, steht ein Vorurteil, welches wohl als das am weitesten verbreitete Vorurteil gegenüber der Dogmatik dieses Rechtsgebietes betrachtet werden kann. Dieses Vorurteil besagt, daß die Entscheidung öffentlich-rechtlicher Fälle zwangsläufig auf eine Abwägung hinauslaufen müsse, die sich ihrerseits in einer Anhäufung einiger mehr oder weniger aussagekräftiger Formeln und Floskeln erschöpft. Wahr daran ist, daß im öffentlichen Recht über kollidierende öffentliche und private Interessen zu entscheiden ist, die koordiniert (jedoch nicht unbedingt miteinander versöhnt) werden müssen. Bewerkstelligen läßt sich ein solcher Ausgleich nur dadurch, daß die entsprechenden Belange herausgearbeitet, einander gegenübergestellt und hinsichtlich ihres juristischen Gewichts eingestuft werden. Gegenstand einer solchen Abwägung können somit nur Rechtsgüter sein. Sollten sich beispielsweise die Nachbarn des Zirkus nach Ruhe sehnen und deshalb ein Einschreiten der Behörden gegen die Abendveranstaltung fordern, sind letztlich, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, die subjektiven Rechte beider Seiten miteinander in Einklang zu bringen – einerseits Art. 2 Abs. 1 GG als das Recht der Nachbarn, in der Nacht ungestört schlafen zu können, und andererseits Art. 12 GG als die Berufsfreiheit des

Zirkusbetriebes. Nicht auf Grund eines diffusen und subjektiv-emotionalen Für-besser-befindens, sondern anhand einer juristischen Betrachtung der Rechtspositionen ist dieser Konflikt zu entscheiden. Hierbei ist herauszuarbeiten, wie schwer diese Rechtspositionen (um dieses Wort noch einmal zu wiederholen) in concreto tangiert sind, ob zwischen ihnen im allgemeinen oder in bestimmten Situationen so etwas wie eine Hierarchie nachweisbar ist, welche anderen Möglichkeiten ihrer Verwirklichung denkbar erscheinen – und dergleichen mehr. Die eigentliche Herausforderung, welche sich mit diesen Abwägungen verbindet, liegt allerdings nur vordergründig im inhaltlichen Gelingen einer Abwägung selbst; hintergründig besteht sie darin, die Bedeutung von Abwägungen im öffentlichen Recht weder zu unterschätzen – noch zu übertreiben.

X. Was ist der Staat?

Im öffentlichen Recht, wie wir es in den Vorlesungen vermitteln und wie die Gerichte es praktizieren, gibt es ein Wort, das uns allgegenwärtig erscheint: dieses Wort lautet „Staat“. Es sind die Behörden des Staates, die über die Erteilung von Genehmigungen entscheiden, welche der Zirkus benötigt; es sind die Gesetzgebungskörperschaften des Staates, welche die gesetzlichen Rahmenbedingungen schaffen, auf Grund derer jene Genehmigungen in diesem Fall erteilt und im anderen Fall versagt werden müssen; und es sind die Gerichte des Staates, die gegebenenfalls über die Rechtmäßigkeit dieses staatlichen Handelns entscheiden. Daß sich die Dogmatik des öffentlichen Rechts mit dem Staat beschäftigen muß, wird mit größter Selbstverständlichkeit angenommen und der Arbeit zugrunde gelegt – das öffentliche Recht selbst wird als das Recht definiert, das sich an den Staat richtet. Die Vorstellung davon, was Staat in diesem Sinne bedeutet, ist dennoch der am wenigsten bewußte und der am meisten von gedanklichen Defiziten geprägte Gesichtspunkt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Was hat es zu bedeuten, daß die Verfassungsrechtsprechung auch die deutschen Länder als „Staaten“ bezeichnet (obwohl eine solche Bezeichnung im Text des Grundgesetzes interessanterweise nicht auffindbar ist)? Und was hat es weiterhin zu bedeuten, daß man in vielen Zusammenhängen die hoheitliche Tätigkeit der Kommunen vom Handeln des „Staats“ unterscheidet? Wann ist „privat“ das Gegenteil von „staatlich“ in unserem Sinne – sodaß „staatlich“ nichts anderes als „hoheitlich“ heißt? Wie ist das Verhältnis von „Staat“ und „Recht“ zu beschreiben – ist beides zwangsläufig aufeinander bezogen oder gibt es einseitig erlassenes Recht, das den einzelnen zu einem

Handeln verpflichtet und nicht auf den Willen des Staates zurückgeht? Gibt es Bedeutungen des Ausdrucks „staatlich“, wonach auch das supranationale europäische Recht als „staatlich“ eingestuft werden muß? Gibt es unter Umständen Situationen, in denen aus dem Wesen „des Staates als Staat“ Rechtsfolgen deduziert werden können? Entsprechende Fragen lassen sich in Fülle denken und formulieren. Gemeinsam bezeugen sie ein und dasselbe: daß es ohne eine klare Idee von Staatlichkeit kein tieferes Verständnis des öffentlichen Rechts geben kann. Diese scheinbar schon längst beantworteten Fragen sind es bis heute und werden es auch zukünftig bleiben, die dem mit dem öffentlichen Recht befaßten Juristen die meisten Zweifel bereiten. Hier, bei der Aufklärung des Verhältnisses von Recht und Staat, beginnt die Korrektur des falschen Bilds vom öffentlichen Recht.