

VERWALTUNG · VERFASSUNG · KIRCHE

KONSTANZER SYMPOSIUM AUS
ANLASS DES 80. GEBURTSTAGES VON
HARTMUT MAURER

HERAUSGEGEBEN
VON
MARTIN IBLER



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2012

MARTIN IBLER

Wie konkretisiert Verwaltungsrecht Verfassungsrecht?

A. Einleitung

Hartmut Maurer hat, anders als es heute oft üblich ist, sein Lehrbuch zum Staatsrecht erst vorgelegt, nachdem er zum Meister des Verwaltungsrechts geworden ist. Als 1999, im Jahr seiner Emeritierung, erstmals das Staatsrecht I erschien, gab es sein Verwaltungsrechtslehrbuch schon in der 12. Auflage.¹ Damit ist ein erster Aspekt unseres Themas berührt: Es kann für das Verfassungsrecht besonders fruchtbar sein, wenn es durch jemanden gelehrt wird, der das Verwaltungsrecht verinnerlicht hat.

B. Der Vorrang der Verfassung

Nicht gesagt ist damit, dass Verwaltungsrecht wichtiger ist als Verfassungsrecht. Dies täte dem Vorrang der Verfassung Unrecht, den das Grundgesetz mehrfach betont: In Art. 1 Abs. 3 bindet es Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung an die Grundrechte, in Art. 20 Abs. 3 die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung.² Die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 stellt sicher, dass diese Bindungen befolgt werden,³ und die Art. 93 und 100 ermöglichen, dass das Bundesverfassungsgericht den Vorrang der Verfassung mit überwacht. Auch die Rechtsdogmatik akzeptiert diesen Vorrang, wie die Methode der verfassungskonformen Auslegung einfachen Rechts zeigt. Ob der Vorrang der Verfassung aber in der täglichen Rechtsanwendung beherzigt wird, ist seit jeher weniger klar. Dazu lehren wir schon in der Anfängervorlesung zum Verwaltungsrecht zwei alte, markante Formeln. Die erste, „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“ von *Otto Mayer*, stammt von 1924.⁴ Sie erhellt, dass die Beamten des jungen Weimarer Staats – trotz des Verfassungswechsels

¹ 1. Aufl. 1980, 12. Aufl. 1999.

² Vgl. *Jens Kersten/ Sophie-Charlotte Lenski*, Die Entwicklungsfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, *Die Verwaltung* 42 (2009), 501 (511).

³ Vgl. auch *Christoph Schönberger*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: *Stolleis* (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949 – 1969)*, 2006, S. 53 (58).

⁴ *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 1924, Vorwort.

von Monarchie zu Demokratie und Republik⁵ – meist noch nach Verwaltungsgesetzen entscheiden mussten, die aus dem Kaiserreich stammten. Die zweite berühmte Formel, auch schon älter als 50 Jahre, ist der Titel eines Aufsatzes des früheren Bundesverwaltungsgerichtspräsidenten *Fritz Werner*: „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“.⁶ Dieser Ausdruck hat vielen den Einfluss des Grundgesetzes auf das Verwaltungsrecht bewusst gemacht.⁷ *Fritz Werner* blickte dabei vom Verfassungsrecht aus auf das Verwaltungsrecht.⁸ Seine Botschaft war: Das Grundgesetz hat das Verwaltungsrecht verändert. Das Grundgesetz prägt das Verwaltungsrecht. Als Beispiel nannte er, dass der Gleichheitssatz des Art. 3 das Verwaltungsermessen steuert und diese Steuerung justiziabel macht.⁹ Dies ist die Sicht vom Vorrang der Verfassung, wie sie uns heute vertraut ist.¹⁰

C. Der Einfluss des Verwaltungsrechts auf das Grundgesetz

Dagegen folgt der Titel dieses Vortrags dem umgekehrten Blick: Vom Verwaltungsrecht zum Verfassungsrecht, in der Normenhierarchie von unten nach oben. Das Thema impliziert, dass das Grundgesetz durch Verwaltungsrecht beeinflusst wird.

Dass Verwaltungsrecht Verfassungsrecht mitformen kann, wird seit Kurzem stärker betont. Aber Antworten auf die Frage, auf welche Weise dies geschieht, sind oft vage und sehr abstrakt. Beispielsweise werden die Rechtsgebiete Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht gewissermaßen als Lebewesen gedacht, wenn es heißt „Was kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?“¹¹ Stünde in einer Examensklausur, das Verfassungsrecht könne vom Verwaltungsrecht lernen, würde der Prüfer am Rand vermerken: „Schief“. Wenn ein Professor dasselbe in einem Aufsatz fragt – *er* darf dies –, möchte er zum Weiterdenken anregen. Aber der Teufel steckt auch hier im Detail. Wie also kann Verfassungsrecht durch Verwaltungsrecht konkretisiert werden, wo doch die Normenhierarchie in die Gegenrichtung weist?

Versteht man „konkretisieren“ in einem weiten Sinn, als ein Ergänzen und als ein Begrenzen für bestimmte Fälle und Fallgruppen, ja sogar bis hin zum Ver-

⁵ Zum Gehalt und zum Verhältnis der Begriffe Monarchie, Demokratie, Republik vgl. z. B. *Reinhold Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 15. Aufl. 2007, § 20 III.

⁶ *Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527 ff.

⁷ Vgl. dazu auch *Schönberger*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ (Fn. 3), S. 53 ff. – passim.

⁸ *Werner* (Fn. 6), DVBl. 1959, 527 (529).

⁹ *Werner* (Fn. 6), DVBl. 1959, 527 (530 f.).

¹⁰ Er wird aber auch nicht stets kritiklos hingenommen: Nicht nur neutral (so *Schönberger*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ (Fn. 3), S. 65), sondern wohl abwertend gemeint, wird manchmal von einer „Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts“ gesprochen. Ebenfalls rechtspolitisch abwertend wohl auch die Beschreibung einer „Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts“, vgl. z. B. *Schönberger*, a. a. O., S. 69.

¹¹ So der Titel eines Aufsatzes von *Jens Kersten*, DVBl. 2011, 585 ff.

drängen und Ersetzen von Verfassungsrecht, so finden sich viele Wege, auf denen Verwaltungsrecht Verfassungsrecht konkretisiert.

I. Zur Vielzahl von Einwirkungspfaden

Lassen Sie mich zuerst ein paar nennen, denen ich im Vortrag nicht weiter folge; wir können aber in der Diskussion auf sie zurückkommen: Ich zeichne jetzt nicht nach, wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Verwaltungsrecht entstand und dann zum Teil des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte werden konnte¹² oder wie das bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot zum rechtsstaatlichen Abwägungsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) aufstieg. Ich vertiefe auch nicht, wie kraft eines Gesetzesvorbehalts Verwaltungsrecht ein Grundrecht beschränken darf, und auch nicht, wie im Verwaltungsrecht neue Handlungsformen neben den Verwaltungsakt traten und dazu führten, dass die Grundrechtsdogmatik den Eingriffsbegriff vom klassischen zum modernen fortschrieb.¹³ Ich sage auch nichts zu der in Habilitations- und Doktorarbeiten oft genutzten Methode, aus sogenannten Referenzgebieten (z. B. dem Umweltrecht) systematisierend und verallgemeinernd neue Einblicke in das Verfassungsrecht zu gewinnen. Auf all diesen Wegen (und weiteren)¹⁴ kann Verwaltungsrecht auf Verfassungsrecht einwirken; auf allen droht ein Konflikt mit der Normenhierarchie.¹⁵

II. Zwei ausgewählte Einwirkungspfade

Mich beschäftigen heute zwei Wege, über die Verfassungsrecht durch Verwaltungsrecht ergänzt oder verdrängt wird. Auch sie erzeugen Spannung in der Normenhierarchie. Mein erstes Beispiel betrifft ein Ergänzen von Verfassungsrecht durch Verwaltungsrecht und gilt der Figur eines sogenannten normgeprägten Grundrechtsschutzbereichs. Mich interessiert, ob und ggf. wie das Grundrecht des Art. 5 (Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2) GG, sich aus allgemein zugänglichen

¹² Dazu z. B. *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 8 Rn. 55; kritisch zur verwaltungsrechtlichen Herkunft des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *Jens Kersten*, Was kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?, DVBl. 2011, 585 (588 f.).

¹³ Vgl. dazu z. B. *Kersten* (Fn. 12), DVBl. 2011, 585 (589).

¹⁴ Z. B.: *Verwaltungsverfahren als Ersatz für einen materiell-rechtlichen Grundrechtsschutz?*, vgl. dazu z. B. *Wolfgang Kahl*, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, *VerwArch* 2004, 1 (34 ff., insb. 36).

¹⁵ Vgl. dazu *Steffen Augsberg*, Rezension von Johannes Saurer, Die Funktionen der Rechtsverordnung, *Der Staat* 47 (2008), 141 (144 f.). Saurer gewinnt aus dem Umweltrecht als Referenzgebiet Erkenntnisse für verfassungsrechtliche Anforderungen an die Rechtsverordnung. *Augsberg* weist unter Berufung auf *Rainer Wähl* (Herausforderungen und Antworten, 2006, S. 43) darauf hin, dass ein Referenzgebiet aus dem Verwaltungsrecht für das Verfassungsrecht nur in sehr eingeschränktem Maß eine systematisierende, verallgemeinerungsfähige Ordnungsfunktion erfüllen kann, weil die Normenhierarchie ein induktives Vorgehen verbietet.

Quellen ungehindert zu unterrichten, durch das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes erweitert wurde. Das zweite Beispiel betrifft ein Verdrängen von Verfassungsrecht durch Verwaltungsrecht und gilt der Figur des sogenannten Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts.

1. Die Normprägung des Informationsgrundrechts

Zur Normprägung des Schutzbereichs beim Informationsgrundrecht (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2 GG) folgendes Beispiel:

Im April 2008, ein paar Monate bevor die Bank „Lehman Brothers“ zusammenbrach, gab Bundeskanzlerin Angela Merkel zum Geburtstag des Chefs der Deutschen Bank, Josef Ackermann, für diesen und für 30 seiner Freunde ein Abendessen. Heute glauben viele, eine Ursache der aktuellen Finanzkrise sei die Nähe zwischen Banken und Regierungen.¹⁶ Deshalb verlangte ein Privatmann vom Bundeskanzleramt Einsicht in alle Unterlagen, die mit dem Essen zu tun hatten: Einladungen, Gästeliste, Speisekarte, Tischreden und den Terminkalender der Kanzlerin für einen Zeitraum von zwei Monaten vor und nach dem Abendessen.

Das Informationsfreiheitsgesetz von 2006 gibt jedem gegenüber Behörden des Bundes sowie sonstigen Bundesorganen und -einrichtungen, die Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, ein Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen. Amtliche Information ist nach der Definition im Gesetz jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung, unabhängig von der Art ihrer Speicherung. Das Gesetz nennt auch einige Ausnahmen, in denen ein Informationsanspruch ausscheidet, z. B. wenn das Bekanntwerden der Information sich nachteilig auf Belange der inneren und äußeren Sicherheit auswirkt oder wenn es die öffentliche Sicherheit gefährden kann.

Im Fall der Einladung durch die Kanzlerin gab das Verwaltungsgericht Berlin¹⁷ der Klage nur zum Teil statt. Es verurteilte die Bundesrepublik, Details der Gästeliste herauszugeben. Aber das Begehren, den Terminkalender der Kanzlerin einzusehen, blieb erfolglos. Gegen das Urteil hat der Kläger inzwischen Berufung eingelegt.¹⁸

Unterstellt, auch die Berufung und ggf. eine Revision blieben erfolglos, wird der Kläger fragen, ob er beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde erheben kann. Dazu müsste er eine Grundrechtsverletzung rügen können. In Betracht kommt das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 2 GG). Um zu entscheiden, ob die Vorenthaltung des Terminkalenders dieses Grundrecht verletzt, müssen drei Fragen geklärt werden: 1. Ist hier eine „Quelle“ i. S. des Grundrechts betroffen?

¹⁶ Vgl. z. B. Nico Fried, *G'schmäcke statt Geschmack*, Süddeutsche Zeitung Nr. 82 v. 8. 4. 2011, S. 5.

¹⁷ U. v. 7. 4. 2011 – VG 2 K 39.10 – juris.

¹⁸ Vgl. dazu nunmehr (insoweit das VG bestätigend) OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 20. 3. 2012, – OVG 12 B 27.11 – juris.

2. Ist diese Quelle „allgemein zugänglich“? 3. Geht es hier darum, sich aus ihr „zu unterrichten“?

a) „Quelle“ i. S. des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2 GG

Unter einer Quelle i. S. des Informationsgrundrechts versteht man beliebige Träger von Informationen¹⁹ und den Gegenstand der Information selbst.²⁰ Der Inhalt einer Information spielt keine Rolle.²¹ Die „Quelle“ könnte hier das Bundeskanzleramt sein, weil es den Terminkalender der Kanzlerin führt. Als Informationsquelle kommt aber auch der Terminkalender selbst in Betracht.

b) Allgemeine Zugänglichkeit

„Allgemein zugänglich“ ist eine Quelle, wenn sie (technisch) geeignet und dazu bestimmt ist, einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis (= der Allgemeinheit) Informationen zu verschaffen.²² An der technischen Eignung des Kalenders, die Allgemeinheit zu informieren, besteht kein Zweifel. Zweifelhaft ist vielmehr, ob er für die Allgemeinheit bestimmt ist. Zu unterscheiden ist, wer dies bestimmen darf, und ob er sein Bestimmungsrecht ausgeübt hat. Ursprünglich nahm man an, dass die „Bestimmung“ für die Allgemeinheit durch den Urheber der Information erfolgt.²³ Heute wird überwiegend derjenige genannt, dem die Rechtsordnung ein entsprechendes „Bestimmungsrecht“ zuweist.²⁴

Das Bundeskanzleramt ist zwar eine Stelle, die den Terminkalender der Kanzlerin erstellt. Das Amt als solches ist aber durch niemanden zu einer „allgemein zugänglichen“ Quelle erklärt worden. Anders könnte es beim Terminkalender sein.

aa) Traditionelle Ansicht

Er ist im Bundeskanzleramt entstanden. Das Amt als Urheber hat den Kalender nicht ausdrücklich der Allgemeinheit zugänglich gemacht. Auch eine konkludente Bestimmung scheidet aus: Der Terminkalender wird für den reibungslosen Ablauf der Dienstgeschäfte erstellt, nicht zur Unterrichtung der Allgemeinheit.

Dem entspricht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus der Zeit vor dem Informationsfreiheitsgesetz. Danach waren „Behördenakten ihrer Natur nach grundsätzlich nicht allgemein zugängliche Quellen, es sei denn aus ihrer konkreten Zweckbestimmung ergibt sich im Einzelfall etwas anderes“²⁵

¹⁹ Vgl. BVerfGE 103, 44 (60).

²⁰ Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 606.

²¹ BVerfGE 90, 27 (32).

²² Vgl. BVerfGE 27, 71 (83); 90, 27 (32); 103, 44 (60).

²³ Peter Lerche, Aktuelle Grundfragen der Informationsfreiheit, Jura 1995, 561 (565).

²⁴ Vgl. z. B. Friedrich Schoch, Das Grundrecht der Informationsfreiheit, Jura 2008, 25 (29).

²⁵ BVerfG, NJW 1986, 1243.

bb) Neuerung durch das Informationsfreiheitsgesetz?

Doch könnte das Informationsfreiheitsgesetz, das zum Verwaltungsrecht zählt, dies geändert haben.²⁶ Wenn dessen § 1 Abs. 1 jedem ein Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen gibt, die bei einer Bundesbehörde vorhanden sind, dann könnte durch diese Norm auch der Terminkalender der Kanzlerin eine „allgemein zugänglichen Quelle“ i. S. des Grundrechts geworden sein.

Ein solches Bestimmungsrecht des Gesetzgebers müsste allerdings drei Bedingungen erfüllen: Der Gesetzgeber müsste erstens durch das im Rang „einfachrechtliche“ Informationsfreiheitsgesetz den Kreis der im höherrangigen Grundrecht genannten „allgemein zugänglichen“ Quellen ausformen dürfen (normhierarchische Voraussetzung). Zweitens dürfte nicht entgegenstehen, dass diese Information aus dem Geschäftsbereich der Regierung stammt, zu dem das Bundeskanzleramt zählt (Gewaltenteilungsvoraussetzung). Drittens hätte der Gesetzgeber durch das Informationsfreiheitsgesetz tatsächlich bestimmt haben müssen, dass Akten mit dem Terminkalender der Kanzlerin jedermann zugänglich sein sollen (rechtstatsächliche Voraussetzung).

(1) Normhierarchische Voraussetzung

Zuerst zur normhierarchischen Voraussetzung: Das Grundgesetz gibt den Vorrang der Verfassung vor.²⁷ Deshalb ist zweifelhaft, ob das rangniedere „einfachrechtliche“ Informationsfreiheitsgesetz überhaupt regeln darf, was im höherrangigen Verfassungsrecht eine „allgemein zugängliche Quelle“ (i. S. des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2 GG) sein soll.

(a) Lehre von der Normgeprägtheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG

Im neueren Schrifttum wird dies von einigen mit der Begründung bejaht, der Schutzbereich des Informationsgrundrechts sei „normgeprägt“.²⁸ Als „normgeprägt“ gilt ein Grundrecht, wenn der einfache Gesetzgeber durch seine Gesetze mit festlegen darf, welche Güter und Handlungsweisen vom (höherrangigen) Grundrecht geschützt werden.²⁹ Anerkannte Beispiele sind Art. 6 Abs. 1 GG („Ehe“ und „Familie“) und Art. 14 Abs. 1 GG („Eigentum“ und „Erbrecht“); der Inhalt dieser Einrichtungen wird durch einfaches Recht (mit) bestimmt, z. B. im Bürgerlichen Gesetzbuch.

In diesem Sinn kann heute auch das Bundesverfassungsgericht verstanden werden³⁰: „Legt der Gesetzgeber die Art der Zugänglichkeit von staatlichen Vorgängen und damit zugleich das Ausmaß der Öffnung dieser Informationsquelle

²⁶ Zur „Widmung“ durch das Informationsfreiheitsgesetz vgl. z. B. *Schoch* (Fn. 24), Jura 2008, 25 (30).

²⁷ Vgl. zur Normenhierarchie z. B. *Friedhelm Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 2. Aufl. 2009, § 4 Rn. 4, § 9 Rn. 1.

²⁸ Z. B. *Schoch* (Fn. 24), Jura 2008, 25 (29); *Matthias Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 207 f.; vgl. auch *Michael Kloepfer/Florian Schärdel*, Grundrechte für die Informationsgesellschaft – Datenschutz und Informationszugangsfreiheit ins Grundgesetz? JZ 2009, 453 (459).

²⁹ Vgl. z. B. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte (Fn. 20), Rn. 225 ff.

³⁰ BVerfGE 103, 44 (61).

fest, so wird in diesem Umfang zugleich der Schutzbereich der Informationsfreiheit eröffnet.“

(b) *Lehre vom Vorrang der Normenhierarchie*

Nach anderer Ansicht hat das Informationsfreiheitsgesetz den Schutzbereich des Informationsgrundrechts nicht verändert:³¹ Ob eine Quelle im verfassungsrechtlichen Sinn „allgemein zugänglich“ ist, ergebe allein die (vom Urheber der Information geschaffene) faktische Tatsachenlage.³² Die durch das Informationsfreiheitsgesetz eröffneten Informationsquellen blieben nur „einfachgesetzlich“,³³ denn im Grundrecht auf Zugang zu allgemein zugänglichen Quellen stehe keine Ermächtigung für den einfachen Gesetzgeber, den Inhalt des Grundrechts zu bestimmen³⁴, also anders als bei den Grundrechten auf Eigentum und Erbrecht. Das Informationsgrundrecht könne nur durch Verfassungsänderung erweitert werden. Wegen Art. 79 GG müsste dazu der Text des Grundgesetzes ausdrücklich ergänzt werden (Abs. 1 S. 1); und zwar mit Zweidrittel-Mehrheit (Abs. 2). Zudem könne der einfache Gesetzgeber nicht ein Abwehrgrundrecht in ein Leistungsgrundrecht (auf Information) umformen.³⁵

(c) *Stellungnahme*

Dennoch ist die Ansicht vom normgeprägten Schutzbereich vorzugswürdig. Das Gebot, bei einer Grundgesetzänderung müsse der Text der Verfassung ausdrücklich und mit Zweidrittelmehrheit geändert werden (Art. 79 Abs. 1, 2 GG), ist hier nicht einschlägig. Verlangt der Verfassungstext selber eine Mitwirkung anderer, wie Art. 5 Abs. 1 GG zur Bestimmung einer Informationsquelle als allgemein zugänglich, erlaubt sie dies auch dem einfachen Gesetzgeber, damit er den Grundrechtsschutz stärkt. Dagegen wäre es unzulässig, auf diesem Wege das Informationsgrundrecht zu schwächen oder gar auszuhöhlen, denn der Gesetzgeber muss zur Beschränkung des Grundrechts dessen Schranken (Art. 5 Abs. 2 GG) einhalten.^{36, 37} Das Informationsfreiheitsgesetz hat Art. 5 Abs. 1 GG auch nicht von einem Abwehr- zu einem Leistungsgrundrecht umgeformt. Wie schon vor Erlass des Gesetzes ist das Versagen einer Information aus einer allgemein zugänglichen Quelle ein Eingriff.

Hat deshalb der Gesetzgeber eine Informationsquelle erlaubterweise allgemein zugänglich gemacht, ist jede spätere Beschränkung der Zugänglichkeit ein recht-

³¹ Z. B. *Gabriele Britz/Martin Eifert/Thomas Groß*, Verwaltungsinformation und Informationsrichtigkeit, DÖV 2007, 717 (720); *Serge-Daniel Jastrow/Arne Schlatmann*, Informationsfreiheitsgesetz, 2006, IFG Einleitung B Rn. 17.

³² Vgl. z. B. *Arno Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 339 f.

³³ Z. B. *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte (Fn. 27), § 26 Rn. 9.

³⁴ Vgl. *Wolfgang Kahl*, Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik, AöR 131 (2006), 579 (603 f.).

³⁵ Vgl. z. B. *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (Fn. 32), S. 340; vgl. auch *Kloepfer/Schärdel* (Fn. 28), JZ 2009, 453 (459).

³⁶ Vgl. BVerfGE 103, 44 (61).

³⁷ Hat dagegen ein privater Urheber eine Informationsquelle allgemein zugänglich gemacht, kann er sie auch wieder verschließen; Art. 5 GG bindet Private nicht (vgl. z. B. Art. 1 Abs. 3 GG).

fertigungspflichtiger Grundrechtseingriff. Der Eingriff muss dann durch ein „allgemeines Gesetz“ i. S. von Art. 5 Abs. 2 GG gedeckt sein.³⁸ Das Gesetz dürfte sich also nicht spezifisch gegen die Informationsfreiheit als solche richten, sondern dürfte nur zu anderen Zwecken von Verfassungsrang das Informationsgrundrecht beschränken, z. B. zum Schutz der Grundrechte anderer.

Das Zwischenergebnis lautet deshalb, dass das in der Normenhierarchie höhere Grundrecht auf Informationsfreiheit durch im Rang niedrigere „einfache“ Gesetze des Verwaltungsrechts mit geprägt werden kann, soweit sie den Grundrechtsschutz stärken und verfassungsgemäß zustande gekommen sind. Dazu muss auch die Gesetzgebungskompetenz eingehalten werden.

(2) *Gewaltenteilungsvoraussetzung: Kompetenz des Gesetzgebers*

Die Verbandskompetenz des Bundes für das Informationsfreiheitsgesetz ist zu bejahen;³⁹ sie folgt der Gesetzgebungskompetenz für das Verwaltungsverfahren bei der bundeseigenen Verwaltung als Annex.⁴⁰

Allerdings könnte aus Gewaltenteilungsgründen Bundestag und Bundesrat die Organkompetenz fehlen, soweit es um Regelungen geht, die den Geschäftsbereich der Regierung betreffen. Bestünde ein Regierungsvorbehalt, läge die Organkompetenz für Regelungen über Dokumente der Bundesregierung bei dieser. Dies kann erwogen werden, wenn die Regierung nicht als Verwaltungsbehörde, sondern in einem „wesensmäßig politischen Bereich“ (z. B. in der Außenpolitik) handelt.⁴¹ Ungeachtet der Schwierigkeit, exakt festzustellen, was „wesensmäßig politisch“ heißt, ist das Führen des Terminkalenders durch das Kanzleramt nicht „wesensmäßig politisch“, sondern routinemäßiges, typisches Verwaltungshandeln. Das Informationsfreiheitsgesetz erging kompetenzgemäß.⁴²

(3) *Rechtstatsächliche Voraussetzung: Umfang der Ergänzung des Grundrechtsschutzes durch das Informationsfreiheitsgesetz*

Darf der einfache Gesetzgeber neue „allgemein zugängliche Quellen“ bestimmen und damit den Schutz durch das Informationsgrundrecht stärken, müsste er dies für den Terminkalender der Kanzlerin aber auch tatsächlich getan haben. Es

³⁸ Vgl. z. B. *Jean Angelov*, Grundlagen und Grenzen eines staatsbürgerlichen Informationszugangsanspruchs, 2000, S. 45.

³⁹ Zu den hier bestehenden Problemen s. *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht (Fn. 28), S. 183 ff.

⁴⁰ *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht (Fn. 28), S. 185.

⁴¹ BVerfGE 9, 268 (285): zu diesem „wesensmäßig politischen Bereich“ hat das BVerfG a. a. O. in anderem Zusammenhang, „die personalpolitischen Entscheidungen über Beamte“ gezählt; *Walter Schmidt*, Der „Verwaltungsvorbehalt“ – ein neuer Rechtsbegriff?, NVwZ 1984, 545 (546).

⁴² Selbst wenn man den Terminkalender der Kanzlerin zur wesensmäßig politischen Regierungsarbeit zählte, wäre das Informationsfreiheitsgesetz nicht kompetenzwidrig. Denn nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Informationsfreiheitsgesetz findet es auf sonstige Bundesorgane und -einrichtungen nur Anwendung, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. Die wesentlich politische Tätigkeit der Regierung wird also vom Gesetz gar nicht erfasst.

kommt dazu darauf an, in welchem Umfang genau das Informationsfreiheitsgesetz den Grundrechtsschutz ergänzt hat.

(a) *Von den Ausnahmeregeln des Informationsfreiheitsgesetzes mitbestimmte Ergänzung des Grundrechtsschutzes?*

Eine Meinung in der Literatur nimmt an, das Informationsfreiheitsgesetz ergänze den Schutz durch das Informationsgrundrecht (nur) in genau dem Umfang, wie der einfache Gesetzgeber dies *im Ergebnis* bestimmt.⁴³ Nach dieser Meinung begrenzen insbesondere die Ausnahmenvorschriften des Informationsfreiheitsgesetzes (§§ 3–6) nicht nur den Anspruch aus diesem Gesetz, sondern auch den Schutzbereich des Grundrechts.

(b) *Von Ausnahmeregeln des Informationsfreiheitsgesetzes unberührte Ergänzung des Grundrechtsschutzes?*

Allerdings gibt es eine weitere Ansicht, nach der einfachgesetzliche Ausnahmen vom Informationszugangsanspruch (§§ 3–6 IFG) nicht den Schutzbereich des normgeprägten Grundrechts mitbestimmen, sondern als „allgemeine Gesetze“ i. S. des Art. 5 Abs. 2 GG Schranken des Grundrechts sind.⁴⁴ Danach wäre der Schutzbereich des Grundrechts schon betroffen, sobald § 1 Informationsfreiheitsgesetz die begehrte Information erfasst. Würde die Auskunft gestützt auf die Ausnahmeregeln im Informationsfreiheitsgesetz (§§ 3–6) dann doch versagt, wäre dies ein Grundrechtseingriff und verfassungsrechtlich rechtfertigungspflichtig.⁴⁵

(c) *Stellungnahme*

Vorzugswürdig ist aber die erste Ansicht, die den Grundrechtsschutz nur so weit als ergänzt ansieht, wie der Gesetzgeber dies im Ergebnis (durch Anspruch und Anspruchsausnahmen) festlegt. Denn der Gesetzgeber ist bei der Ausformung der „allgemein zugänglichen Quellen“ wegen Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar selbst an die Grundrechte gebunden, z. B. an den vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) gebotenen Datenschutz. Er musste also selbst, wie in §§ 3–6 IFG geschehen, von vornherein bestimmten Datenschutzinteressen Rechnung tragen.⁴⁶ Er durfte diese Aufgabe nicht, mit der Konsequenz von Verfassungsrang, behördlicher Abwägung überlassen (vgl. z. B. § 5 Abs. 1 und 3 IFG).⁴⁷

⁴³ Z. B. Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht (Fn. 28), S. 214 f., 218 ff.; Michael Kloepfer, Grundprobleme der Gesetzgebung zur Informationszugangsfreiheit, K&R 2006, 19 (22 mit Fn. 16).

⁴⁴ Z. B. Friedrich Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, 2009, Einl. Rn. 158; ders. (Fn. 24), Jura 2008, 25 (30).

⁴⁵ Vgl. Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht (Fn. 28), S. 217.

⁴⁶ Vgl. Elke Gurlit, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, DVBl. 2003, 1119 (1121 f.); Alexander Roßnagel, Konflikte zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz?, MMR 2007, 16 (18); Christian Mensching, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, VR 2006, 1, 3 f.

⁴⁷ Etwas anderes kann erwogen werden, wenn der Gesetzgeber, nachdem er in verfassungskonformer Weise den Schutzbereich ergänzt hat, durch späteres Gesetz Einschränkungen vornimmt. Diese Einschränkungen wären dann an Art. 5 Abs. 2 GG zu messen.

(4) *Konsequenzen für den Prüfungsumfang durch das Bundesverfassungsgericht*

Wird der Schutzbereich des Informationsgrundrechts nicht nur mit § 1 Informationsfreiheitsgesetz, sondern auch mit Hilfe der anspruchsbegrenzenden Ausnahmen (§§ 3–6) bestimmt, müsste das Bundesverfassungsgericht bei einer Verfassungsbeschwerde allerdings den Inhalt des Grundrechts unter Rückgriff auch auf einfaches (Verwaltungs-) Recht ermitteln. Dies widerspräche vielleicht der Selbsteinschätzung des Gerichts, keine „Superrevisionsinstanz“ zu sein.⁴⁸

Einer umfassenden Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts ließe sich möglicherweise gleichwohl entgegenhalten, dass spezifisches Verfassungsrecht nicht schon bei einem Verstoß gegen (grundrechts-) „normprägendes“ einfaches Recht, sondern erst bei einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung des Schutzbereichs eines Grundrechts verletzt ist.⁴⁹ Konstruktiv ließe sich dies vielleicht so begründen, dass das Informationsfreiheitsgesetz zwar den Schutzbereich des Grundrechts mitbestimmt, aber dadurch nicht selbst zu Verfassungsrecht wird. Unter dieser Annahme würde das Bundesverfassungsgericht nur prüfen, ob die Bedeutung des Grundrechts von den Behörden und Gerichten hinreichend berücksichtigt wurde oder ob der Informationszugang willkürlich verweigert wurde.⁵⁰

Vorzugswürdig und konsequent ist es jedoch, die Prüfung des Bundesverfassungsgerichts uneingeschränkt auf den normgeprägten Schutzbereich und damit auf das Informationsfreiheitsgesetz zu erstrecken. Anderenfalls entstünde mit dem (grundrechts-) normprägenden einfachen Recht eine neue, der Dogmatik bislang unbekannt Normenschicht.

Seiner Selbsteinschätzung, es sei keine Superrevisionsinstanz, folgt das Bundesverfassungsgericht ohnehin nicht konsequent. Auch bei anderen Grundrechten (Art. 5 Abs. 3 GG, Art. 14 Abs. 1 GG) hat das Bundesverfassungsgericht den verfassungsrechtlichen Prüfungsauftrag „bis in die Einzelheiten der behördlichen und fachgerichtlichen Rechtsanwendung“ erstreckt.⁵¹ Das Bundesverfassungsgericht hätte hier deshalb zu prüfen, ob das Kanzleramt den Anspruch auf Einsicht in den Terminkalender unter Berufung auf das Informationsfreiheitsgesetz zurückweisen darf: Das Kanzleramt ist eine informationspflichtige Bundesbehörde.⁵² Der Terminkalender dient amtlichen Zwecken, ist also „amtliche Information“ (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit § 2 Nr. 1 IFG). Er ist kraft des Informationsfreiheitsgesetzes eine allgemein zugängliche Quelle (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG). Die Ausnahmeregeln des Gesetzes (§§ 3–6) verhindern die Auskunft nicht. Zwar mag man erwägen, der Informationsfreiheitsanspruch sei zum

⁴⁸ Vgl. dazu z. B. BVerfGE 40, 352 (356) m. w. N.

⁴⁹ Vgl. z. B. BVerfGE 18, 85 (92 f.), std. Rspr.

⁵⁰ Vgl. z. B. Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht (Fn. 28), S. 222.

⁵¹ Vgl. z. B. BVerfGE 83, 130 (145) zur Prüfung des § 6 GjS am Maßstab des Art. 5 Abs. 3 GG; vgl. auch BVerfGE 81, 29 zu Art. 14 Abs. 1 GG, und die Kritik daran im abweichenden Votum a. a. O., S. 35.

⁵² Es wäre denkbar, die Bundesregierung unter § 1 Abs. 1 S. 2 IFG zu subsumieren. Dieser hat aber gegenüber Satz 1 nur klarstellende Bedeutung und keinen weitergehenden Anwendungsbereich (Schoch, Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 44), § 1 Rn. 90).

Schutz personenbezogener Daten (der Gäste des Abendessens, der Mitarbeiter der Bundesregierung) ausnahmsweise ausgeschlossen. Aber in der dazu nötigen Abwägung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 IFG) überwiegt das Interesse, die begehrte Informationen freizugeben.⁵³ Angesichts der Finanzkrise und generell soll jedermann wissen dürfen, ob Anhaltspunkte für eine Korruption oder für eine Verletzung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung vorliegen.

c) „sich zu unterrichten“

Schließlich ist der Schutzbereich des Informationsgrundrechts nur einschlägig, wenn sich der Kläger aus dem Terminkalender der Kanzlerin „unterrichten“ wollte.⁵⁴ Dies ist hier unproblematisch so. Damit ist der Grundrechtsschutzbereich betroffen.

d) Grundrechtseingriff ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das Vorenthalten des Terminkalenders ist ein Grundrechtseingriff. Verfassungsschranken, die eine Weigerung des Kanzleramts rechtfertigen könnten, gibt es hier nicht. Da die Ausnahmeregelungen des Informationsfreiheitsgesetzes (§§ 3–6) schon den Grundrechtsschutzbereich mitbestimmen, sind sie keine Schranken-gesetze i. S. des Abs. 2 des Informationsgrundrechts. Also verletzt die Vorenthal-tung des Kalenders das durch Verwaltungsrecht mitgeprägte Grundrecht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 2 GG); eine Verfassungsbeschwerde hätte Erfolg.

2. Der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts bei der Baunachbarklage

Nun will ich noch einen zweiten Weg vorstellen, auf dem Verwaltungsrecht Verfassungsrecht konkretisieren kann. Gewählt habe ich die Figur des sogenann-ten Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts. Auch hierzu ein Beispiel:⁵⁵

Ein Landwirt hatte ohne Genehmigung und unter Verstoß gegen Naturschutz-recht die Nutzung seines Hofes in einen Gartenbaubetrieb geändert. Auf Bitten des Landwirts erklärte ihm die zuständige Behörde, sie werde die formell und materiell baurechtswidrige neue Nutzung dauerhaft dulden. Der Nachbar des Landwirts, über dessen Grundstück der einzige Weg zu diesem Betrieb führte, fürchtete, jetzt werde der Verkehr über sein Grundstück überhandnehmen, und klagte gegen die Behördenentscheidung.

⁵³ Dazu, dass bei dieser Abwägung auch auf ein Informationsinteresse der Allgemeinheit „ergänzend, verstärkend oder sogar ausschlaggebend“ berücksichtigt werden darf vgl. *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz (Fn. 44), § 5 Rn. 32.

⁵⁴ Vgl. z. B. BVerfGE 27, 71 (82 f.): Er müsste die Informationen danach empfangen wollen oder sich aktiv beschaffen wollen.

⁵⁵ Vgl. dazu auch *Martin Ibler*, Verwaltungsrechtsschutz des Baunachbarn unmittelbar aus Art. 14 GG versus „Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), FS Schenke, 2011, S. 837 ff.

Die Behörde bestritt die Klagebefugnis des Nachbarn; die Begünstigung des Landwirts verletze kein nachbarschützendes öffentliches Recht. Das VG Düsseldorf⁵⁶ und das OVG Münster⁵⁷ aber gaben der Klage statt: Der Nachbar sei unmittelbar aus seinem Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) klagebefugt, denn die ausdrückliche und dauerhafte („aktive“⁵⁸) Duldung des Gartenbaus habe zur Folge, dass das Grundstück des Nachbarn künftig mit Lastwagen überquert werde. Das Eigentumsgrundrecht sei auch verletzt, weil dem Landwirt kein Notwegerecht zustehe.

Hier interessiert uns, ob die Klagebefugnis und der Erfolg der Drittklage des Nachbarn gegen die dem Landwirt gewährte Begünstigung aus Verfassungsrecht (Art. 14 GG) folgen.⁵⁹ Oder darf beides nur anhand von Verwaltungsrecht ermittelt werden?⁶⁰ Seit geraumer Zeit ist wohl herrschende Meinung, dass Nachbarklagen im Baurecht grundsätzlich nur nach Verwaltungsrecht zu beurteilen sind. Diese Lehre vom Anwendungsvorrang des einfachen Rechts ist aber noch umstritten und unscharf.

a) Die strenge Lehre vom Anwendungsvorrang des Verwaltungsrechts

Die strengste Sicht schließt für den Schutz des Nachbarn jeden unmittelbaren Rückgriff auf dessen Eigentumsgrundrecht aus; dieses sei nur ein Auslegungsmaßstab. Führe die Auslegung des einfachen Rechts gleichwohl nicht zum Nachbarschutz, bleibe der Nachbar schutzlos.⁶¹

Zur Begründung heißt es, der Anwendungsvorrang folge aus einem Bedürfnis nach Selbständigkeit des einfachen Rechts gegenüber dem Verfassungsrecht;⁶² der Anwendungsvorrang einfachen Rechts gründe im rechtsstaatlichen Vorrang des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG, und sei deshalb selbst ein Verfassungsgebot.⁶³ Ich halte diese Argumente für zu abstrakt und zu unscharf. Sie erklären nicht, wie eine Selbständigkeit des einfachen Rechts und Art. 20 Abs. 3 GG die in Art. 1 Abs. 3 GG angeordnete unmittelbare Grundrechtsbindung der ausführenden Ge-

⁵⁶ VG Düsseldorf, U. v. 16. 7. 2008 – 9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe.

⁵⁷ OVG Münster, B. v. 29. 1. 2010 – 10 A 2430/08 – juris = BauR 2010, 1213.

⁵⁸ Vgl. OVG Münster, B. v. 24. 1. 2006 – 10 B 2159/05 – juris Rn. 12: „... dass die Baubehörde in Kenntnis der formellen und ggf. materiellen Illegalität eines Vorhabens zu erkennen gibt, dass sie sich auf Dauer mit dessen Existenz abzufinden gedenkt (sog. aktive Duldung)“.

⁵⁹ Deziert dafür z. B. *Wolf-Rüdiger Schenke*, Baurechtlicher Nachbarschutz, NuR 1983, 81 (86 ff.); *ders.*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 517; vgl. auch *Hansjochen Dürr*, Hat Art. 14 GG für das öffentliche Baurecht noch Bedeutung?, VBIBW 2000, 457 (460 f.); vgl. in diesem Sinne auch BVerwG, U. v. 21. 4. 2009 – 4 C 3.08 – BVerwGE 133, 347 (354).

⁶⁰ Dafür z. B. *Christian Bönker*, Baurechtlicher Nachbarschutz aus Art. 14 Abs. 1. S. 1 GG?, DVBl. 1994, 506 (508 ff.); *Ingo Kraft*, Entwicklungslinien im baurechtlichen Nachbarschutz, VerwArch 89 (1998), 264 (278 ff.); vgl. zum Streit auch *Gunther Schwerdtfeger*, Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht, NVwZ 1982, 5 ff.

⁶¹ *Rainer Wahl*, Abschied von den „Ansprüchen aus Art. 14 GG“, in: *Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler* (Hrsg.), FS Redeker, 1993, 245 (267); *Otto Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 123.

⁶² *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, 401 (408); *Herbert Bethge*, Der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts, in: *Ennuschat/Geerlings/Mann/Pielow* (Hrsg.), GS Tettinger, 2007, 369 (388).

⁶³ *Bethge*, GS Tettinger (Fn. 62), 369 (394).

walt und der Rechtsprechung vollständig verdrängen können.⁶⁴ Die strenge Sicht des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts ist deshalb mit Art. 1 Abs. 3 GG unvereinbar.⁶⁵ Sie kann den Vorrang der Verfassung vor einfachem Recht⁶⁶ nicht in sein Gegenteil verkehren.

b) *Die Lehre vom Grundsatz eines Anwendungsvorrangs des Verwaltungsrechts*

Nach einer weniger strengen Sicht bedeutet „Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“, dass Verwaltung und Richter für ihre Entscheidung zuerst die förmlichen einfachen Gesetze und die Rechtsverordnungen und Satzungen heranziehen müssen, statt sogleich und nur im Grundgesetz nach einer Lösung zu suchen.⁶⁷ Nur wenn die einfachrechtliche Regelung Lücken aufweist, sei direkt auf ein Grundrecht zuzugreifen.⁶⁸

Anders als die These vom „Nachbarschutz nur nach einfachem Recht“ höhlt diese weniger strenge Sicht die Bindungsanordnung des Art. 1 Abs. 3 GG nicht aus. Ihre Gründe sind zudem konkreter und schärfer: Aus Art. 20 Abs. 3 GG folgt, dass Verwaltung und Rechtsprechung – auch – kein einfaches Recht verletzen dürfen. Dies wird in Baunachbarklagen erstens wichtig, wenn das einfache Recht den Nachbarn besser schützt, als dies von Verfassung wegen (Art. 14 Abs. 1 GG) gefordert ist: Das Verwaltungsrecht weitet den Nachbarschutz häufig über den durch Art. 14 GG erzielbaren hinaus aus. So soll das – dem BVerwG zufolge im BauGB (§§ 31, 34, 35) und in der BauNVO (§ 15) enthaltene⁶⁹ – sogenannte Rücksichtnahmegebot den Nachbarn „einfachrechtlich“ auch schon im Vorfeld dessen schützen, was ihm als Eigentümer zusteht,⁷⁰ etwa auch vor Maßnahmen auf einem anderen Grundstück, welche den Nachbarn bei der Nutzung seines Grundstücks noch nicht schwer und unerträglich stören. Zweitens nennt das einfache Recht regelmäßig präzisere Voraussetzungen als das sehr knapp formulierte und schwierige Auslegung und Abwägung erfordernde Grundrecht. Verwaltung und Gericht können ihre Entscheidung *zugunsten* des Nachbarn dann in der Regel leichter und schneller „einfachrechtlich“ begründen. In diesem Fall ist gerade der auf einfaches Recht gestützte Rechtsschutz besonders effektiv. Aber *zulasten* des Nachbarn darf nur entschieden werden, wenn weder einfaches Nachbarrecht noch ein Grundrecht entgegensteht.

⁶⁴ Vgl. dazu auch *Horst Dreier*, Grundrechtseingriff contra Gesetzesbindung?, *Die Verwaltung* 36 (2003), 105 (105).

⁶⁵ Vgl. dazu näher *Ibler*, FS Schenke (Fn. 55), S. 844

⁶⁶ Er folgt außer aus Art. 1 Abs. 3 GG auch aus Art. 20 Abs. 3 GG (vgl. z. B. *Hans D. Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 32) selbst und aus Art. 79 GG.

⁶⁷ Vgl. *Dreier* (Fn. 64), *Die Verwaltung* 36 (2003), 105 (105).

⁶⁸ Vgl. *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 8 Rn. 11 ff.; *Stefan Muckel*, Der Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht – Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, *JuS* 2000, 132 (136).

⁶⁹ Z. B. BVerwG, U. v. 26. 9. 1991 – 4 C 5.87 – BVerwGE 89, 69 (78).

⁷⁰ Vgl. z. B. BVerwG, U. v. 5. 8. 1983 – 4 C 96.79 – BVerwGE 67, 334 (337).

c) *Der Anwendungsvorrang des einfachen (Baunachbar-) Rechts im Licht der Rechtsschutzgarantie*

VG und OVG haben im Beispielsfall nicht geprüft, ob hier einfaches Baurecht verletzt sein könnte: „Ungeachtet des Fehlens einer zugunsten Dritter wirkenden Schutznorm des einfachen Rechts können Nachbarn öffentlich-rechtliche Abwehrrechte nämlich auch dann zustehen, wenn die rechtswidrige Entscheidung der Behörde oder die Ausnutzung dieser Entscheidung durch den Begünstigten den Nachbarn in seinem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentum verletzen.“⁷¹ Die Entscheidungsgründe beschränken sich darauf, dass die angefochtene Verfügung das Eigentumsgrundrecht des Nachbarn verletzt. Beide Gerichte haben sich also – zu Recht – nicht an die strenge Sicht vom Anwendungsvorrang des einfachen Rechts (s. o. a) gehalten. Aber auch die Vertreter der weniger strengen Sicht (s. o. b) würden hier wohl bemängeln, dass die Richter nicht zuvor geprüft haben, ob eine Schutznorm des einfachen Rechts verletzt wurde, etwa das Rücksichtnahmegebot, und ob das einfache Recht lückenhaft ist.⁷² Das durch Auslegung einfachen Rechts gewonnene Rücksichtnahmegebot, das den Rückgriff auf das Eigentumsgrundrecht des Nachbarn erübrigen soll,⁷³ verlangt, in den Worten des BVerwG: „Es sind die Schutzwürdigkeit des Betroffenen, die Intensität der Beeinträchtigung, die Interessen des Bauherrn und das, was beiden Seiten billigerweise zumutbar oder unzumutbar ist, gegeneinander abzuwägen. Feste Regeln lassen sich dabei nicht aufstellen; erforderlich ist vielmehr eine Gesamtschau der von dem Vorhaben ausgehenden Beeinträchtigungen.“⁷⁴

Es hätte sich im Beispielsfall wahrscheinlich begründen lassen, dass die Gartenbaunutzung nicht hätte geduldet werden dürfen, weil sie die Rücksicht auf den Nachbarn vermissen lasse, so dass das einfachrechtliche Rücksichtnahmegebot verletzt sei. Allerdings birgt das Rücksichtnahmegebot ähnlich große dogmatische Unsicherheiten wie der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts. Inhalt, Grundlage und Reichweite des Rücksichtnahmegebots sind noch nicht in jeder Richtung geklärt,⁷⁵ selbst Grundfragen nicht: Wer ist eigentlich Adressat der Rücksichtnahmepflicht – der Bauherr?, die Baurechtsbehörde?, beide?⁷⁶

⁷¹ OVG Münster, B. v. 29.1. 2010 – 10 A 2430/08 – juris, Rn. 13 = BauR 2010, 1213 (1214); vgl. auch VG Düsseldorf, U. v. 16.7. 2008 – 9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe, Rn. 27 ff.

⁷² Vgl. z. B. *Mauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 68), § 8 Rn. 11 ff.; *Muckel* (Fn. 68), JuS 2000, 132 (136).

⁷³ Vgl. z. B.: BVerwG, U. v. 26.9. 1991 – 4 C 5.87 – BVerwGE 89, 69 (78); *Winfried Brohm*, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2002, § 18 Rn. 29.

⁷⁴ BVerwG, U. v. 25.1. 2007 – 4 C 1.06 – BVerwGE 128, 118 (124).

⁷⁵ Zu Entwicklung und Entwicklungsstand des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots vgl. z. B. *Günter Gaentzsch*, Das Gebot der Rücksichtnahme bei der Zulassung von Bauvorhaben, ZfBR 2009, 321 ff.; *Brohm*, Öffentliches Baurecht (Fn. 73), § 18 Rn. 27 ff.; *Hans-Ulrich Stühler*, Das Gebot der Rücksichtnahme als allgemeines Rechtsprinzip im öffentlichen Nachbarrecht, BauR 2009, 1076 ff.

⁷⁶ So z. B. *Mark Seibel*, Das Rücksichtnahmegebot im öffentlichen Baurecht, BauR 2007, 1831 (1831 f.).

Muss umgekehrt auch der Nachbar auf den Bauherrn Rücksicht nehmen? Schützt das Rücksichtnahmegebot nur vor baurechtswidrigen Bauten und Nutzungen oder sind auch außerbaurechtliche Auswirkungen (z. B. eine Erhöhung der Gefahr von Terroranschlägen)⁷⁷ eines eigentlich baurechtmäßigen Vorhabens einzubeziehen? Bis heute steht deshalb der Vorwurf im Raum,⁷⁸ das Rücksichtnahmegebot sei zu kompliziert⁷⁹, stattdessen wäre ein direkter Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 GG dogmatisch einfacher und einleuchtender.⁸⁰

Wenn ein Gericht sich hier nur auf Art. 14 Abs. 1 GG stützt, verzichtet es also auf komplizierte Gedanken zum Rücksichtnahmegebot und zum Anwendungsvorrang des einfachen Rechts.⁸¹ Überdies knüpft es an eine ständige Rechtsprechung in sog. Notwegefällen an. Diese Notwegerechtsprechung besagt, dass sogar eine baurechtswidrige Nutzung, wenn sie von der Behörde genehmigt oder geduldet wird, (nach § 917 BGB) ein zivilrechtliches Notwegerecht über das Nachbargrundstück begründen kann;⁸² dies bedeute zwar keinen Verstoß gegen einfaches Nachbarrecht, aber der Nachbar werde in seinem Eigentumsgrundrecht verletzt.⁸³ Wegen dieser ständigen Rechtsprechung ist die Entscheidung im Beispielfall gut vorhersehbar. Zudem erlaubt sie ein Urteil in angemessener Zeit, ein wichtiges Merkmal effektiven Rechtsschutzes. Im Licht der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) ist deshalb selbst die weniger strenge Sicht vom Anwendungsvorrang des einfachen Rechts weiter zu lockern.

d) Folgerung für den Anwendungsvorrang des einfachen Rechts

„Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“ heißt deshalb, richtig verstanden: Die Verwaltungsbeamten und -richter *sollen* für ihre Entscheidung zuerst das Verwaltungsrecht heranziehen, statt sogleich und nur in der Verfassung nach einer Lösung zu suchen. Sie *müssen* auf die Verfassung zurückgreifen, wenn die

⁷⁷ Vgl. BVerwG, U. v. 25. 1. 2007 – 4 C 1.06 – BVerwGE 128, 118 = juris.

⁷⁸ Vgl. Gaentzsch (Fn. 75), ZfBR 2009, 321 (322, 324); Seibel (Fn. 76), BauR 2007, 1831 (1832).

⁷⁹ Rüdiger Breuer, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme – ein Irrgarten des Richterrechts, DVBl. 1982, 1065.

⁸⁰ Vgl. Schenke, Verwaltungsprozessrecht (Fn. 59), Rn. 516 f.; Brohm, Öffentliches Baurecht (Fn. 73), § 18 Rn. 35.

⁸¹ OVG Münster, B. v. 29. 1. 2010 – 10 A 2430/08 – juris = BauR 2010, 1213 (1214) = juris Rn. 22 ff.; VG Düsseldorf, U. v. 16. 7. 2008 – 9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe, Rn. 31 ff. Dementsprechend sieht der BayVGh, U. v. 7. 12. 2010 – 14 B 09.2292 – juris Rn. 17, 23 in einem Baunachbarklage-Notwegerechts-Fall Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als verletzt und lässt ausdrücklich offen, ob auch gegen das Rücksichtnahmegebot verstoßen sei.

⁸² Z. B. BGH, U. v. 7. 7. 2006 – V ZR 159/05 – NJW 2006, 3426 (3427) – Baugenehmigung; BVerwG, U. v. 26. 3. 1976 – IV C 7. 74 – BVerwGE 50, 282 (290 f.) – Baugenehmigung; VG Düsseldorf, U. v. 16. 7. 2008 – 9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe, Rn. 33 – aktive Duldung; OVG Münster, B. v. 29. 1. 2010 – 10 A 2430/08 – juris Rn. 17 ff. = BauR 2010, 1213 (1214 f.) – aktive Duldung.

⁸³ Vgl. BVerwG, U. v. 26. 3. 1976 – IV C 7. 74 – BVerwGE 50, 282 (292); VG Düsseldorf, U. v. 16. 7. 2008 – 9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe, Rn. 33; OVG Münster, B. v. 29. 1. 2010 – 10 A 2430/08 – juris Rn. 23 = BauR 2010, 1213 (1214). Vgl. ferner BayVGh, U. v. 7. 12. 2010 – 14 B 09.2292 – juris Rn. 17.

„einfachrechtliche“ Regelung Lücken hat. Sie *dürfen* sogleich auf das Grundrecht abstellen, wenn ein Verfassungsverstoß überzeugend und einfacher zu begründen ist.

D. Ergebnis

Ich komme zum Schluss. Wie konkretisiert Verwaltungsrecht Verfassungsrecht? Von vielen verschiedenen Pfaden habe ich Ihnen zwei vorgestellt. Sie verlaufen nicht geradlinig. Einerseits muss das Verwaltungsrecht den Vorrang der Verfassung achten, andererseits erlaubt manche Vorgabe der Verfassung, dass Verwaltungsrecht den vom Verfassungsrecht erstrebten Zweck stärkt, ohne dass das Grundgesetz förmlich geändert werden muss. Dies habe ich Ihnen am Beispiel des normgeprägten Informationsgrundrechts mit dem Begriff der allgemein zugänglichen Quellen gezeigt. Hier kann Verwaltungsrecht den Grundrechtsschutz verbessern. Nach Ansicht vieler wird dadurch auch noch das Demokratieprinzip gestärkt, weil die Vermehrung allgemein zugänglicher Quellen die Transparenz staatlichen Handelns erhöht. Dagegen muss eine Begrenzung von Verfassungsrecht durch Verwaltungsrecht zurückhaltender beurteilt werden. Der sogenannte Anwendungsvorrang des Verwaltungsrechts darf den Geltungsvorrang der Verfassung nicht aushöhlen. Richtig, nämlich als Klugheitsregel verstanden, stärkt der Anwendungsvorrang des Verwaltungsrechts aber den von der Verfassung geforderten effektiven Rechtsschutz. Mein Ergebnis, dass sich nur auf zwei Konkretisierungswege stützt und deshalb vorläufig ist, lautet also: Verwaltungsrecht kann Verfassungsrecht zum Schutz des Bürgers ergänzen, wenn eine Verfassungsnorm erlaubt, dass sie durch einfaches Recht mitgeprägt wird. Ob dies der Fall ist, ergibt ihre Auslegung. Ein Ersetzen von Verfassungsrecht durch Verwaltungsrecht aber scheidet stets aus.

Diskussionsbericht zu: Martin Ibler Wie konkretisiert Verwaltungsrecht Verfassungsrecht?

Hildegard Falter

Prof. Dr. *Dieter Lorenz*, Universität Konstanz, ging zunächst darauf ein, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG die Informationsfreiheit aus allgemein zugänglichen Quellen gewährt. Es sei Aufgabe der Rechtsprechung, durch Auslegung zu bestimmen, was allgemein zugänglich sei. Diese Aufgabe habe jedoch durch den Erlass des Informationsfreiheitsgesetzes der Gesetzgeber an sich gezogen. Ferner stellte er die Frage nach dem Verhältnis zwischen Abwehr- und Leistungsrecht: Ein Abwehrrecht könnte darin gesehen werden, dass der Bürger sich dagegen wehren kann, dass ihm Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen vorenthalten werden. Demgegenüber könnte der Anspruch auf Informationszugang auch als Leistungsverlangen gegenüber der jeweiligen Behörde qualifiziert werden.

Zum ersten Teil der Anmerkung von Prof. *Lorenz* antwortete Prof. *Ibler*, dass es um die Gewaltenteilung gehe. Aus Art. 20 Abs. 3 GG und dem Demokratieprinzip lasse sich herleiten, dass in erster Linie eine Befugnis des Gesetzgebers bestehe; einen Rechtsprechungsvorbehalt gebe es demgegenüber nicht. Auf die Frage nach den Grundrechtsfunktionen führte Prof. *Ibler* aus, dass er auch bei dem Grundrecht auf Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG den Abwehrgehalt im Vordergrund sehe.

Prof. *Röhl* verwies darauf, dass die Übertragung des Verwaltungsrechts in das Verfassungsrecht nicht funktioniere. Beispielsweise seien das Verhältnismäßigkeitsprinzip, die Abwägung und der moderne Eingriffsbegriff nicht sinnvollerweise auf das Verfassungsrecht übertragbar. Wegen seiner abweichenden Funktionsbedingungen könne man mit dem Verfassungsrecht keine Fälle lösen. Prof. *Röhl* plädierte deshalb für eine stärkere Beachtung des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts.

Dazu bemerkte Prof. *Ibler*, dass das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht ganz unterschiedliche Zwecke erfüllen könnten. Beispielsweise werde in Kolumbien der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allein im Verfassungsrecht angewendet, und in Deutschland würden seit dem Bestehen der Bundesrepublik mit dem Verfassungsrecht konkrete Fälle gelöst; das BVerfG tue dies mit großem Erfolg. Dennoch lasse sich erwägen, dass die These von Prof. *Röhl* einen zutreffenden Kern enthalte: Das Verfassungsrecht könnte als Rahmenordnung interpretiert werden. Allerdings bestünde bei diesem Verständnis die Gefahr, dass die Grundrechte, ähnlich wie in der Weimarer Republik, zu bloßen Programmsätzen degradiert würden. Diese Auffassung widerspreche der in Art. 1 Abs. 3 GG angeordneten Grundrechtsbindung. Deshalb könne Prof. *Ibler* die These nicht teilen.

Prof. Dr., Dres. h. c. *Bernd Rütters*, Universität Konstanz, nahm den von Prof. *Ibler* erwähnten *Otto Mayer* zum Anlass, darauf zu verweisen, dass die Juristengeneration von Weimar der Weimarer Reichsverfassung skeptisch bis kritisch ge-

genüberstand. Daraus ergebe sich die Frage, ob die damals neue republikanische Verfassung im Lichte des älteren Verwaltungsrechts ausgelegt worden sei. Die zweite Frage sei, ob nicht nur das Verwaltungsrecht, sondern auch andere Rechtsgebiete das Verfassungsrecht konkretisierten. Hier sei auch an das Zivilrecht, speziell das Arbeitsrecht zu denken. Beispielsweise könne der Fall Mangold so verstanden werden, dass dem Gleichheitssatz eine andere Bedeutung beigemessen werde. Als Nebenbemerkung führte Prof. *Rüthers* aus, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits vor 2.000 Jahren Bestandteil des römischen Rechts gewesen sei. Unser BGB sei von diesem Grundsatz durchtränkt. Dies zeigten allgemeine Grundsätze wie Treu und Glauben oder *pacta sunt servanda*.

Prof. *Ibler* stimmte Prof. *Rüthers* insoweit zu, als dass die Mentalität einer Juristengeneration nicht außer Acht zu lassen sei, zumal sie auch durch Gesetze – in der Weimarer Republik häufig diejenigen des Kaiserreichs – beeinflusst werde. Ein Wechsel der Verfassung führe nicht ohne weiteres zu einer Änderung des einfachen Rechts. Dies ließen auch die Vorgänge ab 1933 erkennen. Die Nationalsozialisten hätten damals so darauf reagiert, dass sie bestehende Normen einer neuen Auslegung im Lichte des NSDAP-Parteiprogramms zugeführt hätten. Um eine Beharrungskraft alter Vorstellungen unter der Geltung des Grundgesetzes zu vermeiden, habe man Art. 1 Abs. 3 GG geschaffen, der die drei staatlichen Gewalten an die Grundrechte bindet. Die Ausführungen von Prof. *Rüthers* zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergänzte Prof. *Ibler* dahingehend, dass dieser Grundsatz auch im Europarecht eine zentrale Rolle spiele. Er möge dem Zivilrecht entstammen, ihm komme aber im öffentlichen Recht eine andere Bedeutung zu. Wenn ein Privater von seiner Vertragsfreiheit Gebrauch mache, müsse er sich keine Gedanken über die Verhältnismäßigkeit machen. Dagegen sei die Bindung des Zivilgesetzgebers an diesen Grundsatz, obwohl zunächst bestritten, heute anerkannt. Es sei jedoch zu beachten, dass Art. 1 Abs. 3 GG nicht den Bürger an die Grundrechte binde.

Prof. *Thym* fragte erstens, ob die von Prof. *Ibler* beschriebene Normprägung als Einbahnstraße im Sinne einer ausschließlichen Verstärkung des Grundrechtsschutzes zu verstehen sei. Zweitens verwies Prof. *Thym* auf die europäische Ebene und fragte nach ihrer Relevanz für die Diskussion. Durch die Konfrontation mit einer pluralen Verfassungsordnung ergebe sich eine neue Situation für das deutsche Verwaltungsrecht, wobei sich durch eine Betonung der Eigenständigkeit eine Stärkung ergeben könne.

Prof. *Ibler* antwortete, die von ihm skizzierte Normprägung diene in erster Linie der Stärkung des Grundrechtsschutzes. Begrenzungen ergäben sich durch mögliche Schrankenregelungen. Die europäische Ebene habe er in seinem Vortrag ausgeklammert; hier könnten aber z. B. Art. 10 EMRK und die Grundrechtecharta Ausgangspunkte für weiterführende Überlegungen sein. Zudem sei das Informationsfreiheitsgesetz auch durch die Umweltinformationsrichtlinie, in deutsches Recht durch das Umweltinformationsgesetz umgesetzt, mitbeeinflusst worden.

Prof. Dr. *Dirk Ehlers*, Universität Münster, hinterfragte, ob alle Grundrechte normgeprägt seien. Dagegen spreche die Sonderrolle des Art. 14 GG, nach dessen Wortlaut Inhalt und Schranken durch die Gesetze bestimmt werden. Selbst dieses

Grundrecht werde aber mittlerweile nicht mehr unmittelbar herangezogen. Beispielsweise werde das maßgeblich von *Weyreuther* entwickelte baurechtliche Rücksichtnahmegebot nicht mehr unmittelbar auf Art. 14 GG gestützt, sondern das einfache Recht verfassungskonform ausgelegt, so dass der Gesetzgeber gefordert sei.

Prof. *Ibler* antwortete, nicht alle Grundrechte seien normgeprägt. So sei das Grundrecht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 GG beispielsweise nicht normgeprägt, doch führten gesetzliche Vorschriften zu einer Differenzierung zwischen dem unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen polizeilichen Todesschuss und der verbotenen Todesstrafe. Nicht so eindeutig als normgeprägtes Grundrecht wie Art. 14 GG stelle sich Art. 6 GG dar. Allerdings bestimme das Grundgesetz nicht, was unter „Ehe“ und „Familie“ zu verstehen sei. Für die Beantwortung der Frage einer Normprägung müsse deshalb jedes Grundrecht einzeln untersucht werden. Es gebe ferner unterschiedliche Ansichten dazu, ob es ein Nachbarrecht aus Art. 14 GG gebe. Man könne sich auf dieses Grundrecht berufen, wenn es um den Kernbereich des Eigentums, also insbesondere das Grundstückseigentum, gehe. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 sei dann so zu lesen, dass Inhalt und Schranken dieses Eigentums durch die Gesetze *mitbestimmt* würden. Das BVerfG gehe entgegen vieler ablehnender Stimmen davon aus, dass es einen verfassungsrechtlichen Inhalt des Eigentums gebe, der nicht durch den Gesetzgeber bestimmt werde.

Prof. Dr. Dr. h. c. theol. *Martin Heckel*, Universität Tübingen, verwies mit Blick auf die Ansprüche aus dem Informationsfreiheitsgesetz auf das Gewaltenteilungsprinzip. Der Regierung müsse ein Tätigkeitsbereich ohne Öffentlichkeit zugestanden werden. Wenn sie beispielsweise über Gespräche mit Terroristen lückenlos Rechenschaft ablegen müsse, ergäben sich u. a. Missbrauchsmöglichkeiten für die Presse. Er forderte deshalb eine restriktive Auslegung des Informationsfreiheitsgesetzes in der Praxis.

Prof. *Ibler* entgegnete, das Gesetz schütze bereits einen Kernbereich der Regierung – ein Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen bestehe nur, soweit eine Verwaltungstätigkeit ausgeübt werde. Wenn sich wie im Fall des Terminkalenders aus der Preisgabe von Informationen Gefahren ergeben könnten, könne dies dem Anspruch entgegengehalten werden. Man könne nicht Behörden dazu zwingen, jedes Detail ihrer Arbeit offenzulegen, aber Transparenz könne Wahlentscheidungen beeinflussen und sei deshalb in einer Demokratie bedeutsam. Ein negatives Beispiel unzureichender Information seien die Straftaten eines Sohnes Gaddafis in München, die nicht verfolgt worden waren.

Prof. Dr. *Karl-Heinz Fezer*, Universität Konstanz, fragte zunächst, ob das einfache Recht ein legitimes Instrument zur Stärkung, nicht aber zur Schwächung des Grundrechtsschutzes sein könne. Er erläuterte dies mit der Umsetzung europäischer Richtlinien, die über das europarechtlich Gebotene hinausgehen könne. Weder eine verfassungskonforme noch eine richtlinienkonforme Auslegung hielt Prof. *Fezer* jedoch für ausreichend, sondern verlangte eine richtlinienoptimierende Auslegung, um einen umfassenden Geltungsanspruch des europäischen Rechts zu erreichen. Deshalb stellte er die Frage nach einer verfassungsoptimierenden Auslegung.

Prof. *Ibler* führte dazu aus, anders als ein Großteil seiner Staatsrechtslehrerkollegen scheue er sich nicht, die Verfassung unmittelbar anzuwenden. Zum zweiten Teil der auf die Auslegungsmethoden zielenden Anmerkung von Prof. *Fezer* stimmte Prof. *Ibler* der vorgeschlagenen verfassungsoptimierenden Auslegung zu, obgleich sie nicht allgemein anerkannt sei. Die Überlegungen seien auf das europäische Recht allerdings nicht 1:1 übertragbar, denn eine Art. 1 Abs. 3 GG entsprechende Vorschrift, die eine Bindung der drei staatlichen Gewalten an die Grundrechte anordne, gebe es dort nicht.