

Die Bindungswirkung der Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung des Verwaltungsrechts²

"Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht"

FRITZ WERNER (Präsident des Bundesverwaltungsgerichts), 1959

*"Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung
als unmittelbar geltendes Recht."*

Art. 1 III Grundgesetz

I. Wie es begann

- 1776: Virginia Bill of Rights³: erste Positivierung der Grundrechte
- 1791: Französische Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1789 wird Teil der ersten französischen Verfassung
- 1803: U.S. Supreme Court, decision Marbury vs. Madison: erste höchstrichterliche Bestätigung des Vorranges der Verfassung - die Verfassung als "supreme law of the land"
- 1949: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG): ausdrückliche Klarstellung der unmittelbaren Bindungswirkung der Grundrechte

II. Die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts

- FRITZ WERNER hatte Recht: Das Verfassungsrecht prägt das Verwaltungsrecht maßgeblich.
 - Heute für jedes moderne Verwaltungsrecht in einem modernen Verfassungsstaat eine Selbstverständlichkeit.
 - Die Entwicklung trifft auch andere Rechtsgebiete, naturgemäß jedoch das Verwaltungsrecht am stärksten.
- Folge der Einführung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit, die auch das Potenzial der materiellen Grundsätze und Rechte in der Verfassung entfaltete.
- Dabei waren viele der nunmehr aus der Verfassung abgeleiteten Grundsätze bereits vorher als verwaltungsrechtliche Grundsätze bekannt (z.B. in Deutschland das → Verhältnismäßigkeitsprinzip).
- Eine gute Entwicklung: endlich die Bereitschaft, Normativität und Vorrang der Verfassung ernstzunehmen.

III. Der Rechtscharakter der Grundrechte

1. Nicht politische Programmsätze sondern Rechtsnormen

- Rechtlich bindend wie alle Vorschriften in der Verfassung (vgl. für Kasachstan Art. 4 I der Verfassung).
- Dies ist heute allgemein in Grundrechts- und Verfassungstheorie anerkannt und bedarf keiner besonderen Regelung.
- Grundrechte sind *subjektive Rechte*, deren Verletzung der Bürger vor Gericht geltend machen kann, und zugleich Elemente der *objektiven Wertordnung* der Verfassung.
- Ihre *effektive Durchsetzung* ist *primär Aufgabe der Gerichte*, insbes. der Verwaltungsgerichte.
 - Effektiver gerichtlicher Rechtsschutz ist ein Kernelement der Rechtsstaatlichkeit (siehe für Deutschland Art. 19 IV GG).
 - Erfüllen die Gerichte ihre Aufgabe effektiv, bedarf es in dem Staat keiner besonderen Menschenrechtsinstitutionen.
 - Folge: *Richter brauchen eine gründliche Ausbildung auf dem Gebiet der Grundrechte* und der Grundrechtsdogmatik.

2. Der Vorrang der Grundrechte

- Grundrechte genießen wie alle Verfassungsnormen den *Vorrang der Verfassung* (vgl. für Kasachstan Art. 4 II der Verfassung).
 - Entgegenstehende innerstaatliche Rechtsnormen sind nichtig (normhierarchischer Vorrang).
 - Grundrechte stehen auch über den moralischen und religiösen Normen, den Sitten und Traditionen des Landes.

IV. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundrechte

1. Unmittelbar anwendbare Normen, die sich an alle Hoheitsträger richten

- Auch dies ist heute allgemein in Grundrechts- und Verfassungstheorie anerkannt und bedarf keiner Regelung mehr.
 - Vielmehr müsste die Verfassung ausdrücklich regeln, wenn Grundrechte nicht unmittelbar anwendbar sein sollten.
 - Vgl. aber für Kasachstan Art. 4 II und Art. 12 II der Verfassung, welche die unmittelbare Anwendbarkeit bestätigen.
- Verwaltungsbehörden und Gerichte dürfen grundsätzlich *nicht auf eine Regelung durch den Gesetzgeber warten*, sondern müssen die Grundrechte unmittelbar achten.
 - Wo eine gesetzliche Regelung fehlt, müssen sie die Schranken des Rechts in eigener Verantwortung konkretisieren.
 - Beispiel: Wenn das von der Verfassung geforderte Gesetz zur Regelung der Versammlungsfreiheit noch fehlt, dürfen die Behörden Demonstrationen nicht pauschal verbieten, sondern müssen sie selbst in Achtung der Versammlungsfreiheit regeln.

¹ DAAD-Langzeitdozent für Rechtswissenschaften an der Maqsut Narikbayev-Universität, Astana; Außerplanmäßiger Professor an der Universität Göttingen; www.thomas-schmitz-astana.kz, www.thomas-schmitz-yogyakarta.id, www.jura.uni-goettingen.de/schmitz; E-Mail: tschmit1@gwdg.de.

² Download dieses Materials unter www.thomas-schmitz-astana.kz/Downloads/Schmitz_Grundrechte-im-Verwaltungsrecht_MNU2024.pdf.

³ Unterstrichene Textpassagen kennzeichnen Links zu Internetressourcen. Bitte einfach auf den Link in der PDF-Datei klicken!

- Die Verwaltung ist auch dann unmittelbar an die Grundrechte gebunden, wenn sie öffentliche Aufgaben in privatrechtlichen Rechtsformen wahrnimmt (sog. *Verwaltungsprivatrecht*).
- Beispiel: Wenn die Behörde das örtliche Schwimmbad in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung betreibt.
- Behörden und Gerichte müssen die *Abwehrrechte* (insbes. *Freiheitsrechte*) unter allen Umständen *achten* (respektieren), mit oder ohne gesetzliche Regelung.
- Ferner müssen sie *aktiv einschreiten*, wenn die Grundrechte durch andere Personen, Naturkatastrophen oder Notlagen bedroht werden (*grundrechtliche Schutzpflichten* [BVerfG] bzw. *positive obligations* [EGMR]).
- Für die *Gleichheitsrechte* müssen die Behörden und Gerichte gegebenenfalls selbst die nötigen Kriterien entwickeln, um auf ihrem Gebiet sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu vermeiden.
- Bei *sozialen Rechten*, deren Umsetzung gesetzgeberische Maßnahmen erfordert, können sie indessen zuvor lediglich verpflichtet sein, Maßnahmen zu unterlassen, welche die Situation verschlechtern würden.
- Folge: Auch *Beamte brauchen eine gründliche Ausbildung auf dem Gebiet der Grundrechte* und Grundrechtsdogmatik.

2. Der Gesetzesvorbehalt für Grundrechtseingriffe

- Verwaltungsmaßnahmen, welche in Grundrechte eingreifen, bedürfen einer *gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage*.
- Dies folgt in Deutschland aus dem *allgemeinen Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes* (der sich aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ableitet) sowie aus *speziellen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten* in den Schrankenbestimmungen zu den Grundrechten.
- Der Gesetzesvorbehalt gilt in Deutschland nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten *WESENTLICHKEITSTHEORIE* auch für Maßnahmen, die auf andere Weise für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlich sind.
- Beispiele: Nutzung der Kernenergie, Pressesubventionen, Frauenquoten; im Einzelnen, z.B. für die Leistungsverwaltung, UMSTRITTEN

3. Das Verbot für Beamte, evident grundrechtsverletzende Anordnungen oder Gesetze auszuführen

- Beamte sind an Verfassung und Gesetz gebunden: Anordnungen von Vorgesetzten können Grundrechtsverletzungen nicht rechtfertigen und offensichtliche Grundrechtsverletzungen nicht entschuldigen!
- Beamte dürfen Gesetzesvorschriften, welche Grundrechte offensichtlich und nicht unerheblich verletzen, nicht ausführen!
- Sie müssen die *Ausführung aussetzen*, ihren *Vorgesetzten informieren* und ihren Schritt *in einer Aktennotiz gut begründen*.
- Da die rechtliche Bewertung häufig schwierig ist, kann dies nur gelten, wenn sonst offensichtlich eine nicht unerhebliche Grundrechtsverletzung droht.
- Die Einzelheiten sind in der deutschen Verwaltungsrechtslehre UMSTRITTEN.
- Beamte müssen, bevor sie problematische Vorschriften nicht anwenden, zunächst versuchen, Grundrechtsverletzungen durch eine grundrechtskonforme Auslegung und Anwendung der Vorschriften zu vermeiden (s.u., VI.1).
- *Gerichte* dürfen eine Gesetzesvorschrift, die sie für grundrechtswidrig halten, ebenfalls nicht anwenden, sondern müssen sie, wenn sie in ihrem Fall entscheidungserheblich ist, in manchen Staaten in einem *konkreten Normenkontrollverfahren* dem Verfassungsgericht zur Überprüfung vorlegen (vgl. etwa *Art. 100 I GG*). Diese Möglichkeit haben die Behörden nicht.

4. Keine unmittelbare Bindungswirkung gegenüber dem Bürger

- Von wenigen Ausnahmen (z.B. in der *EU-Grundrechtecharta*) abgesehen, richten sich Grundrechte ausschließlich an Hoheitsträger als Grundrechtsadressaten; sie binden den Bürger nicht (keine unmittelbare Drittwirkung).
- Sie müssen jedoch vom Gesetzgeber bei der Ausarbeitung der Gesetze und von den Gerichten bei der Auslegung und Anwendung der Gesetze berücksichtigt werden (mittelbare Drittwirkung).

V. Die grundrechtskonforme Auslegung und Anwendung des Verwaltungsrechts

- Ein Sonderfall der verfassungskonformen Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts

1. Die allgemeine Verpflichtung zur grundrechtskonformen Auslegung und Anwendung des Rechts

- Behörden und Gerichte müssen alle Rechtsvorschriften so auslegen, und Entscheidungsspielräume so nutzen, dass sie Grundrechtsverletzungen vermeiden.
- Dabei setzt die *juristische Methodenlehre Grenzen* (z.B. keine Auslegung gegen den Wortlaut der Norm).
- Aus mehreren Möglichkeiten ist eine zu wählen, die grundrechtskompatibel ist. Das Gesetz ist dann verfassungsmäßig (!) und die *Verantwortung verlagert sich* von der Legislative auf die Exekutive.
- Dies kann die Verantwortung des einzelnen Beamten dramatisch erhöhen: Er muss Entscheidungen treffen, die sich der Gesetzgeber weigerte zu treffen.
- Beispiel: Fehlende Regelungen in den Polizeigesetzen der deutschen Länder zum tödlichen Schusswaffeneinsatz der Polizei (z.B. zur Geiselerrettung) verschoben lange Zeit die Verantwortung weitgehend auf den Polizeibeamten vor Ort.

2. Insbesondere: die Verpflichtung zur grundrechtskonformen Ermessensausübung

- Räumt das Gesetz der Behörde Ermessen ein (z.B. "kann Maßnahmen treffen, um..."), ist dieses *moderat so auszuüben*, dass keine Grundrechte verletzt werden. Was die Behörde darf, bleibt hinter dem zurück, was der Gesetzeswortlaut verspricht.
- Grundrechtsverletzungen bei der Ermessensausübung sind *Ermessensfehler* (im deutschen Verwaltungsrecht in Form des Ermessensfehlgebrauches). Die Überprüfung auf Ermessensfehler ist Teil der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.
- Wichtigste grundrechtliche Maßstäbe der Ermessensausübung sind das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* (s.u., VII.3.b) und in Deutschland auch der *allgemeine Gleichheitssatz* (*Art. 3 I GG*).

3. Insbesondere: die Verpflichtung zur grundrechtskonformen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

- Unbestimmte Rechtsbegriffe im Gesetz (z.B. "öffentliche Sicherheit und Ordnung", "öffentliches Interesse", "Zuverlässigkeit") sind in Übereinstimmung mit den Grundrechten auszulegen.
- Dabei ist vom heutigen Freiheitsverständnis, nicht von dem früherer Jahrzehnte auszugehen.
- Beispiel: Eine Auslegung des Begriffs der "öffentlichen Ordnung" dahingehend, dass er inniges Küssen homosexueller Partner auf der Straße verbietet, wäre heute nicht mehr grundrechtskonform.
- Die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe unterliegt im deutschen Recht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Vereinzelt Beurteilungsspielräume, die der Verwaltung zugestanden werden, gelten nicht für Grundrechtsfragen.

VI. Grundrechtsschutz durch Verfahren

- Vor allem in den 1970er und 1980er Jahren favorisierten das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 53, 30, 65) und Teile der Lehre die Idee der Gewährleistung eines effektiven Schutzes der Grundrechte durch eine daran orientierte Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens.
 - Eine Verletzung von Verfahrensvorschriften kann dann zugleich eine Verletzung materieller Grundrechte bedeuten.
- Die Umsetzung der Idee erfolgte in Deutschland vor allem durch das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) von 1976 und andere Verfahrensvorschriften, insbes. zur/zum
 - Anhörung Beteiligter (§ 28 VwVfG)
 - Recht auf Akteneinsicht (§ 29 VwVfG)
 - Recht auf Vertretung durch Bevollmächtigte und Beistände (§ 14 VwVfG)
 - Geheimhaltung von Geheimnissen der Beteiligten (§ 30 VwVfG)
 - Ausschluss möglicherweise Befangener und anderer Personen aus dem Verfahren (§ 20 f. VwVfG)
 - Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten (§ 39 VwVfG).
- Das Konzept wirkt, aber weniger effektiv als anfänglich erwartet.
 - Verfahrensvorschriften führen nicht zwingend zu einer besseren Berücksichtigung und Abwägung aller Interessen, sondern manchmal einfach nur zu mehr Formalismus und Bürokratie.

VII. Anhang: Die dogmatische Struktur der Grundrechte (hier: der Abwehrrechte)

- Eine allgemeine Struktur, die alle Abwehrrechte (insbes. Freiheitsrechte) teilen, die sich aus ihrer Natur ergibt und die in vielen Grundrechtsordnungen den Aufbau der Prüfung einer möglichen Grundrechtsverletzung bestimmt.

1. Schutzbereich

- Ist das betreffende Grundrecht *berührt*?
 - a) Persönlicher Schutzbereich
 - Ist ein Träger dieses Grundrechts (eine geschützte Person) betroffen?
 - b) Sachlicher Schutzbereich
 - Ist eine von diesem Grundrecht geschützte Aktivität betroffen?
 - Hier sind die einzelnen Freiheitsrechte voneinander abzugrenzen.

2. Eingriff

- Ist das Grundrecht tatsächlich *beeinträchtigt*?
- Dies ist bei Verboten oder Geboten, welche den Schutzbereich des Grundrechts berühren, regelmäßig der Fall, kann aber z.B. bei behördlichen Warnungen problematisch sein.

3. Grundrechts-Schranken und Schranken-Schranken

- Wird der Eingriff durch die Schranken des Grundrechts *verfassungsrechtlich gerechtfertigt*?
 - a) Erfüllung der Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe nach der Schrankenklausele
 - Sind die Voraussetzungen, unter denen die Schrankenklausele Eingriffe erlaubt, erfüllt?
 - Insbesondere: Dient der Grundrechtseingriff dem Schutz der in der Schrankenklausele aufgeführten Schutzgüter?
 - Die *Schrankenklausele* ist *im Lichte des einzuschränkenden Grundrechts eng auszulegen*, um eine zerstörerische Anwendung zu vermeiden (vom Bundesverfassungsgericht entwickelte WECHSELWIRKUNGSLEHRE)
 - b) Beachtung der sog. Schranken-Schranken
 - Insbesondere: keine Verletzung des Grundrechts in seinem Wesensgehalt
 - Insbesondere: keine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips
 - Verfolgt die Maßnahme ein *zulässiges Ziel*?
 - Ist sie *geeignet*, um dieses Ziel zu verfolgen?
 - Ist sie *erforderlich*, um dieses Ziel zu verfolgen?
 - Ist sie *verhältnismäßig im engeren Sinne*?
 - Keine übermäßige Belastung des Bürgers im Hinblick auf den verfolgten Zweck und den zu erwartenden Erfolg?
 - Erfordert gründliche und transparente → *Abwägung*.

Vertiefungshinweis

Werner, Fritz: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1959, S. 527 ff.

Heun, Werner: Die Bedeutung der Grundrechte für das Verwaltungsverfahren, in: Werner Heun; Christian Starck (Herausgeber), Grundrechte, Rechtsstaat und Demokratie als Grundlagen des Verwaltungsrechts. Sechstes deutsch-taiwanesisches Kolloquium vom 25. bis 26. April 2014 in Taipeh, 2015, S. 201 ff.

Heuschling, Luc: Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht, in: Armin von Bogdandy; Sabino Cassese; Peter Michael Huber (Herausgeber), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, 2010, § 54

Heuschling, Luc: The Complex Relationship between Administrative and Constitutional Law: A Comparative and Historical Analysis, in: Armin von Bogdandy; Peter Michael Huber; Sabino Cassese (Herausgeber), The Max Planck Handbooks in European Public Law, Band I: The Administrative State, 2017, § 14

Schönberger, Christoph: "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht". Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Michael Stolleis (Herausgeber), Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969), 2006, S. 53 ff.

Wollenschläger, Ferdinand: Constitutionalisation and deconstitutionalisation of administrative law in view of Europeanisation and emancipation, Review of European Administrative Law 10 (2017), Nr. 1, p. 7 ff.

The Binding Effect of Fundamental Rights in the Interpretation and Application of Administrative Law²

"Administrative law is concretised constitutional law"

FRITZ WERNER (President of the Federal Administrative Court), 1959

*"The following fundamental rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary
as directly applicable law."*

Art. 1(3) Basic Law

I. How it began

- 1776: Virginia Bill of Rights³: first positivation of fundamental rights
- 1791: French Déclaration des droits de l'homme et du citoyen of 1789 becomes part of the first French constitution
- 1803: U.S. Supreme Court, decision Marbury vs. Madison: first judicial confirmation of the primacy of the Constitution - the constitution as "supreme law of the land"
- 1949: Basic Law for the Federal Republic of Germany (GG): explicit clarification of the direct binding effect of fundamental rights

II. The constitutionalisation of administrative law

- FRITZ WERNER was right: Constitutional law has a decisive influence on administrative law.
 - Today, this is a matter of course for any modern administrative law in any modern constitutional state.
 - The development also affects other areas of law, but naturally administrative law is the most affected.
- A consequence of the introduction of comprehensive constitutional jurisdiction, which also unfolded the potential of substantive principles and rights in the Constitution.
- Though many of the principles now derived from the Constitution were already known as principles of administrative law (e.g. in Germany the → principle of proportionality).
- A good development: finally the willingness to take the normativity and primacy of the Constitution seriously.

III. The legal character of the fundamental rights

1. Not just political programmatic principles but binding law

- Legally binding as all provisions of the Constitution (see for Kazakhstan art. 4(1) of the Constitution).
- Today this is generally recognized in fundamental rights theory and constitutional theory and does not require any special regulation.
- Fundamental rights are *subjective rights*, the violation of which the citizen can assert in court, and at the same time elements of the *objective value system* of the constitution.
- Their *effective enforcement is primarily the task of the courts*, in particular the administrative courts.
 - Effective judicial protection is a core element of the rule of law (see for Germany art. 19(4) B.L.).
 - If the courts perform their mission effectively, there is no need for special human rights institutions in the state.
 - Consequence: *Judges need thorough training in the field of fundamental rights* and fundamental rights doctrine.

2. The primacy of the fundamental rights

- Like all constitutional norms, fundamental rights enjoy the *primacy of the constitution*. (see for Kazakhstan art. 4(2) of the Constitution)
 - Conflicting domestic legal norms are void (primacy in validity).
 - Fundamental rights also take precedence over the moral and religious norms, customs and traditions of the country.

IV. The direct applicability of the fundamental rights

1. Directly applicable norms addressing to all public institutions

- This is also generally recognized today in fund. rights theory and constitutional theory and no longer requires regulation.
 - Rather, a constitution needs to regulate explicitly if fundamental rights shall not be directly applicable.
 - See for Kazakhstan art. 4(2) and 12(2) of the Constitution, which confirm direct applicability.
- Administrative authorities and courts *must not wait for the legislator to issue regulations*, but respect fund. rights directly.
 - Where there is no statutory regulation, they must concretise the right's limits on their own responsibility.
 - Example: If the law required by the Constitution to regulate freedom of assembly is still missing, the authorities must not generally ban demonstrations but regulate them themselves in compliance with the freedom of assembly.

¹ DAAD Lecturer in Law at Maqсут Narikbayev University, Astana; Außerplanmäßiger Professor (adjunct professor) at the University of Göttingen; www.thomas-schmitz-astana.kz, www.thomas-schmitz-yogyakarta.id, www.jura.uni-goettingen.de/schmitz; E-Mail: tschmit1@gwdg.de.

² Download this material at www.thomas-schmitz-astana.kz/Downloads/Schmitz_Grundrechte-im-Verwaltungsrecht_MNU2024.pdf.

³ Underlined text passages indicate links to relevant internet resources. Just click on the link in the pdf file!

- The administration is also directly bound by the fundamental rights if it performs public tasks in private-law legal forms (so-called *administrative private law* [Verwaltungsprivatrecht]).
 - Example: If the authority operates the local swimming pool in the form of a limited liability company.
 - Authorities and courts must respect *defensive rights* (in particular *freedom rights*) under all circumstances, with or without legal regulation.
 - Furthermore, they must *actively intervene* if fundamental rights are threatened by other persons, natural disasters or emergencies (*duties of protection* [grundrechtliche Schutzpflichten, BVerfG] or *positive obligations* [ECtHR]).
 - For *equality rights*, the authorities and courts may need to develop the necessary criteria themselves, to avoid unequal treatment not justified by objective reasons in their field of work.
 - However, in the case of *social rights*, whose implementation requires legislative measures, they may only be obliged before to refrain from measures that would worsen the situation.
 - Consequence: *Public servants too need thorough training in the field of fundamental rights* and fund. rights doctrine.
2. The statutory reservation for encroachments on (interferences with) fundamental rights
 - Administrative measures that encroach on (interfere with) fundamental rights require a *legal basis in statutory law*.
 - In Germany, this follows from the *general principle of statutory reservation* (which is derived from the principles of rule of law and democracy) as well as from *special statutory reservations* in the limitation clauses for the individual fundamental rights.
 - In Germany, statutory reservation also applies to measures that are essential for the realisation of fundamental rights in other ways, according to the THEORY OF ESSENTIALITY [WESENTLICHKEITSTHEORIE] developed by the Federal Const. Court.
 - Examples: Use of nuclear energy, press subsidies, women's quotas; CONTROVERSIAL in detail.
 3. The prohibition for public servants to execute orders or laws that manifestly contravene fund. rights
 - Public servants are bound by the Constitution and the law: Orders from superiors cannot justify fundamental rights violations and not excuse obvious fundamental rights violations!
 - Public servants are not allowed to execute legal provisions that evidently and not insignificantly violate fundamental rights!
 - They must *suspend execution*, *inform* their *superiors* and *justify* their step *in a well-reasoned notice in the files*.
 - Since legal assessment is often difficult, this can only apply where the violation would be evident and not insignificant.
 - Among German scholars, the details are CONTROVERSIAL.
 - Before not applying problematic provisions, public servants must try to avoid fundamental rights violations by interpreting and applying the provisions in conformity with fundamental rights (see infra, VI.1).
 - Where courts consider legal provisions unconstitutional that are decisive in the given case, they also must not apply them but in some states submit them to the Constitutional Court for *concrete constitutional review*: (cf. for Germany art. 100(1) BL). The administrative authorities do not have this option.
 4. No direct binding effect on the citizen
 - With few exceptions (e.g. in the EU Charter of Fundamental Rights), fundamental rights are only addressed to those who exercise public power; they do not bind the citizen (no direct horizontal effect).
 - However, they must be taken into account by the legislator when making the laws and by the courts when interpreting and applying them (indirect horizontal effect).

V. The interpretation and application of administrative law in conformity with fundamental rights

- A special case of constitution-conforming interpretation and application of ordinary law
1. The general obligation to interpret and apply the law in conformity with fundamental rights
 - Authorities and courts must interpret all legal provisions and use any scope for own decision-making in such a way that they avoid fundamental rights violations.
 - *Legal methodology* sets *limits* to this (e.g. no interpretation against the wording of the norm).
 - From several options, one must be chosen that is compatible with fundamental rights. The law is then constitutional (!) and *responsibility shifts* from the legislature to the executive.
 - This can raise dramatically the responsibility of the individual officer: He may need to take decisions that the legislator refused to take.
 - Example: The lack of regulations in the police laws of the German Länder on the lethal use of firearms by the police (e.g. to rescue hostages) shifted responsibility for a long time largely to the police officer on the scene.
 2. In particular: the obligation to exercise discretion in accordance with fundamental rights
 - Where the law grants discretion (e.g. "may take measures to..."), discretion must be *exercised moderately* in such a way that no fund. rights are violated. What the authority is allowed to do falls short of what the wording of the law promises.
 - The violation of fundamental rights constitute an *incorrect exercise of discretion* [Ermessensfehler] (in German admin. law in the form of abuse of discretion [Ermessensmissbrauch]). The review for incorrect exercise of discretion is part of judicial review by the administrative courts.
 - The most important fundamental rights standards for the exercise of discretion are the *principle of proportionality* (see infra, VII.3.b) and, in Germany, the *general principle of equality* (Art. 3(1) BL).
 3. In particular: the obligation to interpret indefinite legal concepts in accordance with fund. rights
 - Indefinite legal concepts in the law [unbestimmte Rechtsbegriffe] (e.g. "public security and order", "public interest", "reliability") must be interpreted in conformity with the fundamental rights.
 - The interpretation must be based on today's understanding of freedom, not that of earlier decades.
 - Example: An interpretation of the term "public order" to the effect that it prohibits intimate kissing of homosexual partners on the street would nowadays not be in line with the fundamental rights.
 - Under German law, the interpretation of indefinite legal concepts is subject to judicial review. Exceptional margins of appreciation exempt from judicial review do not cover fundamental rights issues.

VI. Protection of fundamental rights through proceedings [Grundrechtsschutz durch Verfahren]

- An idea favoured in Germany especially in the 1970s and 1980s by the Federal Constitutional Court (BVerfGE 53, 30, 65) and many scholars: guaranteeing effective fundamental rights protection by designing the administrative procedure accordingly.
 - A violation of procedural regulations can then also signify a violation of substantive fundamental rights.
- The idea was implemented in Germany primarily through the *Administrative Procedure Act (APA)* [Verwaltungsverfahrensgesetz] of 1976 and other procedural regulations, in particular on the
 - hearing of participants (sect. 28 APA)
 - right to inspection of files (sect. 29 APA)
 - right to admission of representatives and advisors (sect. 14 APA)
 - confidentiality of secrets of the participants (sect. 30 APA)
 - exclusion of persons feared to be prejudiced and other persons from the proceedings (sect. 20 et seq. APA)
 - mandatory statement of reasons for administrative decisions (sect. 39 APA).
- The approach works, but less effectively than initially expected.
 - Procedural rules do not necessarily lead to better consideration and balancing of all interests, but sometimes simply only to more formalism and bureaucracy.

VII. Annex: The domestic structure of fundamental rights (here: defensive rights)

- A general structure, common to all defensive rights (in particular freedom rights), deriving from their nature and determining in many fundamental rights regimes the structure of the examination of a possible fundamental rights violation.

1. Scope/sphere of protection [Schutzbereich]

- Is the right in question *concerned*?
 - a) Personal sphere of protection [persönlicher Schutzbereich]
 - Is a protected person concerned?
 - b) Material sphere of protection [sachlicher Schutzbereich]
 - Is a protected activity concerned?
 - Here the various fundamental rights must be distinguished from one another.

2. Encroachment/interference [Eingriff]

- Is the right actually *affected*?
- This is regularly the case with prohibitions or orders which concern the sphere of protection, but can be problematic e.g. in case of official warnings

3. Fundamental rights limits and limits of limits [Grundrechts-Schranken und Schranken-Schranken]

- Is the encroachment/interference *constitutionally justified* by the fundamental right's limits?
 - a) Fulfillment of the requirements for encroachments according to the *limitation clause*
 - Are the conditions under which the limitation clause permits interference fulfilled?
 - In particular: Does the encroachment serve to safeguard the protected goods under the limitation clause?
 - The *limitation clause must be interpreted narrowly in the light of the restricted fundamental right*, to avoid destructive application (DOCTRINE OF RECIPROCAL EFFECT [WECHSELWIRKUNGSLEHRE] developed by the Federal Constit. Court)
 - b) Respect of the so-called "limits of limits" [Schranken-Schranken]
 - In particular: no encroachment on the *essence* of the fundamental right
 - In particular: no violation of the ***principle of proportionality***
 - Does the measure pursue a *legitimate aim*?
 - Is it *suitable* to pursue that aim?
 - Is it *necessary* to pursue that aim?
 - Is it *proportional in the strict sense* to its aim?
 - Is the burden imposed not out of proportion with regard to the pursued aim and the results to be expected?
 - Requires thorough and transparent → *balancing*.

Further reading

Werner, Fritz: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1959, p. 527 ff.

Heun, Werner: Die Bedeutung der Grundrechte für das Verwaltungsverfahren, in: Werner Heun; Christian Starck (editors), Grundrechte, Rechtsstaat und Demokratie als Grundlagen des Verwaltungsrechts. Sechstes deutsch-taiwanesisches Kolloquium vom 25. bis 26. April 2014 in Taipeh, 2015, S. 201 ff.

Heuschling, Luc: Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht, in: Armin von Bogdandy; Sabino Cassese; Peter Michael Huber (editors), Handbuch Ius Publicum Europaeum, volume III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, 2010, § 54

Heuschling, Luc: The Complex Relationship between Administrative and Constitutional Law: A Comparative and Historical Analysis, in: Armin von Bogdandy; Peter Michael Huber; Sabino Cassese (editors), The Max Planck Handbooks in European Public Law, volume I: The Administrative State, 2017, § 14

Schönberger, Christoph: "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht". Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Michael Stolleis (editor), Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969), 2006, p. 53 ff.

Wollenschläger, Ferdinand: Constitutionalisation and deconstitutionalisation of administrative law in view of Europeanisation and emancipation, Review of European Administrative Law 10 (2017), No. 1, p. 7 ff.