

SEBASTIAN GRAF KIELMANSEGG

Grundrechte im Näheverhältnis

Jus Publicum

217

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 217



Sebastian Graf Kielmansegg

Grundrechte im Näheverhältnis

Eine Untersuchung zur Dogmatik
des Sonderstatusverhältnisses

Mohr Siebeck

Sebastian Graf Kielmansegg, geboren 1972; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg, Edinburgh und Heidelberg; Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg; Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Mannheim, 2005 Promotion, 2012 Habilitation; Lehrstuhlvertretungen in Berlin und Augsburg.

e-ISBN 978-3-16-152306-9

ISSN 978-3-16-152247-5

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

In memoriam Caroline Pross

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrssemester 2012 von der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim als Habilitationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Ende 2011 berücksichtigt werden.

Am Ende eines solchen Projektes steht der Dank an die, die sein Gelingen ermöglicht haben. Dieses Buch gibt dazu besonders viel Anlass. Das gilt vor allem für meinen verehrten akademischen Lehrer Eibe Riedel. Er hat nicht nur die Entstehung dieser Arbeit mit kritischem und geduldigem Rat begleitet, sondern mich in einem Jahrzehnt der Zusammenarbeit an seinem Lehrstuhl mit großer Umsicht und un-nachahmlicher Herzlichkeit in jeder Hinsicht gefördert.

Für die rasche Erstellung der beiden weiteren von der Mannheimer Habilitationsordnung vorgesehenen Gutachten danke ich Professor Dr. Hans-Joachim Cremer und Professor Dr. Wolf-Rüdiger Schenke.

Zeit für gründliches Nachdenken gehört zu den großen Kostbarkeiten im akademischen Betrieb. Dass ich dieses Privileg hatte, verdanke ich ebenso der Rücksichtnahme meiner Fakultät wie der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die es mir durch ein Stipendium ermöglichte, die letzten Monate des Projektes frei von anderen Verpflichtungen an diesem Buch zu arbeiten. Günstigere Forschungsbedingungen hätte ich mir kaum wünschen können.

Auch die Baden-Württemberg-Stiftung hat dazu beigetragen, indem sie mich in ihr „Eliteprogramm für Postdoktoranden“ aufgenommen und mir die Möglichkeit gegeben hat, ein kleines Team von Mitarbeitern für rechtsvergleichende Recherchen aufzubauen: Bénédicte Couvreur und Jessica Viven (Frankreich), Dr. Katharina Fellenberg (Großbritannien), Dr. Christian Groni (Schweiz), Philip Janis (USA), Anne-Sophie Ritter (EMRK und EU) sowie Anne Süß (Österreich). Auf ihrer engagierten Vorarbeit fußt das zweite Kapitel. Auch Christine Zott war daran beteiligt; dass ihre instruktiven Studien zur schwedischen Rechtslage am Ende keinen Eingang in dieses Buch gefunden haben, lag nicht an ihr. Wertvolle Unterstützung haben mir darüber hinaus in wechselnder Besetzung Alexandra Didenko, Philip Hagedorn, Kerstin Hofmann, Bastian Jansen, Timur Nayin und Dr. Karen Spring geleistet. Meine Kollegen Dr. Dirk Hanschel und Dr. Konrad Lachmayer standen mir mit hilfreichem Rat zur Seite. Ihnen allen danke ich herzlich.

Die Hohbühl-Stiftung und Professor Dr. Reiner Schmidt boten mir im Sommer 2009 die unvergleichliche Chance, die damals noch unfertigen Grundgedanken die-

ser Arbeit auf einem ebenso idyllischen wie großzügig ausgerichteten Symposium zu präsentieren. Aus der fruchtbaren Diskussion im kleinen und hochrangig besetzten Kreis habe ich großen Gewinn gezogen. Auch für diese Nachwuchsförderung im allerbesten Sinne gilt mein Dank dem Ausrichter und den Teilnehmern dieser Runde.

Um die Veröffentlichung der Arbeit hat sich noch einmal Dr. Katharina Fellenberg verdient gemacht, die große Teile des langen Manuskriptes korrekturgelesen hat. Das Bundesministerium des Innern und die DFG haben die Veröffentlichung durch die Gewährung von Druckkostenbeihilfen überhaupt erst ermöglicht.

Meine Familie hatte die Herausforderungen dieser Arbeit mitzutragen. Sie hat das mit unendlicher Geduld getan. Ohne ihre Anteilnahme und Ermutigung hätte das Buch nicht geschrieben werden können. Ich widme es meinem Vater, dem vor allen anderen ich die Freude am wissenschaftlichen Nachdenken verdanke.

Heidelberg, im September 2012

Sebastian Graf Kielmansegg

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
<i>Einleitung</i>	1
A. Das Näheverhältnis – Annäherungen an die Thematik	1
B. Das besondere Gewaltverhältnis als rechtshistorischer Anknüpfungspunkt	4
C. Rechtsvergleichende Anknüpfungspunkte	8
Erster Teil: Das Näheverhältnis im Rechtsstaat – eine Bestandsaufnahme	13
<i>Kapitel 1: Rechtshistorische Perspektiven: Aufstieg und Fall des besonderen Gewaltverhältnisses</i>	15
A. Die Entfaltung des besonderen Gewaltverhältnisses in der konstitutionellen Epoche	15
B. Die Erosion des besonderen Gewaltverhältnisses im republikanischen Deutschland	59
C. Der Ertrag der rechtshistorischen Perspektive	90
<i>Kapitel 2: Rechtsvergleichende Perspektiven</i>	95
A. Die Rezeption des besonderen Gewaltverhältnisses	95
B. Andere Rechtsordnungen	112
C. Internationale Rechtsregime	135
D. Der Ertrag der rechtsvergleichenden Perspektive	149
<i>Kapitel 3: Analytische Perspektiven</i>	155
A. Das „Näheverhältnis“ als Ausgangspunkt	155
B. Deutungsmuster in der Theorie des besonderen Gewaltverhältnisses	158
C. Dogmatische Brechungsfaktoren im Näheverhältnis	164
D. Der Ertrag der analytischen Perspektive	186

Zweiter Teil: Rechtsdogmatische Analyse	195
<i>Kapitel 4: Recht im Näheverhältnis</i>	<i>197</i>
A. Objektives Recht im Näheverhältnis	197
B. Subjektive Rechte im Näheverhältnis	274
C. Recht im Näheverhältnis – Gesamtbild	287
<i>Kapitel 5: Materieller Grundrechtsschutz im Näheverhältnis</i>	<i>289</i>
A. Grundlagen	289
B. Grundrechtsrelativierende Faktoren im Näheverhältnis – Die abwehrrechtliche Dimension	323
C. Grundrechtsaktivierende Faktoren im Näheverhältnis – Die leistungsrechtliche Dimension	473
D. Materieller Grundrechtsschutz im Näheverhältnis – Gesamtbild	479
<i>Kapitel 6: Kompetenzverteilung im Näheverhältnis</i>	<i>487</i>
A. Der Vorbehalt des Gesetzes	487
B. Rechtsschutz	526
C. Kompetenzverteilung im Näheverhältnis – Gesamtbild	536
Dritter Teil: Bilanz	539
<i>Kapitel 7: Resultate und Querverbindungen</i>	<i>541</i>
A. Grundlagen	541
B. Dogmatische Weichenstellungen	544
C. Binnendifferenzierung	550
<i>Kapitel 8: Erträge</i>	<i>555</i>
A. Das spezifische Profil der Eingliederungslage	555
B. Die Anbindung an die allgemeine Grundrechtsdogmatik	557
Literaturverzeichnis	561
Stichwortverzeichnis	603

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
<i>Einleitung</i>	1
A. Das Näheverhältnis – Annäherungen an die Thematik	1
B. Das besondere Gewaltverhältnis als rechtshistorischer Anknüpfungspunkt	4
C. Rechtsvergleichende Anknüpfungspunkte	8
Erster Teil: Das Näheverhältnis im Rechtsstaat – eine Bestandsaufnahme	13
<i>Kapitel 1: Rechtshistorische Perspektiven: Aufstieg und Fall des besonderen Gewaltverhältnisses</i>	15
A. Die Entfaltung des besonderen Gewaltverhältnisses in der konstitutionellen Epoche	15
I. Die Figur des Gewaltverhältnisses	17
1. Ausgangspunkt	17
2. Die Systematisierung des Gewaltbegriffs bei Friedrich Schmitthenner	18
3. Das Gewaltverhältnis im staatsrechtlichen Positivismus	21
a) Systematische Verortung	21
aa) Gewaltverhältnis und Öffentliches Recht	21
bb) Die Gegenüberstellung von Gewalt- und Forderungsverhältnis	22
cc) Auflösungstendenzen	24
dd) Die Gegenüberstellung von Gewalt und Recht	25
b) Inhaltliche Merkmale des Gewaltverhältnisses	26
aa) Abgrenzungskriterien	26
bb) Varianten	28
II. Der Weg zum besonderen Gewaltverhältnis	31

1. Die frühen Ansätze der Theoriebildung	32
a) Beamtenrechtliche Wurzeln	32
b) Disziplinarrechtliche Wurzeln	36
2. Der Entwurf Otto Mayers	40
a) Die Bedeutung Otto Mayers für das besondere Gewaltverhältnis	40
b) Die Konturen der Rechtsfigur	42
3. Rezeption durch die spätkonstitutionelle Rechtswissenschaft	44
a) Konsolidierung	44
b) Kritische Stimmen	48
III. Zwischenbilanz	49
1. Bestandsaufnahme	49
2. Der rechtsdogmatische Gehalt des besonderen Gewaltverhältnisses	51
3. Die systemimmanenten Schwachstellen	55
4. Resümee	57
B. Die Erosion des besonderen Gewaltverhältnisses im republikanischen Deutschland	59
I. Die Zwischenkriegszeit	59
1. Weimarer Kontinuitäten	59
2. Ablösungstendenzen	62
a) Systematische Zusammenhänge	62
b) Die dogmatische Natur des besonderen Gewaltverhältnisses	64
3. Öffnungstendenzen	65
4. Gleichschaltung	68
II. Das besondere Gewaltverhältnis unter der Herrschaft des Grundgesetzes	69
1. Bonner Kontinuitäten	69
a) Der Fortbestand des besonderen Gewaltverhältnisses	69
b) Fortschreitende Erosion	71
c) Die dogmatischen Grundlagenfragen	73
2. Der Kollaps des besonderen Gewaltverhältnisses	75
a) Vorboten	75
b) Der Sturm auf die Bastille	77
c) Die Strafvollzugsentscheidung und ihre Folgen	81
3. Reaktion und Nachlese	82
a) Der Pendelumschwung der 1980er Jahre	82
b) Perspektiven der Gegenwart	85
C. Der Ertrag der rechtshistorischen Perspektive	90
I. Beobachtungen	90
II. Schlussfolgerungen	92

<i>Kapitel 2: Rechtsvergleichende Perspektiven</i>	95
A. Die Rezeption des besonderen Gewaltverhältnisses	95
I. Die Schweiz	95
1. Die Tradierung der Rechtsfigur	95
a) Grundlagen	95
b) Entwicklungen	97
2. Einzelfragen	99
a) Der Vorbehalt des Gesetzes	99
b) Grundrechte	101
c) Rechtsschutz	103
II. Österreich	105
1. Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Lehre	105
a) Rezeption und Neuorientierung	105
b) Nachwirkungen	107
2. Einzelfragen	109
a) Das Legalitätsprinzip	109
b) Grundrechte	110
c) Rechtsschutz	111
B. Andere Rechtsordnungen	112
I. Frankreich	113
1. Der Regelungsautor	113
2. Grundrechte	115
3. Rechtsschutz	118
II. Die USA	119
1. Der Regelungsautor	120
2. Grundrechte	121
3. Rechtsschutz	126
III. Das Vereinigte Königreich	127
1. Der Regelungsautor	128
2. Grundrechte	130
3. Rechtsschutz	132
C. Internationale Rechtsregime	135
I. Die Europäische Menschenrechtskonvention	135
1. Systematische Grundlagen	135
2. Der Regelungsautor	136
3. Das materielle Schutzniveau	138
a) Das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs	138
b) Rechtfertigungsanforderungen	139
aa) Funktionsträgerverhältnisse	140
bb) Anstaltsverhältnisse	143
4. Rechtsschutz	145

II.	Unionsrecht	146
1.	Stellenwert	146
2.	Grundrechte im europäischen Dienstrecht	147
D.	Der Ertrag der rechtsvergleichenden Perspektive	149
I.	Rechtsstaatliche Anomalien	150
II.	Rechtsstaatliche Normalitäten	150
1.	Systematische Lösungsansätze	150
2.	Einzelfragen	152
 <i>Kapitel 3: Analytische Perspektiven</i>		 155
A.	Das „Näheverhältnis“ als Ausgangspunkt	155
I.	Die Gegenüberstellung von Staat und Bürger	155
II.	Der Begriff des Näheverhältnisses	158
B.	Deutungsmuster in der Theorie des besonderen Gewaltverhältnisses	158
I.	Personale Deutungsmuster	159
II.	Strukturelle Deutungsmuster	161
III.	Synthesen und ergänzende Deutungsmuster	162
C.	Dogmatische Brechungsfaktoren im Näheverhältnis	164
I.	Verfassungspositive Sonderregelungen	165
1.	Der Textbefund	165
2.	Anerkennung durch Institutionalisierung im Grundgesetz?	166
3.	Anerkennung durch den Parlamentarischen Rat?	168
II.	Immanente Strukturmerkmale des Näheverhältnisses	170
1.	Die Befindlichkeit im Eingliederungsverhältnis	171
a)	Die Eingliederungslage	171
b)	Besonderheiten im Eingliederungsverhältnis	172
2.	Spezifische Einwirkungspotentiale	173
a)	Das spezifische Einwirkungspotential des Staates	175
b)	Das spezifische Einwirkungspotential des Bürgers	176
c)	Relativierungen	177
3.	Sachwalterschaft und Vertretung im Funktionsträgerverhältnis	179
a)	Fremdbezogenheit und Zurechnungsverschiebung	179
b)	Abgrenzungen	183
4.	Ergänzende Faktoren	184
a)	Sekundäre Merkmale der Eingliederungslage	184
b)	Akzidentelle Faktoren	185
c)	Spezifische staatliche Rechtspositionen	185
D.	Der Ertrag der analytischen Perspektive	186
I.	Die immanenten Strukturmerkmale des Näheverhältnisses	186
II.	Problematische Kriterien	187

1. Getrennte Rechtskreise	187
2. Ganzheitlichkeit und Personalität	187
3. Der Statusbegriff	189
4. Qualifizierte und kumulierte Eingliederung	192
III. Schlussfolgerungen	192
Zweiter Teil: Rechtsdogmatische Analyse	195
<i>Kapitel 4: Recht im Näheverhältnis</i>	197
A. Objektives Recht im Näheverhältnis	197
I. Grundlagen	197
1. Der rechtstheoretische Begriff des Rechts	197
2. Rechtsnorm, Rechtssatz und Rechtsverhältnis	199
II. Das besondere Gewaltverhältnis – ein rechtsfreier Raum?	201
1. Hintergründe	202
2. Das besondere Gewaltverhältnis als Rechtsverhältnis	205
a) Gewalt und Recht	205
b) Das besondere Gewaltverhältnis	206
c) Einwände	208
aa) Nur ein Pflichtenverhältnis?	209
bb) Die Vorrechtlichkeit der Gewaltverhältnisse	209
cc) Recht nur als Grenzziehung?	211
dd) Gewaltverhältnis und Obrigkeitsstaat	215
3. Regelungen im besonderen Gewaltverhältnis	216
a) Die Negierung des Rechtscharakters in der konstitutionellen Theorie	216
b) Übergreifende Begründungsmuster	217
aa) Die Allgemeinheit des Adressatenkreises	217
bb) Rechtsanwendung statt Rechtsetzung	218
cc) Die Zweiseitigkeit des Rechtssatzes	220
c) Der konstitutionelle Rechtssatzbegriff	223
aa) Soziale Schrankenziehung und Impermeabilitätstheorie	223
bb) Die Freiheits- und Eigentumsformel	224
d) Die Bedeutung des Befundes	225
aa) Die Relativität der Negierung des Rechtscharakters	226
bb) Der Stellenwert für das besondere Gewaltverhältnis	228
III. Gegenwartsperspektiven	230
1. Das Näheverhältnis als Verwaltungsrechtsverhältnis	230
a) Die Bedeutung der Rechtsverhältnislehre	231

b) Systematische Einordnung	232
aa) Der Bezug zum Organisationsrecht	232
bb) Staatsbürger- und Funktionsträgerverhältnis	235
c) Allgemeine Binnendifferenzierungen	236
aa) Außen- und Innenrecht	237
bb) Grund- und Betriebsverhältnis	241
cc) Organisations- und Organverhältnis	247
d) Binnendifferenzierungen im Funktionsträgerverhältnis	249
aa) Dienst- und Amtsrecht	249
bb) Das Amtswalterverhältnis	254
cc) Relativierungen	264
e) Resümee	268
2. Regelungen im Näheverhältnis	271
B. Subjektive Rechte im Näheverhältnis	274
I. Das subjektive Recht im besonderen Gewaltverhältnis	274
1. Gewaltverhältnis und subjektives Recht	274
2. Besonderes Gewaltverhältnis und subjektives Recht	275
II. Gegenwartsperspektiven	276
1. Konturen des subjektiven Rechts	276
2. Subjektive Rechte des Bürgers im Näheverhältnis	279
a) Spezielle subjektive Rechte in der Funktionsausübung	279
b) Spezielle subjektive Rechte in anderen Eingliederungs- konstellationen	281
3. Subjektive Rechte des Staates im Näheverhältnis	285
C. Recht im Näheverhältnis – Gesamtbild	287
 <i>Kapitel 5: Materieller Grundrechtsschutz im Näheverhältnis</i>	 289
A. Grundlagen	289
I. Der rechtshistorische Ausgangspunkt: Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis	289
1. Die konstitutionelle Staatsrechtslehre	289
2. Weimarer Entwicklungen	291
3. Anknüpfungen unter dem Grundgesetz	293
II. Aussagen des Grundgesetzes	297
1. Die Bedeutung von Art. 17a GG	297
a) Regelungsgehalt	297
b) Zwischen Kontinuität und Wandel	299
c) Weiterführende Folgerungen?	301
aa) Grundrechtsgeltung im Näheverhältnis?	302
bb) Die Eingliederungslage als Grundrechtsschranke?	302
cc) Schranken- und Abwägungsmaßstäbe?	306

2. Die Bedeutung von Art. 33 Abs. 4 und 5 GG	308
a) Kernaussagen	309
aa) Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums	309
bb) Das Treueverhältnis	310
b) Grundrechtsdogmatische Einordnung	315
aa) Art. 33 Abs. 4 und 5 GG als Vorbehaltsklauseln	315
bb) Objektive Rückbindung	318
c) Personelle Reichweite	320
d) Gesamtbild	322
3. Die Bedeutung von Art. 137 Abs. 1 GG	322
B. Grundrechtsrelativierende Faktoren im Näheverhältnis –	
Die abwehrrechtliche Dimension	323
I. Präliminarien	324
1. Konfliktebenen	324
a) Primärbeeinträchtigungen	324
aa) Konstituierende Pflichten	324
bb) Insbesondere: Die Freiheit der Person	325
b) Folgebeeinträchtigungen	328
2. Konflikttypen	329
a) Grundrechtsbeeinträchtigungen durch zeitliche Verdrängung	329
b) Die Reichweite der grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte	330
c) Die Konkurrenzlösung	333
d) Der Verdrängungskonflikt als Primär- oder Folgebeeinträchtigung	335
3. Das Moment der Einwilligung	336
a) Die Figur des Grundrechtsverzichts	337
b) Hindernisse	339
aa) Die Verknüpfung von Eingliederung und Grundrechtsverzicht	340
bb) Differenzierung zwischen Primär- und Folgebeeinträchtigung	342
cc) Die Unbestimmtheit der Einwilligung	344
c) Freiheitsverbrauch	344
II. Lösungsansätze	346
1. Die Funktionsbedürfnisse staatlicher Institutionen	346
a) Funktionsfähigkeit als Rechtfertigungsargument	346
b) Die Frage des Verfassungsrangs	348
c) Konflikt und Abwägung	351
d) Beamten- und wehrrechtliche Überlagerungen	352
2. Die Usurpationsgrenze	353

a) Keine Inanspruchnahme Dritter	353
b) Einwände	355
c) Der Staat als Dritter	357
III. Eckpunkte der Grundrechtslage im Näheverhältnis	359
1. Grundrechtsrelativierung im Funktionsstatus	359
a) Grundsatz	359
b) Sonderfälle	362
c) Verbleibende Grundrechtsrelevanz	364
2. Grundrechtsrelativierung im Bürgerstatus	364
a) Anwendbarkeit der Distanzrechtsdogmatik	364
b) Konfliktlösung auf Rechtfertigungsebene	366
aa) Rechtfertigungsgründe	366
bb) Konfliktkonstellationen	368
c) Beamten- und wehrrechtliche Überlagerungen	369
aa) Grundsatz	369
bb) Die politische Treuepflicht	370
d) Gesamtbild	374
3. Grundrechtsrelativierung im Nutzer- und Unterbringungsstatus	376
a) Positive Handlungsfreiheit in der räumlichen Eingliederung	377
aa) Die Usurpationsgrenze: Keine Inanspruchnahme fremder Güter	377
bb) Der Staat als Eigentümer	380
cc) Die Staatszuordnung öffentlicher Sachen	380
dd) Die Nutzung fremder Räume	384
ee) Der Nichtstörungsvorbehalt auf Schrankenebene	387
ff) Einzelheiten des Nichtstörungsvorbehaltes	390
gg) Zusammenfassung	394
b) Sonstige grundrechtliche Schutzgüter	396
aa) Irrelevanz der Usurpationsgrenze	396
bb) Anwendbarkeit der Distanzrechtsdogmatik	398
cc) Die Frage des Grundrechtseingriffs	399
4. Grundrechtsrelativierung im Personalstatus	401
a) Überlagerungen mit der räumlichen Eingliederung	402
b) Positive Handlungsfreiheiten in der funktionalen Eingliederung	403
aa) Die Usurpationsgrenze im Funktionsträgerverhältnis	404
bb) Tatbestandliche Freiheitsgrenzen: Amtsausübung und Amtsausnutzung	405
cc) Amtsbegleitendes Verhalten und Nichtstörungs- vorbehalt	407

dd) Außerdienstliches Verhalten	410
c) Sonstige grundrechtliche Schutzgüter	410
aa) Fallgruppen und Abgrenzungen	410
bb) Faktoren auf Rechtfertigungsebene	413
d) Beamten- und wehrrechtliche Überlagerungen	414
IV. Innere Grenzfälle	415
1. Meinungsäußerungsfreiheit im Amt	416
a) Tatbestandliche Grenzen des Grundrechtsschutzes	416
aa) Amtliche Äußerungen	416
bb) Sonstige Fälle der tatbestandlichen Usurpationsgrenze	417
b) Das Schrankenregime	420
2. Bekleidung im Amt	422
a) Grundkonstellation	422
b) Qualifizierte Kleidung und der Kopftuchstreit	424
aa) Tatbestandliche Grenzen des Grundrechtsschutzes	426
bb) Der Nichtstörungsvorbehalt	428
cc) Abwägungsfragen: Die Integrität der staatlichen Außenrechtsbindung	429
dd) Abwägungsfragen: Sonstige Eingriffsziele	435
ee) Weltliche Dimensionen	440
3. Nichthandeln im Amt	442
a) Grundsatz: Die Freiheit vom Amt	442
b) Nichthandeln aus Gewissensgründen	445
aa) Illustration und Kritik: Die Pfaff-Entscheidung	445
bb) Absolute Handlungspflichten	448
cc) Relative Handlungspflichten	450
V. Äußere Grenzfälle	452
1. Äußere Grenzen der funktionalen Eingliederung	452
a) Beleihung und Auftragsvergabe	452
b) Funktionsausübung und demokratische Mitbestimmung	454
aa) Grundrechte des Volksvertreters	454
bb) Wahlen und Volksabstimmungen	457
2. Äußere Grenzen der räumlichen Eingliederung: Handeln in öffentlichen Räumen	459
a) Problemstellung	459
b) Reichweite und Grenzen des Freiheitsraumes	461
aa) Anknüpfungspunkt	461
bb) Die normative Zuordnung des Raumes	465
cc) Die objektive Prägung des Raumes	467
dd) Differenzierungen auf der Mikroebene?	468
ee) Fazit	470

C. Grundrechtsaktivierende Faktoren im Näheverhältnis –	
Die leistungrechtliche Dimension	473
I. Grundsatz	474
II. Ausprägungen	475
1. Kompensatorische Leistungsrechte	475
2. Kompensatorische Schutzpflichten	477
3. Kompensatorische Mitbestimmungsrechte	478
D. Materieller Grundrechtsschutz im Näheverhältnis – Gesamtbild	479
I. Grundlagen	479
1. Kernaussagen	479
2. Systematische Differenzierungen	480
3. Ergänzende Faktoren	480
II. Eckpunkte	481
1. Tatbestandliche Grenzen des Grundrechtsschutzes	481
a) Freiheitsgrenzen in der Funktionsausübung	481
b) Freiheitsgrenzen in der räumlichen Eingliederung	482
c) Jenseits der Usurpationsgrenze	482
2. Grundrechtsschranken im Näheverhältnis	483
a) Der Nichtstörungsvorbehalt	483
b) Die allgemeinen Vorbehaltsklauseln	484
c) Spezialvorbehalte	485
 <i>Kapitel 6: Kompetenzverteilung im Näheverhältnis</i>	 487
A. Der Vorbehalt des Gesetzes	487
I. Exekutivische Normsetzung	487
1. Ausgangslage	487
2. Fragezeichen	488
3. Korrekturen	490
a) Die Sonderverordnung	490
b) Rechtsetzung als exekutivische Funktion	491
c) Modifikationen im Näheverhältnis	493
aa) Die Ausgestaltung des Personalstatus	494
bb) Die Ausgestaltung des Nutzer- und Unterbringungsstatus	497
d) Ergebnis	498
II. Gesetzesvorbehalte	499
1. Ausgangslage	499
a) Die Vorbehaltsfreiheit des besonderen Gewaltverhältnisses	499
b) Das Ende des Sonderweges	502
c) Perspektiven	503
2. Die grundrechtlichen Eingriffsvorbehalte	504

a) Das Gesetzeserfordernis als Regelfall	504
aa) Allgemeine Vorbehaltsklauseln	504
bb) Verfassungsimmanente Schranken	506
cc) Sondervorbehalte im Beamten- und Soldatenverhältnis	506
b) Abweichungen	509
aa) Folgen der Usurpationsgrenze	509
bb) Der Nichtstörungsvorbehalt	509
c) Das Zitiergebot	514
3. Die Wesentlichkeitslehre	515
a) Parlamentsvorbehalt und Usurpationsgrenze	516
b) Die Regelungsdichte	519
aa) Grenzen der Normierbarkeit	519
bb) Strukturelle Faktoren	520
cc) Art. 33 Abs. 4 und 5 GG	522
dd) Grenzen der Globalermächtigung	523
c) Relativierung der grundrechtlichen Eingriffsvorbehalte?	524
III. Zusammenfassung	525
B. Rechtsschutz	526
I. Die Rechtsweggarantie	527
1. Überstilisiertes Erbe	527
2. Die Reichweite von Art. 19 Abs. 4 GG	528
II. Abschwächungen	530
1. Vorläufiger Rechtsschutz	530
a) Abwägungstendenzen	530
b) Der Verwaltungsakt als Weichenstellung	531
2. Kontrolldichte	535
C. Kompetenzverteilung im Näheverhältnis – Gesamtbild	536
Dritter Teil: Bilanz	539
<i>Kapitel 7: Resultate und Querverbindungen</i>	<i>541</i>
A. Grundlagen	541
I. Strukturmerkmale	541
II. Vergleichende und historische Anknüpfungspunkte	542
III. Systematischer Standort	544
B. Dogmatische Weichenstellungen	544
I. Die materielle Grundrechtsdimension	544
1. Die Usurpationsgrenze	545
a) Auf Tatbestandsebene	545
b) Auf Schrankenebene: Der Nichtstörungsvorbehalt	546

c) Resümee	546
2. Weitere Weichenstellungen	547
a) Die institutionelle Funktionsfähigkeit als gegenläufiges Rechtsgut	547
b) Spezialvorbehalte	548
c) Zeitliche Kollisionen	548
3. Kompensatorische Effekte	549
II. Die Dimension der Kompetenzverteilung	549
1. Die Vorbehaltsproblematik	549
2. Die Rechtsschutzproblematik	550
C. Binnendifferenzierung	550
I. Grundrechtsschutz im Funktionsstatus	551
II. Grundrechtsschutz im Personal- oder Nutzerstatus	551
1. Strukturelle Gemeinsamkeiten	552
2. Strukturelle Unterschiede	553
III. Grundrechtsschutz im Bürgerstatus	553
<i>Kapitel 8: Erträge</i>	555
A. Das spezifische Profil der Eingliederungslage	555
B. Die Anbindung an die allgemeine Grundrechtsdogmatik	557
Literaturverzeichnis	561
Stichwortverzeichnis	603

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AbgG	Abgeordnetengesetz
ABl.	Amtsblatt (EU)
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases (Law Reports)
Admin	Administrative Court (Abteilung des High Court)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJFP	Actualité juridique fonctions publiques
AK	Alternativkommentar (<i>Denninger u. a.</i>)
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
AMG	Arzneimittelgesetz
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts/ Archiv für öffentliches Recht
APA	Administrative Procedure Act (USA)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVR	Archiv des Völkerrechts
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BayBG	Bayerisches Beamtenengesetz
BayEUG	Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BBG	Bundesbeamtenengesetz
Bd.	Band
BeamStG	Beamtenstatusgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar (<i>Bader u. a./ Epping u. a.</i>)
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz (Österreich)
bez.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgerichtsgesetz (Schweiz)
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz (<i>Dolzer u. a.</i>)

BKGG	Berliner Kommentar zum Grundgesetz (<i>Friauf u. a.</i>)
BMinG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung
BPersVG	Bundespersönlichkeitsgesetz
BPG	Bundespersönlichkeitsgesetz (Schweiz)
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BV	Bundesverfassung (Schweiz)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (Österreich)
BW	Baden-Württemberg
BWaldG	Bundeswaldgesetz
bzw.	beziehungsweise
CA	Court of Appeal (Großbritannien)
Cardozo J.L. & Gender	Cardozo Journal of Law & Gender
CE	Conseil d'Etat
concl.	Conclusions (Schlussanträge)
CSOH	Scotland Court of Session Outer House
DDB	Der Deutsche Beamte
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DKP	Deutsche Kommunistische Partei
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dok.	Dokument
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVollzO	Dienst- und Vollzugsordnung
DVG	Dienstrechtsverfahrensgesetz (Österreich)
EAT	Employment Appeal Tribunal
ebd.	ebendort
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
etc.	et cetera
EU	Europäische Union

EuG	Gericht (erster Instanz) der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EvSt	Evangelisches Staatslexikon (<i>Heun u. a.</i>)
evt.	eventuell
EWHC	High Court of England and Wales
f./ff.	folgende
F.2d/3d	Federal Reporter 2 nd series/3 rd series
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
F.Suppl./F.Supp. 2d	Federal Supplement/ 2 nd series
FTCA	Federal Tort Claims Act (USA)
GemO	Gemeindeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Habil.	Habilitation
Halbbd.	Halbband
HDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts (<i>Anschütz/Thoma</i>)
HessStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (<i>Merten/Papier</i>)
HL	House of Lords
Hk-VerwR	Handkommentar Verwaltungsrecht (<i>Fehling u. a.</i>)
h. M.	herrschende Meinung
HRA	Human Rights Act (Großbritannien)
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (<i>Isensee/Kirchhof</i>)
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICR	Industrial Cases Reports
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
IPE	Handbuch Ius Publicum Europaeum (<i>Bogdandy u. a.</i>)
IRLR	Industrial Relations Law Reports
i. S. d.	im Sinne des
i. w. S.	im weiteren Sinne
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter

JB1	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KB	King's Bench (Law Reports)
KiTaFöG	Kindertagesförderungsgesetz
KiTaG	Kindertagesstättengesetz
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrO	Kreisordnung
LBG	Landesbeamtengesetz
Lfg.	Ergänzungslieferung
LG	Landgericht
LHG	Landeshochschulgesetz
lit.	littera (Buchstabe)
MD	Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar
Md.L.Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MG	Militärgesetz (Schweiz)
MKS	v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar
MPG	Medizinproduktegesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nds	Niedersachsen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungs-Report
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZWehr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
o.	oben
o. ä.	oder ähnlich
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖVA	Österreichisches Verwaltungsarchiv
ÖZÖR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
ÖZS	Österreichische Zeitschrift für Soziologie
OLG	Oberlandesgericht
Or.	Oregon Reports
OVG	Oberverwaltungsgericht

Parl. Rat	Parlamentarischer Rat (<i>Deutscher Bundestag/Bundesarchiv</i>)
PersV	Die Personalvertretung
PrLVG	Preußisches Landesverwaltungsgesetz
PrOVG	Königlich Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts
QB	Queen's Bench (Law Reports)
R.	Regina
Rec.	Recueil Lebon (Entscheidungssammlung des Conseil d'Etat)
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RBeamtenG	Reichsbeamtengesetz
RdS	Recht der Schule
RFDA	Revue française de droit administratif
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Recht im Amt
RMilG	Reichsmilitärgesetz
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt
RVerf.	Reichsverfassung
RWehrG	Reichswehrgesetz
S.	Satz/Seite
S-A	Sachsen-Anhalt
SchoG	Schulordnungsgesetz
SchulG	Schulgesetz
sec.	section
SG	Soldatengesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Entscheidungssammlung (EuGH/EuG)
Slg. ÖD	Entscheidungssammlung Öffentlicher Dienst (EuG)
s. o.	siehe oben
Sociol Rel	Sociology of Religion
Spiegelstr.	Spiegelstrich
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozessordnung
StrG	Straßengesetz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVG	Strafvollzugsgesetz (Österreich)
StVollzG	Strafvollzugsgesetz (Deutschland)
s. u.	siehe unten
Suffolk U.L.Rev.	Suffolk University Law Review

Teilbd. teilw.	Teilband teilweise
u.	und
UA	Unterabsatz
u. a.	und andere/ und andernorts
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords (Law Reports)
UN	United Nations
U.S.	United States Reports
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
U.S.C.	United States Code
USCMA	United States Court of Military Appeals
u. U.	unter Umständen
v.	versus
v. a.	vor allem
VBIBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
Verf.	Verfasser
Verw	Die Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VfGH	Verfassungsgerichtshof (Österreich)
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs (Österreich)
VfZ	Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz (Schweiz)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VJSchrStuFR	Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
VU	Preußische Verfassungsurkunde
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGH	Verwaltungsgerichtshof (Österreich)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes (Österreich)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Deutschland)
VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Schweiz)
WaSymbG	Weltanschauungssymbolegesetz (Gesetz zu Art. 29 der Verfassung von Berlin)
WBO	Wehrbeschwerdeordnung
WehrG	Wehrgesetz (Österreich)
WG	Wassergesetz

WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
Ziff.	Ziffer
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZP	Zusatzprotokoll
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zugl.	zugleich
ZVerglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft