

Öffentliches Recht und Politik

Festschrift für Hans Ulrich Scupin

FESTSCHRIFT FÜR HANS ULRICH SCUPIN



A. G. Tuzin

Öffentliches Recht und Politik

Festschrift für
HANS ULRICH SCUPIN
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
Norbert Achterberg



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks,
der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten**

© 1973 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1973 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 03024 9

Sehr verehrter, lieber Herr Scupin!

Um ihren Amtsnachfolger hat sich eine Reihe Ihrer Fachkollegen versammelt — solcher des Münsterer Fachbereichs, solcher aus dem Kreise Ihrer ehemaligen Schüler, solcher aus der Schar derer, die mit Ihnen sonst im wissenschaftlichen Gespräch standen oder stehen —, um Ihnen zur Vollendung Ihres 70. Lebensjahres achtungsvolle und freundschaftliche Verbundenheit zu bekunden.

Der Titel, unter dem die Beiträge dieser Ihnen zugedachten Gabe vereinigt sind, entspricht nicht nur der Bezeichnung des Instituts, dem Sie viele Jahre vorgestanden haben, sondern er versucht wie ihr Inhalt, die Weite Ihrer wissenschaftlichen Interessen widerzuspiegeln, die von der Rechtsphilosophie und der Rechtsgeschichte über das Völkerrecht und das Staatsrecht bis zum Verwaltungsrecht reichen und auch die Sozialwissenschaften, insbesondere die Politische Wissenschaft, einbeziehen. Sie haben durch die Vielfalt dieser Interessen und Ihrer Lehrtätigkeit sowohl an der Hochschule — die Universitäten Breslau, Posen und Münster rechnen Sie zu den Ihren — als auch an der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Osnabrück manche jener Forderungen längst erfüllt, die heute zunehmend an den Universitätslehrer gerichtet werden. Für die mannigfachen Anregungen und Erkenntnisse, die Sie vermittelt haben, sind Ihnen Ihre Schüler, sind Ihnen Ihre Kollegen, ist Ihnen mancher, der gleich Ihnen sich um das Recht bemüht, zu Dank verpflichtet.

Nehmen Sie, sehr verehrter, lieber Herr Scupin, diese Gabe bitte als den Ausdruck verehrungsvoller Zuneigung für den hochgeschätzten Fachkollegen und für den lebenswerten, gütigen Menschen, als den wir Sie unter uns wissen und dem unsere herzlichsten Wünsche für viele weitere glückliche Jahre eines reich gesegneten Lebens gelten.

Norbert Achterberg

Inhalt

Prof. Dr. Norbert Achterberg, Münster: „Öffentliche Ordnung“ im pluralistischen Staat. Analytische Bemerkungen zu einem Grundbegriff des Polizei- und Ordnungsrechts	9
Privatdozent Dr. Günther Barbey, Münster: Zur Problematik der Übernahme von Grundsätzen des Weimarer Studentenschaftsrechts in das neue Hochschulrecht	43
Prof. Dr. Dr. Erich Becker, Speyer: Einige Beobachtungen bei der kommunalen Neugliederung	59
Prof. Dr. Ralf Dreier, Göttingen: Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts	81
Prof. Dr. Dieter Grosser, Münster: Demokratietheorie in der Sackgasse?	107
Prof. Dr. Werner Hoppe, Münster: Zur Rechtskontrolle von Bebauungsplänen	121
Prof. Dr. Otto Kimminich, Regensburg: Menschenrechtsschutz im geteilten Deutschland	145
Prof. Dr. Friedrich Klein, Münster: Gleichheitssatz und föderative Struktur der Bundesrepublik Deutschland	165
Prof. Dr. Martin Kriele, Köln: Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte	187
Prof. Dr. Erich Küchenhoff, Münster: Kandidatenaufstellung und Wahlberechtigung. Zum Begriff „Wahlberechtigte Mitglieder der Partei im Wahlkreis“ in §§ 22 I und 28 V i. V. m. 22 I Bundeswahlgesetz und in entsprechenden Landeswahlgesetzen	213
Prof. Dr. Günther Küchenhoff, Würzburg: Die Natur der Sache unter besonderer Berücksichtigung der Lehre von Thomas von Aquin	221

Prof. Dr. Bartholomeus Landheer, Groningen/Niederlande:	
Die Weltgesellschaft und die Wissensformen	237
Prof. Dr. Franz Mayer, Regensburg:	
Verfassungsrechtliche Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstes	249
Prof. Dr. Boris Meissner, Köln:	
Die baltische Frage in der Weltpolitik	281
Prof. Dr. Franz Ronneberger, Nürnberg:	
Föderative Politik als Handlungssystem	295
Prof. Dr. Ulrich Scheuner, Bonn:	
Normative Gewährleistungen und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext. Ein Beitrag zur Auslegung des Grundgesetzes	323
Prof. Dr. Heinhard Steiger, Münster:	
Welt und Umwelt. Zur Fortbildung des internationalen Handlungssystems und des Völkerrechts	343
Prof. Dr. Georg Christoph von Unruh, Kiel:	
Die kommunale Selbstverwaltung im Grundgesetz und ihr genetisches Modell	391
Prof. Dr. Wilhelm Wegener, Saarbrücken:	
Simon Heinrich Musaeus von Steineck. Ein fast vergessener Vertreter des Natur- und Völkerrechts (1655 - 1711)	421
Dieter Wyduckel, Münster:	
Veröffentlichungen von Hans Ulrich Scupin	441

„Öffentliche Ordnung“ im pluralistischen Staat

Analytische Bemerkungen zu einem Grundbegriff des Polizei- und Ordnungsrechts

Von Norbert Achterberg, Münster

Die kritische Aufarbeitung überkommener, in die gegenwärtige Rechtsordnung kaum reflektiert übernommener Dogmen ist in vollem Gange. Beschränkung des rechtserfüllten Raums auf das Außenverhältnis — und in ihm möglicherweise nur auf die „Eingriffsverwaltung“ —, besonderes Gewaltverhältnis, dualistischer Gesetzesbegriff — These, Institut, Theorem, an die Staats- und Verwaltungsrechtler die Axt gelegt haben¹. Wenn nicht alles trägt, setzt sich dies hinsichtlich der „öffentlichen Ordnung“ fort. *Volkmar Götz* hat den Angriff eröffnet, *Gerhard Wacke* ihm Einhalt geboten² — Grund genug, um auf den Plan zu treten und an den schillerndsten Begriff des Polizei- und Ordnungsrechts die kritische Sonde zu legen.

I.

1. Die polizeirechtlichen Gesetze in der Bundesrepublik stimmen darin überein, daß sie die öffentliche Ordnung zum Schutzobjekt polizeilichen Handelns erklären³ — alle gleichen sich freilich auch darin, daß sie sich

¹ Um nur Beispiele zu nennen: Wider die Beschränkung des rechtserfüllten Raums auf das Außenverhältnis: *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, diejenige auf die Eingriffsverwaltung: *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961, das besondere Gewaltverhältnis: *Fuß*, Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger. Zum Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 72, 765 ff., den dualistischen Gesetzesbegriff: *Achterberg*, Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz, DÖV 73, 289 ff.

² *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1973, § 3 III, S. 45 ff. Kritisch dazu *Wacke* in seiner Rezension dieses Buches, AÖR 97, 599 f. (600).

³ §§ 1 Abs. 1 BWPoIG 55 (GBI 249), 14 Abs. 1 BerIPVG 58 (GVBl 961), 1 Abs. 1 BremPoIG 60 (GBI 73), 1 HambPVG 47 (GVBl 73), 1 Abs. 1 HSOG 64 (GVBl 209), 1 Abs. 1 Nds SOG 51 (GVBl 79), 20 Abs. 1 NWPoIG (GVNW 740), 1 Abs. 1 NWOBG (GVNW 732), 1 Abs. 1 RhPfPVG 54 (GVBl 31), 14 Abs. 1 PrPVG (im Saarland fortgeltend), 1 Abs. 1 SHPoIG 49 (SHGVBl 61); Abdruck der vorgenannten Gesetze — wenn auch nicht stets in neuester Fassung — bei *Ule-Rasch*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht (= v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, hrsg. Ule, Bd. III/1), Köln - Berlin - Bonn - München 1965, S. 337 ff. — Art. 2 BayPAG i. d. F. 63 (GVBl 95).

über den Inhalt dieses Begriffs ausschweigen. Die Rechtslehre deutet ihn überwiegend dahin, „öffentliche Ordnung“ im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne umfasse „die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerläßliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens betrachtet wird“, bei ihnen handele es sich nicht um Rechtsnormen. „Öffentliche Sicherheit“ als das alternative Schutzobjekt wird demgegenüber als die „Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Veranstaltungen des Staates und der sonstigen Träger der Hoheitsgewalt“ verstanden und mithin im Rechts-Bereich angesiedelt⁴. Die solchermaßen getroffene Abgrenzung, die üblicherweise als „allgemeine Auffassung“ deklariert⁵, in ihrer gegenwärtigen Haltbarkeit zwar mitunter bezweifelt, auf ihre geschichtliche Richtigkeit dagegen nicht befragt wird, ist nicht erst neueren Datums. Sinngemäß ist sie vielmehr bereits in der Begründung zu § 14 des Entwurfs des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931 anzutreffen, bei dessen Beratung im Ausschuß für Verfassungsfragen hierfür die Auslegung des § 10 II 17 PrALR durch das Preußische Obergericht als Beleg angeführt wurde⁶ — dies indessen unreflektiert, ohne die Frage zu stellen, ob das Gericht sich mit ihr⁷ nicht möglicherweise selbst auf schwankendem Boden befand.

Der Zugang zum Thema — zur Bedeutung des polizei- und ordnungsrechtlichen Begriffs „öffentliche Ordnung“ im pluralistischen Staat⁸ — findet sich hiernach nur, wenn unter Anwendung der historischen und der teleologischen Methode die Fragen beantwortet werden, ob die erwähnte Auslegung des Begriffs „öffentliche Ordnung“ der geschichtlichen Überlieferung entspricht (II), ob sie im modernen, pluralistischen Staat haltbar ist (III), ob schließlich — falls die erste und/oder die zweite Frage zu verneinen ist — der Begriff „öffentliche Ordnung“ in einem so gearteten Staat überhaupt obsolet ist oder welcher Sinngehalt ihm sonst zukommt (IV).

⁴ *Dreus-Wacke*, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., Berlin - Köln - München - Bonn 1961, § 5, 2, S.63 ff., § 6, 1, S. 73 f.; *Götz*, a.a.O., § 3 II, S. 34 ff., § 3 III, S. 45 ff.; *Ule-Rasch*, a.a.O., § 14 PrPVG, RdZiff. 11 ff., S. 44 ff. Behutsamer *Scupin*, Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Peters, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. II, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1957, § 85 III, S. 613 f. (614: „Als Ordnung ist . . . die Ungestörtheit der Zusammenhänge des Lebens einer Allgemeinheit anzusehen“).

⁵ So *Götz*, a.a.O., § 3 III 1, S. 45.

⁶ Vgl. Pr.LT-Drucksache III/5933, Sp. 31, sowie den Bericht des Ausschusses für Verfassungsfragen, Pr.LT-Drucksache III/7081, Sp. 6.

⁷ s. dazu des näheren u. II 2 b.

⁸ Zu diesem Begriff und seiner Abgrenzung zu dem geläufigeren „pluralistische Gesellschaft“ *Herzog*, Pluralismus, in: Evangelisches Staatslexikon, hrsg. Kunst-Grundmann, Berlin 1966, Sp. 1541 ff. (1541).

2. Gleichsam axiomatisch behandelt und nicht weiter in Frage gestellt werden sollen in diesem Zusammenhang zwei Probleme, denen hier nicht nachgegangen werden kann:

a) Offen bleiben muß zum einen, welchen *Stellenwert* die Ordnung in den in pluralistischen Staaten denkmöglichen Wertsystemen im allgemeinen, welchen sie in der Bundesrepublik im besonderen einnimmt. Die Antwort hierauf hängt von dem Begriffsinhalt der Ordnung ab, mit dem sich die folgenden Überlegungen nur insoweit befassen sollen, wie er im Polizei- und Ordnungsrecht verstanden wird, erforderte im übrigen jedoch tiefgreifende Überlegungen zur Konzeption eben solcher Wertsysteme, die über das hier zu behandelnde Thema weit hinausreichen. Allgemein läßt sich nur sagen, daß dieser Stellenwert höchst unterschiedlich angesetzt sein kann und angesetzt wird: *Campanella* etwa beurteilte ihn anders als *Morus*, der Revolutionär wird ihn anders sehen als der Reaktionär. In der geltenden Staatsgrundordnung stehen „Freiheit und Ordnung“ (*Ernst Bloch*)⁹ in dialektischem Verhältnis¹⁰; der polizeirechtliche Ordnungsbereich wirkt über den Transformator der Schrankentrias auf den grundrechtlichen Freiheitsbereich ein. Für den Anhänger der *Überschen* Formel „in dubio pro libertate“¹¹ muß sich hieraus zwangsläufig ein „in dubio contra quietatem“ ergeben — „Ruhe“ in jenem Sinne, in dem dieser in § 10 II 17 PrALR noch neben „Sicherheit und Ordnung“ stehende, seit § 14 PrPVG das beide überwölbende Schutzobjekt bezeichnende¹² Begriff im Polizeirecht seit jeher verstanden wird.

b) Unerörtert bleiben muß zum anderen die *Rechtsstaatskonformität unbestimmter Rechtsbegriffe*, wie sie „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ darstellen. Auch hier stehen sich These und Antithese gegenüber — diejenige von der Rechtsstaatswidrigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe

⁹ *Bloch*, Freiheit und Ordnung, Stuttgart - Hamburg - München 1972. Hier auch Bemerkungen zu *Campanellas* Sonnenstaat (abgedr. in: Der utopische Staat, Rowohlt's Klassiker, Bd. 68/69, o. O. 1960, S. 111 ff.) und zu *Morus' Utopia* (abgedr. ebd., S. 7 ff.). Vgl. zu diesem Thema auch noch *Bumbacher*, Die öffentliche Ordnung als Schranke der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1956.

¹⁰ Keiner Vertiefung bedarf, daß sie jedoch nicht in einem schlechthin antinomischen Verhältnis stehen: Auch die staatliche Ordnung dient der Freiheitsgewährung; „nur unter dem Schutz und in den Grenzen der staatlichen Ordnung ist zwischenmenschliche Freiheit möglich“ (*Bettermann*, Freiheit unter dem Gesetz, in: Freiheit als Problem der Wissenschaft [= Abendvorträge der Freien Universität Berlin im Winter 1961/62], Berlin 1962, S. 63 ff. [65]) — eine Konsequenz, die sich letztlich aus der „Knappheit“ ergibt, der auch die Freiheit wie andere materielle und immaterielle Güter des Lebens unterliegt.

¹¹ *Über*, Freiheit des Berufs, Hamburg 1952, S. 27 f. Die Richtigkeit dieser Prämisse sei dahingestellt. Sie wird, zumal nach den Erfahrungen der letzten Jahre, unterschiedlich beurteilt werden, doch sollte man sich hüten, sich hierbei allzu sehr vom Geist oder Ungeist der Zeit leiten zu lassen.

¹² Pr.LT-Drucksache III/5933, Sp. 31. — Ruhe und Ordnung werden auch in Art. 2, 16, 85 Ziff. 7, 102 Ziff. 10 SchweizBV synonym gebraucht, *Bumbacher*, a.a.O., S. 5.