

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
===== **Heft 24** =====

Staat und Verbände

Gesetzgeber und Verwaltung

Berichte von
Gerhard Leibholz · Günther Winkler
Klaus Vogel · Roman Herzog

Aussprache zu den Berichten
in den Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer
zu Würzburg vom 6. bis 9. Oktober 1965



Berlin 1966

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung / J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung / Georg Reimer / Karl J. Trübner / Veit & Comp.

Archiv-Nr. 2 490 66 8

Satz und Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

**Alle Rechte, einschließlich des Rechtes der Herstellung
von Fotokopien und Mikrofilmen, vorbehalten**

Inhalt

Erster Beratungsgegenstand:

Staat und Verbände

1. Bericht von Professor Dr. Gerhard Leibholz 5
2. Mitbericht von Professor Dr. Günther Winkler 34
3. Aussprache und Schlußworte 79

Zweiter Beratungsgegenstand:

Gesetzgeber und Verwaltung

1. Bericht von Professor Dr. Klaus Vogel
Leitsätze des Berichterstatters 125
 2. Mitbericht von Professor Dr. Roman Herzog
Leitsätze des Mitberichterstatters 183
 3. Aussprache und Schlußworte 210
- Verzeichnis der Redner 254
- Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen
Staatsrechtslehrer 255
- Satzung der Vereinigung 264

Erster Beratungsgegenstand:

Staat und Verbände

1. Bericht*) von Professor Dr. Gerhard Leibholz,
Göttingen

I.

Darf ich meine Ausführungen mit dem Hinweis beginnen, daß ich den Herrn Vorsitzenden wegen zeitlicher Bedrängnis gebeten hatte, mich von dem heutigen Vortrag zu entbinden, und daß ich lediglich auf seinen Zuspruch hin, die berechtigten Belange der Vereinigung zu respektieren, mich bereit gefunden habe, nicht auf dieser Absage zu bestehen.

Sie werden somit verstehen, daß das zur Diskussion gestellte Thema nicht so sachgerecht vorbereitet werden konnte, wie es an sich hätte vorbereitet werden müssen, um den zu erwartenden kritischen Einwendungen von vornherein zu begegnen. Ich wiederhole: Im vollen Einverständnis mit dem Vorstand präsentiere ich Ihnen heute nicht eine wissenschaftlich abgerundete Abhandlung, wie es unserer Praxis an sich entspricht, sondern abweichend von ihr mehr im angelsächsischen Sinne ein „informal talk“, bei dem das Schwergewicht auf die Diskussion verlagert werden soll. Das Ziel, das ich mir gesteckt habe, würde erreicht sein, wenn ich in der Lage sein sollte, der Diskussion einige Anregungen zu vermitteln, und es möglich wäre, daß dieser „talk“ durch die Dis-

*) Das Referat ist im äußeren Stil in seiner ursprünglichen Form erhalten geblieben. Auf detaillierte Literaturnachweise ist verzichtet worden. Ein ausführliches Schriftenverzeichnis zum Thema des Referats findet sich z. B. bei G. W. Wittkämper, Grundgesetz und Interessentenverbände, 1963, S. 211—241, auf das, um Wiederholungen zu vermeiden, ausdrücklich verwiesen sei. Neuerdings noch etwa U. Scheuner, DÖV, Bd. 18 (1965), S. 577 f. und vor allem die am 26. Januar 1966 erschienene Beilage (B 4/66) zur Wochenzeitung DAS PARLAMENT. In ihr hat E. Maste die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und den Staatsbegriff unter Berücksichtigung zusätzlicher Literatur einer näheren Analyse unterzogen, auf die zur Ergänzung des Referates deshalb besonders verwiesen sei, weil sie mir die Richtigkeit der grundsätzlichen Konzeption der obigen Ausführungen zu bestätigen scheint.

kussion wie durch das Schlußwort vertieft werden könnte. Dieses Verfahren scheint mir um so weniger illegitim zu sein, als der zu behandelnde Fragenkomplex in seiner vollen Breite wohl von Herrn Kollegen Winkler in der Folge erörtert werden wird.

Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß die einschlägige Literatur nicht in dem Ausmaß verarbeitet werden konnte, wie es eigentlich hätte geschehen müssen. Die Literatur ist heute selbst für den Eingeweihten fast unübersehbar geworden. Jedenfalls ist es nicht meine Absicht, heute in dem Referat mich auf literarische Auseinandersetzungen einzulassen. Eine nicht unerhebliche Anzahl von Kollegen aus unserem engeren Fachbereich hat sich mit dem hier zu erörternden Fragenkomplex befaßt. Zu ihnen gesellen sich die Kollegen der Politischen Wissenschaft, die Soziologen, die Historiker. Ich beschränke mich auf die Nennung einiger Namen und bitte zu entschuldigen, wenn ich einige Kollegen, die hier genannt werden sollten, etwa nicht nennen sollte. Insbesondere verweise ich etwa auf die Schriften von Friesenhahn, Herrfahrdt, Hans Huber, Kaiser, Herbert Krüger, Scheuner, Werner Weber. Aus dem Bereich der Politischen Wissenschaft erwähne ich etwa die Arbeiten von Breitling, Ehrmann, Eschenburg, McKenzie, Key, Varain, Wittkämper. Aus dem soziologischen Bereich verweise ich auf die Schriften von Stammer und vor allem natürlich von Max Weber, aus dem historischen Sektor auf die Arbeiten von Th. Nipperdey und Schieder; als Gruppenarbeit schließlich auf die Arbeit der Parteienrechtskommission, die zu den hier einschlägigen Fragen sich ebenfalls geäußert hat. Nahezu alle Fragen, die hier erörtert werden sollen, sind in der Literatur entweder im Ansatzpunkt erörtert oder vom Grundsätzlichen her behandelt worden.

Noch eine letzte Anmerkung:

Der Verbandsbegriff hat eine viel umfassendere Bedeutung, als aus den nachfolgenden Ausführungen sich ergibt. Seit der Gierkeschen Schrift über „Das Wesen der menschlichen Verbände“ (1902) und der Unterscheidung zwischen Herrschaft und Verbandsgewalt ist uns geläufig, daß der Staat, die Gemeinden und Gemeindeverbände, die Familie, die Kirche, dem Verbandsbegriff im allgemeinen ein- und untergeordnet werden, und daß diese großen Verbände mit der ihnen immanenten ideellen Wertbezogenheit, ihrer größeren auctoritas, ihrer zeitlichen Priorität den auf genossenschaft-

licher Grundlage erwachsenen wirtschaftlichen Zweckverbänden, von denen hier heute allein gesprochen wird, überlegen sind.

II.

Doch nun zum Thema: Da die Verbände in der begrenzten Bedeutung, in der sie heute Gegenstand der Erörterung sind, einen integrierenden Bestandteil der modernen Gesellschaftsordnung bilden, ist im Grunde genommen mit dem heutigen Thema zugleich das grundsätzliche Verhältnis von Staat und Gesellschaft angesprochen. Lassen Sie mich daher zunächst einige Bemerkungen über den Standort machen, den unter dieser Perspektive der Staat in unserer heutigen politischen und gesellschaftlichen Ordnung hat.

Wie vor allem die jüngsten Ereignisse im kommunistischen Lager, aber auch die Ereignisse in Asien, Afrika, Südamerika und nicht zuletzt in Westeuropa gezeigt haben, ragt das Zeitalter des Nationalstaates, so atavistisch es im 20. Jahrhundert auch unter wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und technologischen Gesichtspunkten erscheinen mag, auch heute noch als politische Realität in unser Jahrhundert hinein. Völker suchen sich dadurch, daß sie bewußt ihre eigene Existenz bejahen, fortschreitend zu Nationen zu erweitern und in dem, was man gemeinhin den Staat nennt, sich politisch zu organisieren. Kollektive Bewußtseinsakte sind es, die Völker zu Nationen machen und damit geschichtliche Bedeutung für sich beanspruchen. Sie sind es zugleich, die dem Staat seine Legitimität vermitteln. Im Zeitalter des Nationalstaates gehören die Phänomene Volk — Nation — Staat idealtypisch gesehen aufs engste zusammen.

Gewiß, diesem idealtypischen Bild des Nationalstaates hat die politische Wirklichkeit weder in der Vergangenheit noch in der Gegenwart immer entsprochen. Das braucht hier nicht näher im einzelnen belegt zu werden. Worauf nur noch einmal aufmerksam gemacht werden soll, ist, daß die politische Theorie bei uns im allgemeinen sich nicht an dem idealtypischen Bild des Nationalstaates orientiert hat, sondern ihre eigenen Wege gegangen ist. Insbesondere für das deutsche und zum Teil darüber hinaus auch das europäisch-kontinentale politische Denken in den letzten 150 Jahren ist charakteristisch, daß es nicht an den Phänomenen von Volk — Nation, sondern an dem des Staates ausgerichtet gewesen ist. H e g e l hat durch seine Auffassung vom Staat als der Inkarnation des objektiven Geistes

der für das 19. Jahrhundert repräsentativen Staatslehre den Weg geebnet, die zu der für das deutsche Denken eigenen Verabsolutierung des Staates geführt hat. Diese Vergottung des Staates ist es, die im politischen Denken bei uns den Staat in seiner konkreten Geschichtlichkeit als schlechthin vernünftig hat erscheinen lassen. Bis ins 20. Jahrhundert hinein erscheint der Staat im Sinne Hegels so als „objektiver Geist“, als „Wirklichkeit der sittlichen Idee“, oder, wie es Stahl formuliert hat, als „sittliches Reich“, oder, wie z. B. Bluntschli gemeint hat, als „sittlich-geistiger Organismus“. Der Staat erscheint als eine in sich ruhende, objektiv-sittliche und rechtliche Ordnung, die nicht vom Willen des Menschen oder des Volkes abhängig gedacht ist. Er erscheint als „Idee“, als „Organismus“, als „Garant des Allgemeininteresses“, das mit dem Staatsinteresse identifiziert wird¹⁾. Noch in der Allgemeinen Staatslehre von Herbert Krüger (1964) wird im Sinne dieser traditionellen Staatslehre der Staat hypostasiert und als autonomes, geistig-sinnerfülltes, seinen Wert in seiner Existenz tragendes Gebilde begriffen²⁾. Diese Konzeption vom Staate in seiner „Idealität“ hat es möglich gemacht, den Staat als Person zu begreifen, das Volk ihm unterzuordnen und im dualistischen Sinne ihn Volk und Nation gegenüberzustellen.

Diesem preußisch-deutschen Staatsdenken des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts entspricht konsequent die Abwertung dessen, was man gemeinhin zu jener Zeit die Gesellschaft genannt hat. Sie geht darauf zurück, daß für dieses traditionelle, preußisch-deutsche Staatsdenken die Gesellschaft außerhalb des Staates und damit der eigentlichen Sphäre des Politischen gestanden hat. Vom Staate her gesehen erschien die Gesellschaft als nichts anderes wie die Summe der partikularen, meist rein wirtschaftlich ausgerichteten Kräfte. In diesem Zusammenhang ist von Hegel das berühmte Wort gesprochen worden, daß die Gesellschaft „das System der Bedürfnisse“ umfasse, das durch den Staat als die Wirklichkeit der sittlichen Idee überwölbt werde. Diese Entwicklung war dadurch möglich geworden, daß man auf dem europäischen Kontinent frühzeitig mit dem klassischen Naturrechtsdenken gebrochen hatte. Otto v. Gierke hatte schon — Ehmke hat hierauf neuerdings wieder aufmerksam gemacht —³⁾ in diesem Zusammen-

1) Hierzu näher H. Ehmke, „Staat und Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem in der Festgabe für R. Smend, „Staatsverfassung und Kirchenordnung“, 1962, S. 23 f., insbes. 36 f.

2) Dazu die Auseinandersetzung von E. Stein in NJW 1965, Bd. 18, S. 2384 f.

3) Vgl. Ehmke, aaO., S. 32 f. mit weiteren literarischen Nachweisen.

hang von einer Lehre gesprochen, nach der die Gesamtheit im Vertragsschluß erst sterben muß, um sodann für die einzelnen Untertanen bestimmte Rechte und Pflichten entstehen zu lassen. So wurde das freie Individuum zu einem mit Pflichten wie Rechten begabten Untertan, der einen eigenen öffentlichen Status nicht mehr hatte.

Diese Grundkonzeption macht zugleich verständlich, warum die Gesellschaft, nachdem sie ihren bürgerlichen Charakter verloren und sich allgemein zur Wirtschaftsgesellschaft ausgeweitet hatte, bis in das 20. Jahrhundert hinein als in einem notwendigen Gegensatz zum Staate stehend empfunden wurde. Die Gesellschaft betrachtete den Staat als ihren natürlichen Feind. Dieser Antagonismus zwischen Staat und Gesellschaft hat seinen Ausdruck in dem Versuch der Gesellschaft gefunden, ihren Charakter dem Staat aufzudrücken und diesen damit zugleich des ihm eigenen politischen Charakters zu entkleiden. Im 19. Jahrhundert erschienen die parlamentarischen Einrichtungen, die im Preußen-Deutschland im Gefolge der Revolution von 1848 geschaffen waren, so als Zwischenbau zwischen Staat und Gesellschaft (R. S m e n d), d. h. als Institutionen, in denen die Untertanen ihre Rechte gegenüber der staatlichen Obrigkeit wahrnahmen und die partikularen Interessen der Gesellschaft mit Hilfe der von dieser her lebenden Parteien ihren Ausdruck fanden.

Als die Weimarer Verfassung immer mehr funktionsunfähig wurde, fand diese Auffassung ihren Ausdruck in der verbreiteten Meinung, daß die in den Parteien wirkenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Interessen den Staat seines politischen Charakters entkleidet hatten. Nach einer weit verbreiteten Ansicht war der Untergang der Weimarer Verfassung geradezu darauf zurückzuführen, daß — wie man zu sagen beliebte — der Staat zur Selbstorganisation der Gesellschaft geworden war. Die Gesellschaft hatte nach dieser Auffassung den Staat unterminiert und letzthin aufgelöst. Nach dieser Konzeption waren damit zugleich die politischen Voraussetzungen für die nationalsozialistische Tyrannis geschaffen.

III.

Dem angelsächsischen und insbesondere dem englischen politischen Denken liegt seit jeher eine grundsätzlich andere Konzeption von dem Verhältnis von Staat und Gesellschaft zugrunde. Es unterscheidet sich von dem deutschen und kontinental-europäischen Denken entscheidend dadurch, daß dieses

primär Gesellschafts- und nicht Staatsdenken ist. Diese grundsätzlich andere Konzeption von dem Verhältnis von Staat und Gesellschaft hatte ihren besonderen Grund.

In der angelsächsischen Welt ist es der Begriff der „society“, der allen anderen Begriffen wie z. B. dem der Familie, der Kirche, der Wirtschaft und des Staates vorgelagert ist. Letzten Endes erklärt sich die überragende Bedeutung dessen, was man in den angelsächsischen Ländern unter „society“ versteht, aus der Tatsache, daß dieser Begriff nicht — wie auf dem Kontinent — seinen ursprünglich politischen Charakter verloren hat. Der Begriff der „society“ ist in der angelsächsischen Welt immer im Sinne von „civil society“, d. h. politischer Gesellschaft, verstanden worden. Eben weil diese „society“ niemals ihren politischen Charakter verloren hat, kann der Staat nur als eine der äußeren tatsächlichen Welt verhaftete Einrichtung verstanden werden, die der Gesellschaft zu dienen hat. Ihre Funktionen können nur in einem beschränkten Ausmaß vom Staat erfüllt werden. John Stuart Mill schätzte z. B. vor mehr als 100 Jahren, daß etwa nur ein Zehntel der gesellschaftlichen Funktionen vom Staat selbst erfüllt würden, während alle übrigen Aufgaben und Funktionen der Gesellschaft von anderen Verbänden und Mächten wahrgenommen würden.

In den angelsächsischen Ländern wird also die Gesellschaft — sehr anders wie auf dem Kontinent — nicht als in einem latenten Spannungsverhältnis zum Staat stehend gedacht. Die „society“ stellt die politische Substanz des Staates nicht in Frage. Man kann dies auch so ausdrücken: In den angelsächsischen Ländern lebt im Grunde genommen der Staat von der „society“. Der Staat erscheint nicht als „Idee“, als „Organismus“, als „Wert in sich“, sondern erhält diesen erst durch die Funktion, die er gegenüber der „society“ zu erfüllen hat. Es ist daher kein Zufall, daß es die Gesellschaft und nicht der Staat ist, die im politischen Bereich schöpferisch gewirkt und bei der Entstehung des britischen Kolonialreichs, des „Empire“ und später des „Commonwealth of Nations“ Pate gestanden hat. Diesen ehrwürdigen Charakter hat der Begriff der „society“ in den angelsächsischen Ländern und vor allem in England bis heute bewahren können, weil diese Länder, im Gegensatz zum Kontinent, mit dem mittelalterlichen und später vernunft- und naturrechtlich abgewandelten, säkularisierten Gesellschaftsdenken niemals wirklich gebrochen haben. Das traditionelle Gesellschaftsdenken hat sich in den angelsächsischen Staaten trotz aller inhaltlichen Veränderung bis auf den heutigen Tag als eine machtvolle Wirkkraft erhalten.

Dies ist auch der Grund, warum in diesen Ländern heute noch die Lehre von der Gesellschaft das zentrale Thema ist, das im Mittelpunkt des politischen und gesellschaftlichen Interesses steht. Bücher über die „Open Society“, die „Free Society“, die „New Society“, die „Good Society“ sind die Themen, die literarisch und wissenschaftlich abgehandelt werden und nicht nur die Soziologen und Nationalökonomien, sondern in gleicher Weise auch die Juristen, Historiker und Politologen angehen.

So versteht man auch, warum das angelsächsische politische Denken im Grunde genommen so viel unkomplizierter ist als das kontinental-europäische, da dieses sich immer wieder an dem Spannungsverhältnis orientiert, das zwischen Staat und Gesellschaft besteht und irgendwie aufgehoben werden muß. Dieser Spannung hat man vielfach nicht anders Herr werden zu können geglaubt als dadurch, daß man das einzelne Individuum dem Staat untergeordnet und die Vollendung der Persönlichkeit erst in der vollen Hingabe an den Staat gesehen hat, aus der man nicht selten diesem gegenüber eine absolute Gehorsampflicht des Individuums hergeleitet hat. Für das angelsächsische Denken besteht das Problem in dieser Form nicht, da die „society“ sozusagen a priori höher als der Staat bewertet wird und nicht als Selbstzweck, sondern nur als Mittel zum Zweck erscheint. Axiomatisch gilt für das angelsächsische Denken auch heute noch, daß die Gesellschaft ihren spezifischen Wert erst dadurch erhält, daß sie dem einzelnen Individuum dient, dessen Eigenständigkeit sie zu respektieren hat. Aufgabe der Gesellschaft ist es, die persönlichen Rechte auf Freiheit und Eigentum zu gewährleisten, weil diese Rechte zu den fundamentalen Rechten einer jeden guten Gesellschaftsordnung gehören. Diese Rechte sind wechselseitig voneinander abhängig, da der Mensch sich nicht in Freiheit bewegen kann, wenn ihm das Leben möglicherweise genommen werden kann, und weil umgekehrt das Leben, wenn es lebenswert sein soll, fordert, daß es in Freiheit geführt wird. In den Erklärungen der Grund- und Menschenrechte sind diese Freiheitsrechte im einzelnen global nach verschiedenen Richtungen hin weiter entwickelt, konkretisiert und in den bekannten, klassisch gewordenen Formen kanonisiert worden.

IV.

Angesichts dieser verschiedenen Entwicklung des deutschen wie des kontinental-europäischen Denkens auf der einen Seite

und des angelsächsischen Denkens auf der anderen stehen wir in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts vor der zentralen Frage, in welchem Verhältnis heute Staat und Gesellschaft zueinander stehen. Es kann wohl heute als gesicherte Erkenntnis des politisch-soziologischen wie historisch-juristischen Schrifttums betrachtet werden, daß das Wirken der wirtschaftlichen und sozialen Gruppen und Verbände in der heutigen Gesellschaftsordnung nicht mehr sozusagen a priori vom Staate negativ bewertet werden kann. In ihrem Wirken kann nicht mehr im Prinzip etwas Staatsfeindliches erblickt werden. Die ökonomisch-soziologischen Gegensätze, die im sozialen Bereich jeder Massengesellschaft nachweisbar vorhanden sind, gehören heute zu der von uns mitgetragenen und vom Grundgesetz im Prinzip bejahten Gesellschaftsordnung, die wegen der Vielheit der in ihr nach Ausdruck ringenden wie sich vielfach bekämpfenden Interessen nach einem häufig gebrauchten, geradezu zum Modewort gewordenen Ausdruck gern als pluralistisch bezeichnet wird. Diese Gesellschaftsordnung, für die charakteristisch ist, daß weitgehend ein consensus omnium nicht besteht, kann — weil von öffentlicher Bedeutung — heute von sich aus den Anspruch erheben, verfassungsrechtlich legitim, d. h. zugleich ein Bestandteil der politischen Verfassung im materiellen Sinne zu sein.

Staat und Gesellschaft, Staatsordnung und Gesellschaftsordnung beziehen sich hiernach heute auf denselben Personenverband. Der Staat als Inbegriff der Macht, als Obrigkeit, kann heute nicht mehr wie im 19. Jahrhundert den freien, ungebundenen Kräften, die in der Gesellschaft wirksam sind, gegenübergestellt werden. Vielmehr gehören wir selbst in der modernen Demokratie zu beiden Ordnungen, der politischen wie der gesellschaftlichen Ordnung. Wir gehören ebenso zum Volk und zu der im Staate politisch organisierten Nation wie zur Gesellschaft. Wir haben also einen doppelten, nämlich einen staatlichen wie einen gesellschaftlichen Status oder — wie man das gelegentlich auch auszudrücken beliebt — einen verschiedenen Stand. Als Träger des gleichen Personenverbandes können wir sowohl im politischen wie gesellschaftlichen Raum agieren.

Um von vornherein einem Mißverständnis zu begegnen:

Es handelt sich nicht darum, etwa nun wiederum von einer anderen Warte her die Gesellschaft vom Politisch-Staatlichen abkapseln zu wollen. Probleme der Gesellschaftsordnung sind heute weitgehend von politischer, oft gar eminent politischer Bedeutung. Die Frage ist nur, wodurch eine gesellschaftliche

Frage, ein bestimmtes gesellschaftliches Problem, ein bestimmtes gesellschaftliches Verhalten zu einer politischen Frage, einem politischen Problem, einem politischen Verhalten wird. Die gleiche Frage ist in der Literatur vielfach unter dem Blickpunkt erörtert worden, inwiefern der gesellschaftliche Status des einzelnen Individuums zugleich für seinen staatsbürgerlichen Status von Bedeutung sein kann. Doch läßt sich dieses Problem simplifiziert radizieren auf die Frage des politischen Charakters gesellschaftlicher Probleme und Fragen.

Hier ist nicht der Ort, mit dem Wesen des Politischen sich noch einmal im Detail zu befassen. Unsere Vereinigung hat mehrfach Gelegenheit gehabt, diese Frage in anderem Zusammenhang zu erörtern. Aus dem umfassenden, hier nicht näher zur Diskussion zu stellenden Schrifttum erwähne ich beispielsweise nur etwa die Schriften von Hermann Heller, Heinrich Triepel und Rudolf Smend. Entscheidend für den politischen Charakter einer Frage bleibt, ob eine solche die fundamental-ideologischen Grundlagen berührt, auf denen der Staat beruht, und die seinen spezifischen Charakter bestimmen. Anders ausgedrückt: eine im gesellschaftlichen Bereich beheimatete Frage wird zu einer echten politischen Frage, wenn sie sich auf die sog. obersten Staatszwecke oder auf das, was man im Sinne von Triepel, der das Politische von den Staatszwecken her bestimmt hat, unter dem Allgemeinwohl zu bezeichnen pflegt, oder auf die Integration in dem Sinne, wie Smend diesen Begriff umschrieben hat, bezieht. Einen echten politischen Charakter erhält eine gesellschaftliche Frage dadurch — und diese Formulierung scheint mir die eindrucklichste zu sein —, daß sie den existenziellen Bereich von Volk, Nation und Staat berührt in dem Sinne wie Cromwell schon 1656 einmal das Politische umschrieben hat, als er als die oberste Aufgabe eines Staatsmannes bezeichnete, „to preserve our national being“, „our very being“. In diesem Sinne ist man berechtigt, politische Fragen als existenzielle Fragen zu charakterisieren, nämlich als Fragen, die die Existenz von Volk, Nation und Staat angehen⁴⁾.

Gesellschaftliche Fragen werden hiernach zu echten politischen, weil die Existenz von Volk, Nation und Staat berührenden Fragen, wenn von deren Regelung z. B. die Vollbeschäftigung oder die Erhaltung des Geldwertes oder der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft abhängt oder die Verteilung des Sozialprodukts maßgeblich affiziert wird. Fragen,

⁴⁾ Näher mein Aufsatz „The Essence of Politics“ in „Politics and Law“ 1965, S. 13 ff.

die zunächst dem Bereich der Gesellschaft angehören, können so in den Bereich des Politisch-Staatlichen hineinragen und damit zu echten politischen Fragen werden. In diesem Zusammenhang hat Aristoteles einmal von der „μετάβασις εἰς ἄλλο γένος“ gesprochen. Ich wiederhole: Konstituiert derselbe Personenverband legitimerweise die pluralistische Gesellschaft wie die im Politischen verhaftete staatliche Ordnung, so kann von einer dualistischen Aufspaltung von Staats- und Gesellschaftsordnung in dem uns früher geläufigen Sinne nicht mehr gesprochen werden.

Das Gesagte sei am folgenden Beispiel verdeutlicht: Wenn das einzelne Individuum die ihm obliegenden staatsbürgerlichen Pflichten erfüllt, indem es etwa an den Parlaments- oder Präsidentenwahlen, einer Volksinitiative oder einem Volksentscheid teilnimmt und sich bei seiner Entscheidung durch in der existenziellen Sphäre von Volk, Nation und Staat verhaftete Erwägungen motivieren läßt, handelt es als der politisch akzentuierte Bürger, wie er von einer funktionierenden Demokratie im politischen Raum idealtypisch vorausgesetzt wird. Das gleiche kann aber nicht von einem Individuum behauptet werden, das bei der Ausübung dieser Funktionen ausschließlich sich als Glied der Gesellschaft betrachtet und sich dementsprechend nur von gesellschaftlichen, z. B. ausschließlich partikular-wirtschaftlich ausgerichteten Motiven leiten läßt.

V.

Was von den einzelnen Individuen gilt, gilt auch von den die Individuen zusammenschließenden Organisationen in Staat und Gesellschaft. Idealtypisch haben wir es auf der einen Seite mit den Parteien, auf der anderen Seite mit den Verbänden zu tun. Die Parteien sind in einer funktionierenden Demokratie die politischen Handlungseinheiten des Volkes. Ihre Aufgabe ist es, die Millionen von politisch mündig gewordenen Aktivbürgern politisch aktionsfähig zu machen. Sie sind das Sprachrohr, dessen sich das mündig gewordene Volk bedient, um sich in der politischen Sphäre artikuliert äußern zu können und um das Volk in ihr zu konstituieren.

Dies erklärt, warum in der modernen Demokratie die politischen Parteien zu ihren Trägern geworden sind und diese Demokratie als eine parteienstaatliche Demokratie charakterisiert wird. Die Parteien sind es, die die Wahlen beherrschen, indem sie die Kandidaten für die Wahlen der demokratischen

Vertretungskörperschaften benennen und die Parteiprogramme herausstellen, über die die Aktivbürgerschaft bei den Wahlen zu entscheiden hat. Die Parteien sind es, die mit Hilfe der Parlaments-Fraktionen in Bund und Ländern den Gesetzgebungsapparat in Händen haben, ohne deren Zustimmung ein Staatsvertrag nicht rechtswirksam abgeschlossen und der Etat nicht festgestellt werden kann. Wie stark der Einfluß der Parteien auf das Parlament und seine Gliederungen, die Fraktionen, ist und das traditionelle Parlamentsrecht bereits durch die heutige Entwicklung transformiert worden ist, sieht man daraus, daß das Parlament nicht selten nur noch sich darauf beschränkt, die von den Parteigremien resp. Fraktionen gefaßten Beschlüsse zu ratifizieren, d. h. mit staatlicher Verbindlichkeit zu versehen.

Ferner: Uns allen ist gegenwärtig, welch entscheidende Rolle die Parteien bei der Regierungsbildung spielen. Ich brauche nur an die Koalitionsvereinbarungen zu erinnern. Wir wissen von dem Einfluß, den die Parteien bei der Bundespräsidentenwahl ausüben. Die Parteien kontrollieren die Regierung innerhalb und außerhalb des Parlaments und informieren das Volk über die politischen Vorgänge, sowohl wenn sie die Tätigkeit der Regierung dem Volk näher zu bringen suchen oder jene einer Kritik unterziehen. Sie tragen hierdurch zur Meinungs- und Willensbildung des Volkes, d. h. zur Bildung der Öffentlichen Meinung bei und hoffen, auf diese Weise die Verbindung zwischen Parlament und Volk aufrechtzuerhalten. Die Kontrolle der Regierung durch die Parteien wirkt dabei so intensiv in die Regierungspolitik hinein, daß man nicht zu Unrecht von einem gouvernementalen Charakter der Regierungsparteien gesprochen hat. Sogar die Führer der Oppositionsparteien, die Staatsämter nicht bekleiden — gleichgültig, ob sich ihr Wirken im In- oder Ausland vollzieht —, werden in der politischen Wirklichkeit wie Staatswürdenträger behandelt. Ihr Wirken stellt unter Beweis, daß auch sie im spezifisch-politischen und nicht im gesellschaftlichen Raum tätig sind. Daß im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung und der Gesellschaft der Einfluß der Parteien immer größer wird, vor allem dadurch, daß staatliche und kommunale Parlamente in zunehmendem Maße aufgerufen werden, Vertreter in Gremien zu entsenden, die im öffentlichen Leben eine Rolle spielen, ist ebenso häufig beobachtet worden wie die ebenso leidige wie verbreitete Ämterpatronage.

Diese veränderte politische Wirklichkeit hat, wie bekannt ist, in Art. 21 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes, nach dem die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken, ihren Niederschlag gefunden. Das Bundesverfassungs-

gericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung, wie mir scheint, mit großem Recht diesen Satz in dem Sinne ausgelegt, daß in unserer heutigen parteien-staatlichen Demokratie die Parteien nicht mehr ausschließlich dem gesellschaftlichen Bereich angehören. Schon nach einer früheren Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts nehmen die politischen Parteien in der heutigen Form der Demokratie eine Sonderstellung ein: Sie sind, wie es dort heißt, Faktoren des Verfassungslebens, da sie in dessen innerem Bereiche stehen, während das gleiche für Gemeinden, Kirchen usw., die dem Staat allenfalls mit verfassungsmäßig gesicherten Rechten gegenüberstehen, nicht behauptet werden kann (BVerfGE 1, 227). Seitdem ist das Bundesverfassungsgericht nicht müde geworden, immer wieder erneut zu betonen, daß die Parteien „aus dem Bereich des Politisch-Soziologischen in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution erhoben worden“ sind. Sie sind „zu integrierenden Bestandteilen des Verfassungsaufbaus und des verfassungsrechtlich geordneten politischen Lebens geworden“. Sie sind konstitutionalisiert, d. h. in das Verfassungsgefüge inkorporiert und zugleich damit „in die Reihe der Integrationsfaktoren im Staate eingerückt“. Es ist diese Sonderstellung der politischen Parteien, die erklärt, warum diese allein im Gegensatz zu allen anderen nur in der Gesellschaft verhafteten pluralistischen Gebilden in einem — wenn auch nach der Rechtsprechung des Gerichts — nur begrenztem Ausmaß „Funktionen eines Verfassungsorgans“ ausüben und das Recht haben, einen Verfassungsorganstreit vor dem Bundesverfassungsgericht — jedenfalls für die Geltendmachung ihrer Rechte im Wahlverfahren — anhängig zu machen. Dies ist im übrigen auch der Grund, warum in dem sog. „Spenden-Urteil“ (BVerfGE 8, 51) in einem durch spätere Entscheidungen mehrfach bestätigten Leitsatz es für zulässig erklärt worden ist, daß nicht nur für die Wahlen selbst, sondern auch für die die Wahlen tragenden politischen Parteien finanzielle Mittel von Staats wegen zur Verfügung gestellt werden können.

Gewiß, die Auffassung, daß die Parteien, obwohl sie sozusagen nicht Teil der organisierten Staatlichkeit sind, in den politisch-staatlichen Raum hineingewachsen und somit zu einer Klammer geworden sind, die Staat und Gesellschaft zusammenhält und überwölbt und so dazu beiträgt, den traditionellen Antagonismus zwischen Staat und Gesellschaft zu überwinden, ist noch nicht Allgemeingut. Bemerkenswert ist andererseits allerdings, daß diejenigen, die noch glauben, an dem freien gesellschaftlichen Grundcharakter der Parteien festhal-

ten zu müssen, zwangsläufig sich in innere Widersprüche verwickeln, wenn sie ihre Konzeption mit der politischen Wirklichkeit zu versöhnen suchen. Ein Beispiel für viele: In der Parteienrechtskommission, in der die Mehrheit betonte, daß die Parteien ihrem Wesen nach freie Bildungen außerhalb der Staatsorganisation seien, findet sich zugleich der der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entlehnte, charakteristische Zusatz, „daß Parteien in ihrer Mitwirkung bei der politischen Willensbildung eine zentrale verfassungsrechtliche Funktion ausüben und daß sie als Beteiligte am Verfassungsleben und als anerkannte Bestandteile desselben“ — also nicht des gesellschaftlichen Lebens — „rechtlich anerkannt seien und ihre Funktionen ausüben“. Die Unsicherheit, die in dieser Umschreibung des Wesens der politischen Parteien sichtbar wird, zeigt, daß mit Hilfe einer rein gesellschaftlichen Konzeption der wirkliche Status der Parteien heute nicht mehr erfaßt werden kann. Daß ihr Wollen und Handeln in der öffentlichen, d. h. der spezifisch politischen Sphäre verhaftet ist und damit zugleich nicht selten Wollen und Handeln darstellt, das von spezifisch-verfassungsrechtlicher Relevanz ist⁵⁾, würde — so scheint mir — für viele nicht so schwer vollziehbar sein, wenn man in diesem Zusammenhang Begriffe verwenden würde, die z. B. im angelsächsischen Raum zu Hause sind, so wenn man statt vom Staate von „government“ oder von „Staatsleitung“ (U. Scheuner) sprechen würde. Denn es wird wohl nicht bestritten werden können, daß die Parteien, die im spezifisch-politischen Raum stehen und Entscheidungen von politischem Gewicht treffen oder auch nur vorzubereiten haben, Funktionen ausüben, die zum Bereich des „government“ gehören und damit zugleich von staatlicher und verfassungsrechtlicher Relevanz sind.

Die hier skizzierte Entwicklung wird heute, ohne daß man sich dessen immer hinreichend bewußt ist, in den Erörterungen über die Verfassungsmäßigkeit der staatlichen Parteifinanzierung infragegestellt⁶⁾. Entgegen der bisherigen und wie mir scheint wohl begründeten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird in diesen Erörterungen die Auffassung vertreten — unabhängig von der Frage, ob die gegenwärtige

⁵⁾ Hierzu näher G. Leibholz, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert. 3. Aufl. 1966, S. 244 f.

⁶⁾ Die knappen Bemerkungen zur Frage der staatlichen Parteifinanzierung auf der Würzburger Tagung sind im Folgenden später (März 1966) gegenüber dem freien mündlichen Vortrag inhaltlich ergänzt worden.

Finanzierungspraxis mit dem Grundsatz der „Chancengleichheit“ vereinbar ist — daß die in Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG verbürgte Parteigründungsfreiheit eine finanzielle staatliche Förderung der Parteien verbietet, also nicht nur — worüber wohl weithin Einverständnis bestehen dürfte⁷⁾ — eine totale oder auch nur „überwiegende“ öffentliche Finanzierung der Parteien, sondern schlechthin jede Form unmittelbar staatlicher Finanzierung. Mit der Grundkonzeption, die ich mir erlaubt habe, vorzutragen, wäre diese Auffassung nicht zu vereinbaren. Sie würde die angedeutete Entwicklung um Jahrzehnte in die Zeit der Weimarer Verfassung und des 19. Jahrhunderts zurückführen und die schöpferisch-konstruktiven Ansätze der politischen Wissenschaft und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der letzten Jahre zunichte machen.

Unbeschadet der verfassungsmäßig gewährleisteten Gründungsfreiheit der Parteien scheint mir nach dem Grundgesetz (Art. 21 Abs. 1 S. 1) dem Gesetzgeber zum mindesten nicht verwehrt zu sein, daß er den Parteien, die an der politischen Willensbildung des Volkes konstruktiv mitwirken wollen, das Existenzminimum sichert, das diese zu ihrer politischen und verfassungsmäßig gebotenen Funktionsfähigkeit benötigen. Ein völliges Versagen der öffentlichen Zuschüsse würde die Parteien in eine Abhängigkeit von den gesellschaftlichen Verbänden bringen und sie deren finanziellem Druck — Beispiele hierfür gibt es genug — ausliefern. Vergessen Sie nicht, daß das Gespenst der drohenden Staatsabhängigkeit auch im 19. Jahrhundert einmal beschworen wurde, als es sich darum handelte, die Unabhängigkeit der Abgeordneten durch Gewährung von Diäten abzusichern. Mit alledem soll nicht in Abrede gestellt werden, daß den Parteien möglicherweise öffentliche Mittel nur in einem begrenzten Ausmaß, das in einem abgewogenen Verhältnis zu den sog. Eigenmitteln der Parteien steht, zur Verfügung stehen, da mit Hilfe von öffentlichen Zuschüssen die in Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG festgelegte demokratische Struktur der Parteien nicht verändert werden darf.

Wie dem aber auch sei, der Versuch, die Parteien zu reinen Instrumenten der Gesellschaft und ihrer Organisationen zu machen, muß dazu führen, die ohnehin bestehenden Tendenzen, die heutige Demokratie zu einer Verbandsdemokratie abzuwandeln, zu verstärken. Die Demokratie kann aber nicht — darüber wird noch zu sprechen sein — auf die verbandsmäßig organisierten Kräfte der Gesellschaft gestützt

⁷⁾ Dazu etwa W. Kewenig, Die Problematik der unmittelbaren staatlichen Parteifinanzierung, DÖV 1964 S. 829 ff.

werden. Ein solcher Versuch würde die parteienstaatliche Struktur in Frage stellen, in der allein die Demokratie heute noch lebens- und funktionsfähig ist.

Letztlich beruht jene Fehlkonzeption auf einer Anschauung, die den Staat als abstrakten Willens- und Herrschaftsverband und das parteimäßig verfaßte Volk auseinanderreißt und den so verselbständigten Staat dem Volk und der Gesellschaft gegenüberstellt — eine Auffassung, die für das liberale Denken des 19. Jahrhunderts und den Labandschen Positivismus der Wilhelminischen Zeit charakteristisch war. Laband⁸⁾ hatte in der Tat für das Bismarcksche Reich versucht, den vom Volk gewählten Reichstag vom Volkswillen zu lösen, indem er ihn in die rein staatliche Sphäre transponierte. Das Gleiche würde man tun, wenn man etwa den Art. 20 GG im Labandistischen Sinne umdeuten und ihn in einen Gegensatz zu Art. 21 stellen würde, mit dem er in Wahrheit in einem inneren Sinnzusammenhang steht. Dieser Labandistische Positivismus gehört im Grunde genommen heute der „verfassungsgeschichtlichen Steinzeit“ an.

Gewiß kann man — die Geschichte liefert hierfür genug Beispiele — Prozessen von geschichtlicher Notwendigkeit Steine in den Weg legen. Die parteienstaatliche Entwicklung der modernen Demokratie hat sich heute durchzusetzen gegenüber altliberalem Gedankengut, das glaubt, es genüge zur Sicherung der Freiheit, wenn den Parteien nur ein vor staatlichen Eingriffen geschützter Bereich autonomer Freiheit gewährleistet wird. Im Streit um die Parteifinanzierung ist sichtbar geworden, wie sich mit dieser liberalbegründeten Ablehnung der Parteifinanzierung auch Gruppen verbunden haben, die der heutigen Form der Demokratie ablehnend gegenüberstehen. Das scheint mir irgendwie eine Art unheiliges Bündnis zu sein. Der Liberalismus gibt sich nämlich keine Rechenschaft darüber, daß die Wahrung der Freiheit heute anderer Formen bedarf als im 19. oder beginnenden 20. Jahrhundert und daß die eigentlichen Probleme erst dort beginnen, wo man die Frage stellt, wie unter den veränderten politisch-sozialen Verhältnissen der gegenwärtigen Demokratie die Freiheit bewahrt werden kann.

VI.

Im gesellschaftlichen Bereich ist die Entwicklung ähnlich wie im politischen Raum verlaufen. Auch hier hat sich ein Dreiecksverhältnis entwickelt. Auch hier ist der Gesellschafts-

⁸⁾ Staatsrecht des Deutschen Reiches 5. Aufl. Bd. 1 (1911) S. 29.

bürger, mag es sich um einen Arbeitnehmer, einen Arbeitgeber, einen Landwirt, einen Handwerker, einen Beamten handeln, gezwungen worden, seine Vereinzelung und Vereinsamung in der beruflichen, wirtschaftlichen, sozialen Ordnung dadurch zu überwinden, daß er sich im Laufe des letzten Jahrhunderts in immer größerem Ausmaß mit anderen gleichermaßen Vereinzelten und Vereinsamten organisatorisch zusammengeschlossen hat. Wie im politischen Bereich die Parteien haben in der heutigen industriellen Massengesellschaft sich zwischen den Einzelnen und die Gesamtheit bestimmte Gruppen geschoben, die hier zum Gegenstand der Untersuchung insofern gemacht werden, als sie die Verbandsform angenommen haben. In der organisatorisch verfestigten Form, in der uns die Verbände entgegentreten, sind diese heute allein in der Lage, dem Gesellschaftsbürger, d. h. wiederum: dem Arbeitnehmer, dem Arbeitgeber, dem Landwirt, dem Handwerker, dem Beamten einen besonderen (gesellschaftlichen) Status zu geben und ihm das Gefühl und das Bewußtsein zu vermitteln, daß er in dieser gesellschaftlichen Ordnung der Verbände etwas zu sagen hat. Der Gesellschaftsbürger mag in diesen Verbänden eine bestimmte Initiative entfalten und bestimmte Verantwortlichkeiten übernehmen. Er hat vor allem die Genugtuung, daß seine wirtschaftlichen, sozialen und beruflichen Interessen und Zielsetzungen, so verschieden diese jeweils unter sich sein mögen, durch die von ihm unterstützten Verbände sachgerecht betreut und Dritten gegenüber wirksam wahrgenommen werden.

Ebensowenig wie die Demokratie heute der politischen Parteien entraten kann, weil ohne sie das Volk ohnmächtig hin- und hervegetieren und von sich aus nicht in der Lage sein würde, bei der Bildung der „volonté générale“ mitzuwirken, könnte eine Zerschlagung der Verbände im Interesse des Staates gelegen sein; eine solche Aktion würde den Gesellschaftsbürger isolieren, würde ihn rat- und hilflos hin- und hervegetieren lassen und letzthin den Staat in die Zwangslage versetzen, selber zu intervenieren, um die Fülle der bestehenden gesellschaftlichen Interessen organisatorisch in den Griff zu bekommen, wie dies selbst in so verschiedenartigen Formen von den faschistischen Staaten versucht worden ist. Der Staat kann eben auf den Gesellschaftsfilter der Interessenverbände nicht verzichten. Deutlicher könnte die Notwendigkeit der aus der Gesellschaft herausgewachsenen Verbände nicht demonstriert werden.

Staats- und Gesellschaftsordnung ist gemeinsam, daß sie den wachsenden Bedürfnissen dieser Ordnungen nur mit Hilfe

einer funktionsfähigen, bürokratisch strukturierten Organisation begegnen können. Ohne eine solche können die zwischengeschalteten Parteien und Verbände ihre für Staat und Gesellschaft notwendigen Führungsaufgaben nicht erfüllen. Die Parallelität der Entwicklung im politisch-gesellschaftlichen Raum zeigt sich z. B. darin, daß die jeweils in den Parteien und Verbänden Organisierten den Anspruch erheben, gegenüber den Nichtorganisierten privilegiert zu werden. Die Parteibürokratie erhebt z. B. den Anspruch, daß ihre Funktionäre einen Status erhalten, der dem der Beamten ähnlich ist, da sie und nicht die Aktivbürger, die nur alle vier Jahre einmal zur Wahlurne gehen, die eigentlich wichtige politische Arbeit für die Gemeinschaft leisten. Im gesellschaftlichen Raum suchen in den Verbänden die Organisierten gegenüber den Nichtorganisierten — etwa mit Hilfe von sog. Solidaritätsbeiträgen — sich Vorrechte mit dem Hinweis zu sichern, daß der gesellschaftliche Status, den die Verbände ihren Mitgliedern zu sichern vermögen, irgendwie auch den Nichtorganisierten zugute kommt. Damit ergibt sich im übrigen zugleich die weitere Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen etwa ein Verband — wenn für ein und denselben Bereich mehrere Verbände bestehen — für sich das Recht in Anspruch nehmen darf, auch die Interessen der in anderen Verbänden Organisierten wahrzunehmen. In der Regel wird ein solcher Anspruch von dem zahlenmäßig stärksten Verband erhoben und von den minder starken Verbänden bestritten werden. Dies führt sodann nicht selten zu einem mitleidslosen Kampf der Verbände um die Mitglieder.

Den Verbänden, die in der modernen Wirtschaftsgesellschaft entscheidend dazu beigetragen haben, die Klassengesellschaft des 19. Jahrhunderts zu überwinden, und fortschreitend an die Stelle der Klassen selber treten, liegt — idealtypisch gesehen — ein grundsätzlich anderes Strukturprinzip wie den politischen Parteien zugrunde. Man kann die Sache wenden wie man will. Die Verbände orientieren sich an einem bestimmten Partikularinteresse und bringen das gesellschaftliche Element der Besonderheit zum Ausdruck. Die grundsätzliche Aufgabe der Verbände bleibt es, die antagonistisch differenzierten Gruppeninteressen der Gesellschaft zur Selbstdarstellung zu bringen und wirksam zu machen. Diese Urfunktion, nämlich bestimmte partikuläre Interessen — wiederum der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber, der Landwirtschaft, des Mittelstandes, der Handwerker, der Beamten — wahrzunehmen, können die Verbände nur erfüllen, wenn sie dem Strukturprinzip, nach dem sie angetreten sind, nicht untreu werden

und nicht von sich aus den Anspruch erheben, etwa wie die politischen Parteien, zu den Integrationsfaktoren im staatlichen Bereiche zu gehören. Wenn von gewissen Verbänden der Anspruch erhoben wird, daß sie bei der Ausübung ihrer Verbandsfunktionen ebenso wie die politischen Parteien echte verfassungsrechtliche Integrationsfunktionen ausüben, so müßten sie zunächst darlegen, wie durch solche von partikularen Zielsetzungen bestimmte Verbandsaktionen eine echte verfassungsrechtlich relevante Integration zustande kommen soll. Verbandspolitik gleichviel welcher Art, ob Unternehmer- oder Gewerkschaftspolitik, ist mit allgemeiner Wirtschaftspolitik nicht identisch. Selbst wenn die Verbände sich untereinander verständigen und ihre verschiedenen partikularen Interessen irgendwie miteinander abzustimmen vermögen, ist damit nicht gesagt, daß das Ergebnis eines solchen Kompromisses den am politischen Gemeinwohl orientierten Forderungen entspricht, da die Summe der partikularen individuellen und Verbandsinteressen nicht mit dem an der Erhaltung von Volk, Nation und Staat ausgerichteten „existenziellen“ Interesse identisch zu sein braucht. Schon Rousseau hat zwischen den Partikular-Interessen einerseits und dem Gemeininteresse andererseits unterschieden und bemerkt, daß die Summe der individuellen Gruppen-Interessen nicht zum Gemeinwohl führen und die „volonté de tous“ nicht notwendigerweise mit der „volonté générale“ identisch sein müsse. Man denke nur daran, daß die Verbände, um ihre jeweiligen besonderen Interessen zu wahren, bereit sein könnten, im Kompromißwege — etwa auf Kosten der Konsumenten — eine inflationäre Preisentwicklung in Kauf zu nehmen. Im Gegensatz zu den Parteien können sich Verbände daher nicht unmittelbar an der politischen Willensbildung beteiligen. Sie haben nicht die Stellung von Integrationsfaktoren oder Verfassungsorganen. Konsequenterweise können sie daher auch nicht wie die politischen Parteien einen Verfassungsorganstreit vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig machen.

Es ist hiernach nicht möglich zu behaupten, daß die zur Zeit der Weimarer Verfassung als desintegrierend bezeichneten gesellschaftlichen Kräfte sozusagen über Nacht sich in ihrer Substanz grundsätzlich gewandelt und die Fähigkeit erhalten haben, im spezifisch politischen Raum im materialen Sinne schöpferisch und ordnend zu wirken und ein staatliches Gefüge zu konstituieren. Dies zu bemerken ist notwendig, weil gelegentlich die These vertreten wird, daß es die gesellschaftlichen Kräfte gewesen sind, die den heutigen Staat, die Bundesrepublik, geschaffen haben und fortlaufend legitimieren und

daß man diesen Staat eigentlich nur noch für bestimmte Zwecke benötige, es im übrigen aber der Gesellschaft überlassen könnte, die in der Lage sei, selbständig diesen Staat zu steuern. Ich meine, daß man über seinen eigenen Schatten nicht springen kann und es nicht möglich ist, den auf völlig veränderten Voraussetzungen erwachsenen, angelsächsischen Begriff der „society“ dem kontinentalen, insbesondere deutschen Begriff der Gesellschaft zu substituieren. Die Aufhebung des für das 19. und beginnende 20. Jahrhundert charakteristischen Antagonismus in Staat und Gesellschaft bedeutet nicht, daß die Urfunktion der sich in den Verbänden dokumentierenden gesellschaftlichen Kraft auch inhaltlich sich grundsätzlich gewandelt hat. Anders ausgedrückt: Gesellschaft und Volk stehen auch heute trotz des gewandelten Verhältnisses von Staat und Gesellschaft nicht im Verhältnis der Identität zueinander.

Diese Feststellung schließt nicht aus, daß die Verbände als die berufenen Organisationsformen der Gesellschaft von Verfassungen wegen im politischen Raume tätig werden können. Sie tun dies am laufenden Bande, und ich brauche das politische Wirken der Verbände hier nicht mit einzelnen Beispielen zu belegen. Das Entscheidende bleibt nur, daß sie sich in ihrem politischen Wirken, — von Ausnahmesituationen abgesehen, in denen sie (wie z. B. die Gewerkschaften zur Zeit des Kapp-Putsches) legitimerweise politische Funktionen im materialen Sinne ausüben dürfen, letzthin immer an ihren gesellschaftlichen Zielsetzungen und Interessen zu orientieren haben.

VII.

Und noch einem weiteren Mißverständnis soll begegnet werden. Was im gesellschaftlichen Bereich für den solidarisch verbundenen Menschen gilt, gilt auch für die Verbände. Diese sollten von ihren legitimen partikularen Interessen in einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung nur in der Weise Gebrauch machen, daß — um mit dem Grundgesetz (Art. 2) zu sprechen — sie „nicht die Rechte anderer verletzen und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz verstoßen“. Es ist aber offenbar, daß so wenig wie das einzelne Individuum zum Wahrer des Gemeinwohls im spezifisch politischen Sinne dadurch wird, daß es sich in seiner Betätigung innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung bewegt, die Verbände zu Hütern des Gemeinwohls werden, wenn sie bei der Ausübung ihrer gesellschaftlichen Funktionen die verfassungsmäßigen Schranken respektieren und die Freiheit nicht mit verantwortungsloser Willkür oder Ungebundenheit identifizieren.

Was insbesondere den Art. 9 Abs. 3 GG anbelangt, über den hier nicht ausführlich zu sprechen ist, zumal dies schon von berufenerer Seite geschehen ist — ich verweise hier insbesondere auf die Arbeiten von Dietz, Galperin, Nipperdey, Gerhard Müller, Rüter, Werner Weber —, so ist es mit Recht herrschende Auffassung, daß auf Grund dieser Verfassungsbestimmung die Sozialpartner heute als die verantwortlichen Mitträger der durch das Grundgesetz sanktionierten, freiheitlich-gesellschaftlichen Ordnung erscheinen. Wenn die Sozialpartner in den von ihnen abgeschlossenen Tarifverträgen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen näher festzulegen haben, so sind ihnen bei der Ausübung ihrer tarifvertraglichen Gestaltungsfreiheit bestimmte Schranken gezogen, die sich aus den Wert- und Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes sowie aus dem diesem zugrunde liegenden Freiheitsbegriff ergeben. Insoweit wird die privilegierte Stellung der Sozialpartner im Sinne dessen, was man unter dem Gemeinwohl versteht, durch das Grundgesetz begrenzt. Man spricht in diesem Zusammenhang von sozialer Partnerschaft; die Gewerkschaften und Arbeitgeber werden als Ordnungsfaktoren unseres Soziallebens bezeichnet, die eine gemeinsame Aufgabe zu bewältigen, ein gemeinsames Ordnungsziel anzustreben haben. Man spricht von einem neuen Ordnungsgefüge, das bestimmte Verpflichtungen zur übergreifenden Zusammenarbeit erzeugen soll. Galperin hat z. B. in diesem Sinne von einer „lebendigen und sich ständig in der Spannung der Gegensätze bewährenden und erneuernden Einheit“ gesprochen, „die zwar leben will, aber auch leben läßt“.

Aber diese Umschreibungen dürfen uns nicht darüber hinwegtäuschen, daß, wenn die Sozialpartner im Rahmen ihres spezifischen Aufgabenbereichs als Gemeinschaftsträger einer partiellen, in der gesellschaftlichen Sphäre verhafteten Ordnung nach dem Grundgesetz tätig werden, diese eben gesellschaftliche Funktionen ausüben. Arbeitnehmer und Arbeitgeber brauchen, selbst soweit sie in Selbstdisziplin und Selbstverantwortung im eigenen wohlverstandenen Interesse bei der Wahrung ihrer eigenen Interessen das Gesamtinteresse von Volk, Nation und Staat in Rechnung stellen und insoweit eine soziale Funktion ausüben, ihre am Partikularwohl ausgerichteten Gruppeninteressen nicht zu verleugnen. Ich würde sogar meinen, daß sie es nicht tun sollten, solange sie ihren gesellschaftlichen Charakter nicht in Frage stellen wollen. — Vergessen wir doch nicht, daß es auch andere willensbildende Faktoren innerhalb der Gesellschaft gibt, die bei der Ent-

faltung ihrer Tätigkeit „das allgemeine Wohl vor Augen haben“ sollen und doch nicht deshalb als verfassungsrechtlich relevante Integrationsfaktoren angesprochen werden können.

So erklärt sich, warum all die, die meinen, daß die Verbände in gleicher Weise wie die Parteien in der heutigen parteienstaatlichen Demokratie das, was man unter dem Gemeinwohl versteht, wahrzunehmen haben, nicht die Möglichkeit ausschließen können, daß die Verbände dieser Forderung nicht gerecht werden und die Partikularität des Verbandsinteresses sich gegen die Allgemeinheit selbst richten und möglicherweise sogar zur staatlichen Desintegration führen kann. Man kann eben bei den Verbänden zwar von einer verallgemeinerten Besonderheit, nicht aber von einer besonderen Allgemeinheit wie den Parteien sprechen (H. K r ü g e r). Es ist hiernach kein Zufall, daß zwar der einzelne Staatsbürger seine Freiheitsrechte verwirken kann, wenn er von diesen einen politisch mißbräuchlichen Gebrauch macht, indem er sie zum Kampf gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung verwendet und daß die Parteien, wenn sie darauf aus sind, diese freiheitlich demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu gefährden, für verfassungswidrig erklärt werden können, daß aber eine entsprechende Norm nicht vorhanden ist, die in gleicher Weise gegen die Verbände zur Anwendung gelangen kann.

Wenn die Tarifpartner sich mißbräuchlich verhalten, ist es Sache des Staates, einem solchen Mißbrauch zu begegnen und der Freiheit die Bindungen aufzuerlegen, die unter dem Blickpunkt des „bien commun“ unabdingbar sind. Der Staat hat verschiedene Möglichkeiten, um dieses Ziel zu erreichen: er kann im gesellschaftlichen Raum auf die Sozialpartner einzuwirken suchen, indem er etwa es ihren Spitzenorganisationen nahe legt, eine zentrale Schlichtungsinstitution auf Bundesebene zu schaffen, deren Aufgabe es sein soll, Tarifvereinbarungen nach Grundsätzen auszurichten, die dem Lebensinteresse der Nation gerecht werden. Der Staat kann aber u. U. auch die ihm notwendig erscheinenden, kompensatorisch wirkenden Maßnahmen von sich aus vornehmen, so wenig wünschenswert es auch sein mag, das heute geltende Tarifvertragssystem, das dem Vertragspartner ein so außergewöhnliches Maß von Freiheit und Eigenverantwortung eingeräumt hat, zu ergänzen. Der Arbeitskampf kann möglicherweise auch reglementiert werden. Äußerstenfalls ist der Staat sogar von Verfassungs wegen in der Lage, subsidiär ein von ihm autorisiertes Schlichtungsverfahren mit einer Schlichtungsstelle einzusetzen, deren Schiedssprüche notfalls als verbindlich erklärt werden können.

Ich darf noch einmal zusammenfassen: Volk und Gesellschaft sind nicht miteinander identisch. Volk ist vielmehr die durch die Parteien mediatisierte Aktivbürgerschaft, die sich mit Hilfe der Parteien im Staate politisch organisiert und diesem ein parteienstaatliches Gepräge vermittelt. Die Parteien sind keine „freien Gesellschaftsgruppen“ im Sinne des 19. Jahrhunderts; sie sind, obwohl sie nicht zur organisierten Staatlichkeit im engeren Sinne gehören und daher nicht als Staatsparteien angesprochen werden können, wie dies in den totalitären Staaten der Fall ist, doch Verfassungsorgane (im Sinne von government), weil ohne sie das Leben der staatlichen Einheit, die in ihrer Substanz durch die Parteien entscheidend bestimmt wird, nicht gedacht werden kann. Sie sind, wie vor nicht langer Zeit ein amerikanischer Schriftsteller bemerkt hat: „now public institutions rather than private preserves. They stand closer to Congress and the courts than they do to ‚gesellschaftlichen Gruppen‘“.

Weiter: Volk und Gesellschaft stehen heute nicht mehr in einem antagonistischen Verhältnis, sondern einem schöpferisch-dialektischen Verhältnis zueinander. Dies ermöglicht es jederzeit, daß die gesellschaftlichen Fragen und Probleme zu echten politischen Fragen und Problemen und damit zu Fragen und Problemen werden, die Volk, Nation und Staat unmittelbar im existentiellen Sinne angehen und daher von den durch das Grundgesetz zur Entscheidung berufenen Instanzen zu regeln sind.

Hieraus ergibt sich, um auf die oben gestellte Frage zurückzukommen, zugleich das Folgende: Auch die heutige Bundesrepublik verdankt in Wirklichkeit nicht der Gesellschaft, sondern der Politik ihre Existenz. Alle wesentlichen Entscheidungen, die zur Gründung dieses Staates geführt haben, waren politischer und zwar hochpolitischer Natur, gleichgültig, ob man etwa an den Marshall-Plan, die Währungsreform, das Bonner Grundgesetz oder die anderen grundsätzlichen Entscheidungen denkt, die zum Aufbau der heutigen freiheitlichen Rechts- und Sozialstaatsordnung bei uns geführt haben. Daß hinter diesen politischen Kräften auch gesellschaftliche, auf die politische Ebene transponierte Kräfte gestanden haben, ist bereits hinreichend dargelegt worden.

VIII.

Diesem hier gekennzeichneten idealtypischen Bild kann natürlich entgegengehalten werden, daß es der politischen Wirklichkeit nicht mehr entspricht, weil die Parteien heute auf

die Hilfe der Verbände angewiesen sind und diese durch ihre Macht, Organisation, Dichte wie ihre Sachkunde den Parteien überlegen sind. Bracher⁹⁾ hat im einzelnen dargelegt, wie sich in allen westlichen parlamentarischen Demokratien dieses neue zentrale Strukturproblem entwickelt hat, das sich an dem Gegensatz zwischen dem hochspezialisierten Sachverstand, der vor allem in den Verbänden sich manifestiert, und dem Prinzip der demokratischen Kontrolle entzündet hat.

In der Literatur ist häufig geschildert worden, wie sich dieser Einfluß der Verbände in der politischen Wirklichkeit unserer parteienstaatlichen Demokratie Geltung verschafft: Einmal macht sich dieser Einfluß über die Exekutive bemerkbar, d. h. über die Ministerialbürokratie, die auf das Gesetzgebungsverfahren einen maßgeblichen Einfluß ausübt, sodann über die Regierung (mit Einschluß des Bundeskanzlers) und schließlich über das Parlament. Unter Verwendung der verschiedensten Druckmittel werden z. B. Abgeordnete von den Verbänden in die Parteien eingeschleust. Diese werden von den Parteien auch deshalb benötigt, weil die Abgeordneten heute einfach nicht mehr in der Lage sind, die Entscheidungen, die der demokratische Sozialstaat ihnen abfordert, zu fällen, und zwar nicht nur wegen des Zeitdrucks, unter dem die Abgeordneten stehen, sondern vor allem deshalb, weil sie den Verbänden gegenüber eine diesen gleichkommende und gleichwertige Sachkunde nicht aufzubringen vermögen. Den Verbandsvertretern, die über ein besonderes Fachwissen verfügen, gelingt es sogar nicht selten, innerhalb der Fraktionen eine besondere Vorzugsstellung zu erhalten, weil sie es sind, die die Fraktionen überhaupt erst in die Lage versetzen, zu den oft komplizierten Sachfragen fachmännisch Stellung zu nehmen. Sie bieten sich als Kenner der zu behandelnden Materie an und damit zugleich als die Kandidaten, die von den Fraktionen in die besonderen Ausschüsse der Parlamente entsandt werden können, in denen daher nicht zufällig häufig Abgeordnete sich treffen, die zwar verschiedenen Parteien angehören, aber doch durch die gleichen Interessen miteinander verbunden sind und die es daher als völlig legitim als eine ihrer Hauptaufgaben betrachten, in diesen Ausschüssen (z. B. Agrar-, Beamten-, Arbeits-, Wirtschaftsausschuß) die besonderen gesellschaftlichen Interessen ihrer Verbände (etwa der Landwirtschaft, des Mittelstandes, des Beamtentums, der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber) wahrzunehmen. Dabei wird von den Fraktionen nur häufig übersehen,

⁹⁾ K. D. Bracher, Gegenwart und Zukunft der parlamentarischen Demokratie in Europa, in Deutschland zwischen Demokratie und Diktatur, 1964, S. 386 f.

daß diese Verbandsvertreter doch eben nicht, auch wenn sie über eine große Sachkunde verfügen, in der Lage sind, wie ein unabhängiger Gutachter das zur Diskussion und Entscheidung stehende Sachproblem zu behandeln. In der Tat, die Situation ist eine außerordentlich prekäre. Kein Wunder, daß bei dieser Sachlage der einzelne Abgeordnete, der zugleich die Interessen eines bestimmten Verbandes vertritt, oft nicht weiß, welchen Forderungen — den politischen oder denen seines Verbandes —, wenn er sich in einem Konflikt befindet, er den Vorrang geben soll.

Die Lage ist um so mißlicher, als der Einfluß der Verbände sich nicht nur auf die Durchsetzung von Sonderwünschen gegenüber der Verwaltung und Gesetzgebung erstreckt, sondern auch dahin geht, nicht gewünschte Maßnahmen und Gesetze zu verhindern. Gibt es doch kaum einen Akt der Gesetzgebung, kaum eine Maßnahme der sozialen Wirtschaftspolitik, kaum einen verfassungsrechtlichen Eingriff, der der Aufmerksamkeit der Verbände und ihrer Vertreter sich entzieht. Wie weit der Einfluß der Verbände reichen kann, sieht man daraus, daß sie gar nicht selten auch Anspruch auf Besetzung von Ministerien mit einer ihnen nahestehenden oder mindestens genehmen Persönlichkeit durchzusetzen suchen, wie das z. B. beim Landwirtschaftsministerium und beim Vertriebenenministerium gelegentlich der Fall gewesen ist.

Angesichts dieser Situation ist es nicht verwunderlich, wenn behauptet wird, daß die parteienstaatliche Demokratie heute im Begriffe ist, durch die Verbände unterwandert zu werden und daß, wenn man schon von einer Demokratie sprechen wolle, man der politischen Wirklichkeit näher komme, wenn man von einer Verbandsdemokratie und nicht einer parteienstaatlichen Demokratie, die nur die Fassade liefere, sprechen würde. Im übrigen wird diese Entwicklung in der Literatur gelegentlich sogar positiv bewertet. Man geht sogar so weit, zu behaupten, daß ein wesentlicher, wenn nicht vielleicht der wesentlichste Strukturdefekt unserer heutigen Demokratie darin bestehe, daß man diesen Pluralismus nicht positiv bewerte, und daß wir eher unter zu wenig als zu viel Pluralismus litten.

Ich gestehe, daß ich diese Auffassung nicht zu teilen vermag. Gewiß, die Parteien haben es, wie ich anzudeuten versucht habe, in der politischen Wirklichkeit immer schwerer, sich dem Einfluß der Interessenverbände zu entziehen. Aber dies bedeutet nicht, daß wir diese Entwicklung sozusagen als naturnotwendig zu akzeptieren und deshalb, weil es so ist, auch positiv zu bewerten haben. Soweit die Parteien bei uns heute

durch die Verbände wirklich von außen gesteuert, d. h. überfremdet sind, haben wir es im Grunde genommen mit einem entarteten, d. h. politisch nicht legitimen Pluralismus zu tun. Dies wird im übrigen auch von R ö p k e u. a. zugegeben, die entscheidend dazu beigetragen haben, der heutigen pluralistischen Gesellschaft ihren legitimen Platz in unserer verfassungsmäßigen Ordnung zu sichern.

Im übrigen sollten unsere unentwegten Pluralisten nicht vergessen, daß unsere politischen Parteien auch heute noch — und mit vollem Recht — ihre Aufgabe darin sehen, die antagonistisch auftretenden, verschiedenen, gesellschaftlichen Interessen der Verbände zunächst unter sich miteinander auszugleichen, sie zu neutralisieren und dafür zu sorgen, daß das pluralistische Gegeneinander der einzelnen Verbandsinteressen nicht zu einem die politisch-staatliche Einheit gefährdenden Pluralismus und zu verbandsmäßig unterbauten Herrschaftsorganisationen führt. Auch in der heutigen Situation haben die Parteien gegenüber den Verbänden noch die verfassungsrechtlich gebotene Pflicht und Aufgabe, ihrerseits politisch integrierend zu wirken und durch die Erfüllung dieser Aufgabe immer wieder von neuem dem Überhandnehmen des Verbandseinflusses Schranken zu setzen. Ihre Legitimität, so zu verfahren, leiten die Parteien auch heute noch daher, daß sie politisch verfaßtes Volk sind, d. h. primär Organisationen, die im politischen Raum den Staat konstituieren und keine Verbände, die — idealtypisch gesehen — im gesellschaftlichen Raum beheimatet sind.

IX.

Der Gefährdung unserer politisch demokratischen Ordnung durch die illegitimen Kräfte eines entarteten Pluralismus hat man auf verschiedene Weise zu begegnen versucht. Man hat z. B. der Etablierung eines überparteilichen, neutralen Beamten-, Verwaltungs- und Richterstaates das Wort geredet. Unter Zuhilfenahme von dem monarchischen Obrigkeitsstaat entlehnten Vorstellungen sucht man z. B. die Stellung der Exekutive, bei uns also etwa die des Bundespräsidenten und der Regierung, zu stärken, d. h. von den Parteien unabhängiger zu machen und die Wehrmacht sowie das Beamten- und Richtertum, die bestimmte Sachfunktionen im Staate zu erfüllen haben, als die eigentlichen Säulen dieses Staates zu betrachten und ihnen einen erhöhte Bedeutung in dem angeblich überparteilich neutralen Staate einzuräumen. Für einen solchen überparteilich neutralen Beamten-, Verwaltungs- und

Wehrmachtsstaat mit starker Exekutive bestehen auf längere Sicht gesehen heute weder die historischen noch die politischen und soziologischen Voraussetzungen. Der frühere Staatsmythos, der zur Zeit des Obrigkeitsstaates eine politisch schöpferische Kraft besessen hat, hat heute diese Kraft verloren. Die Schichten, die jenen Staat getragen hatten, und — im übrigen zu Unrecht — das Wort überparteilich für sich in Anspruch genommen hatten, sind heute im Gefolge der zwei Weltkriege, des nationalsozialistischen Regimes und des allgemeinen Zusammenbruchs sowie der Zerschlagung Preußens mehr oder weniger zerrieben worden. Auch können sich jene, die einer solchen Staatskonzeption das Wort reden, nicht auf das Frankreich de Gaulle's berufen. Dieses politische Regime, das heute seinen charakteristischen Ausdruck im hoheitlich persönlichen Willen und autoritären Befehl des regierenden Staatsoberhauptes findet, läßt noch die Frage völlig offen, welchen Charakter dieses Regime beim Wegfall dieser Persönlichkeit letztthin annehmen wird. Vergessen wir nicht, daß auch das Hitlerregime in der Vergangenheit sehr anders bewertet worden ist, wie es heute bewertet wird, ohne daß diesem natürlich damit die Ehre angetan werden soll, mit dem Gaullismus auch nur im Ansatzpunkte irgendwie verglichen werden zu sollen.

Wenn dieser Weg nicht gangbar ist, so kann es sich nur darum handeln, wenn man den heutigen demokratischen Parteienstaat nicht in Frage stellen will, den Versuch zu unternehmen, die politische Funktionsfähigkeit desselben zu verbessern. Man muß nach Mitteln und Wegen suchen, die die Parteien, die Fraktionen und Abgeordneten besser als bisher in stand setzen, gegenüber den Verbänden, soweit diese ihre Position illegitim ausnutzen und politische Macht usurpieren, ihre spezifisch politischen Funktionen wahrzunehmen, um mit dem Sachverstand der Verbände konkurrieren zu können. Der den Fraktionen durch den Interessenvertreter in ihren eigenen Reihen vermittelte Sachverstand genügt jedenfalls im politischen Bereiche nicht, um diesen Defekt zu beheben. Der Sachverstand, den Fraktionen und Abgeordnete benötigen, geht über den des reinen Interessenvertreters weit hinaus. Er orientiert sich an bestimmten objektiven Maßstäben. Dies gilt insbesondere auch für den Wirtschaftssachverständigen, auf dessen Rat der Politiker angewiesen ist. Unbeschadet der antagonistisch-gesellschaftlichen Gruppeninteressen gibt es etwas, was legitimerweise als das wirtschaftliche Gesamtinteresse bezeichnet werden kann. Die Idee des Maßhaltens, gleichgültig, ob man in den letzten Jahren immer einen glücklichen Gebrauch von ihr gemacht hat, steht und fällt mit dieser Annahme.

Damit soll nicht gesagt sein, daß mit der Etablierung sozusagen des objektiven Sachverstandes die Schwierigkeiten behoben sein würden, und daß es genügen würde, diesen Sachverstand regieren zu lassen und den Politiker zu veranlassen, zu seinen Gunsten im Bereich der Politik abzdanken. Das häufig gezeichnete Bild, nach dem Manager, Funktionäre, Sachverständige in Zukunft eine technokratisch-diktatorförmig geformte Gesellschaft beherrschen, mit der jede parlamentarisch demokratische Kontrolle letzthin unvereinbar sein soll, ist hinreichend bekannt. Man hat in diesem Zusammenhang von einem „sterbenden Parlament“ gesprochen — im übrigen nicht nur bei uns, sondern auch in England, wenn etwa an die Bücher von C. Keeton, „The Passing of Parliament“, oder von C. Hollis, „Can Parliament survive“, erinnert werden darf. Übersehen wird hier nur, daß das Politische aus dem gesellschaftlichen Geschehen auch im zwanzigsten Jahrhundert nicht eliminiert werden kann. Zur Aufgabe des Politikers gehört es, den ihm durch den Fachmann vermittelten objektiven Sachverstand mit den Forderungen zu konfrontieren, die sich aus dem spezifisch Politischen im materialen Sinne ergeben. Führt doch diese Konfrontation nicht selten dazu, daß der reine Sachverstand den Geboten untergeordnet werden muß, die sich unter dem Blickpunkt der Existenzhaltung von Volk, Nation und Staat ergeben.

Was nun die Mittel und Wege anbetrifft, die den Abgeordneten in die Lage versetzen sollen, sich selbständig ein Urteil zu bilden, und ihm den ihm heute fehlenden objektiven Sachverstand zu vermitteln, so verweise ich vor allem auf die Möglichkeit, daß mehr Ausschüsse als bisher mit Hilfe sog. Hearings die verschiedenen Exponenten der Interessenverbände hören sollten. Von der Möglichkeit, Interessenvertreter verschiedener Schattierungen in öffentlichen Sitzungen anzuhören, wird noch zu wenig Gebrauch gemacht. Würde diese Möglichkeit ausgeschöpft werden, so würden die oft miteinander kollidierenden Interessen der verschiedenen Interessenverbände vor den Fraktionen selbst zum Ausdruck gelangen. Damit würde zugleich der ungebührlich große Einfluß, den die Interessenvertreter in den eigenen Reihen der Fraktionen auf deren Willensbildung ausüben, begrenzt werden. Diese Wirkung würde noch durch die zusätzliche Einsetzung von unabhängigen Expertenkommissionen verstärkt werden können.

Weiterhin sollte man die Hilfseinrichtungen des Parlaments, die sich bei uns mit denen in den Vereinigten Staaten nicht vergleichen lassen, erheblich verbessern. Die Fraktionen und die einzelnen Abgeordneten sollten sachlich und personell mit

öffentlichen Mitteln ausgestattet werden und einen größeren Stab von Assistenten, Experten und Hilfskräften zur Verfügung haben. Vor allem sollte ein besonderer Gesetzgebungshilfsdienst — etwa nach amerikanischem Muster — ins Leben gerufen werden, dessen besondere Aufgabe es sein sollte, Material zusammenzutragen, um dieses den Abgeordneten, ihren Assistenten und Sekretären zugänglich zu machen. Erst hierdurch könnte der einzelne Abgeordnete von sich aus in den Stand gesetzt werden, auf den Gebieten, die heute von den Verbänden monopolartig beherrscht werden, wieder Gesetzgebungsanträge selbständig auszuarbeiten. Wenn man gegenüber dem hochspezialisierten Sachverstand der Verbände — und wir können hinzufügen, auch der Ministerialbürokratie — etwas Gleichwertiges schaffen will, müßte bei dem Aufbau eines solchen Apparates finanziell großzügig verfahren werden. Gewiß besteht die Gefahr, daß das Parlament durch eine solche Bürokratisierung wiederum möglicherweise von seinen eigenen Experten überspielt wird. Immerhin der Versuch sollte gewagt werden. Auch hier handelt es sich schließlich um eine Frage des Maßhaltens. Die Existenz eines solchen Gesetzgebungshilfsdienstes muß nicht dazu führen, daß der Abgeordnete zum Gefangenen seiner Referenten wird. Letzten Endes entscheidet die Persönlichkeit des einzelnen Abgeordneten, ob er den Apparat oder der Apparat ihn beherrscht.

X.

Was nun die Frage anbelangt, ob es sich empfiehlt, um die Eigenständigkeit des Politischen zu sichern, die Verbände in das Verfassungsgefüge selbst einzubauen, so ergibt sich aus den bereits gemachten grundsätzlichen Bemerkungen, daß dies nur in begrenztem Ausmaß möglich ist. Man kann z. B. die Verbände von Staats wegen für den Staat in einem bestimmten Ausmaß nutzbar machen und sie zur selbstverantwortlichen Mitarbeit an der Erledigung öffentlicher Aufgaben heranziehen, wie dies z. B. bei den Industrie- und Handelskammern, die auf eine besonders lange und ehrwürdige Tradition zurückblicken können, der Fall ist.

Erwünscht ist es auch, Verantwortungen voneinander abzugrenzen, soweit die Verbände bei der Aufbereitung des Gesetzgebungsmaterials mitzuwirken haben, indem sie den Ämtern die erforderlichen Unterlagen insbesondere Statistiken liefern, die dieselben zur Vorbereitung ihrer Entscheidungen benötigen. Der Öffentlichkeit und den zur politischen Entscheidung berufenen Instanzen sollte dies hinreichend klar zur

Kenntnis gebracht werden. Bekannt ist die Bestimmung der Geschäftsordnung der Bundesministerien, aus der sich ergibt, daß schon heute die Verbände bei der Vorbereitung von Gesetzen und wichtigen Verordnungen von der Ministerialbürokratie heranzuziehen sind. Auch auf die bei den einzelnen Ministerien gebildeten Beiräte, in denen die Verbände vertreten sind, ist in diesem Zusammenhang zu verweisen. Ebenfalls seien in diesem Zusammenhang die englischen Royal Commissions und die anderen Kommissionen erwähnt, mit deren Hilfe die Verbände ihre Interessen geltend machen können. Die vielfachen Anhörungs-, Präsentations-, Vertretungs-, Beteiligungsrechte sind in diesem Zusammenhang ebenso zu erwähnen wie das System der Sozialversicherungsträger mit ihrer sozialpartnerschaftlichen Selbstverwaltung. Die Institutionalisierung könnte gewiß noch weiter getrieben werden, als dies bisher geschehen ist. Die Verbände sollten von ihrem Recht, Rat anzubieten, gutachtlich Stellung zu nehmen, an der sozialen Selbstverwaltung und an der Rechtsprechung, insbesondere der Arbeits- und Sozialgerichte, teilzunehmen, soweit wie möglich Gebrauch machen.

Dagegen hat die „Nach-und-nachinstitutionalisierung“ ihre natürliche Grenze. Das Legalgewicht der Verbandsorganisationen mit ihren in dem gesellschaftlichen Bereich beheimateten Hierarchien, Gruppen und Verbänden sollte nicht den Charakter einer vierten Gewalt annehmen. Daher sollte das in der Weimarer Verfassung mit dem Reichswirtschaftsrat gemachte Experiment nicht wiederholt werden. Es konnte zu jener Zeit nicht gelingen, da — wie wir gesehen haben — es eben nicht Aufgabe der Verbände sein kann, eigenständige Verfassungsorgane zu bilden, die unmittelbar an der staatlichen Willensbildung schöpferisch beteiligt sind. Es ist daher auch kein Zufall, daß die nationalen Wirtschafts- und Sozialbeiräte in Belgien, Frankreich, Italien usw. auf eine gutachterliche Tätigkeit beschränkt worden sind, und daß die von diesen Organen entworfenen Pläne weder die parlamentarischen Körperschaften noch die Regierungen binden, resp. gebunden haben. In all diesen Staaten ist durch den Einbau dieser Organe das grundsätzlich verfassungsrechtliche Gefüge nicht verändert worden. Solche auf verbandsmäßiger Grundlage erwachsenen Organe vermögen nur als Hilfsorgane der Parlamente zu fungieren.

Staat und Verbände*

2. Mitbericht**) von Professor Dr. Günther Winkler,
Wien

I.

Theodor Eschenburg¹⁾ hat gewiß recht, wenn er es trotz gegenteiliger Ratschläge auch in der zweiten Auflage seiner Schrift über die „Herrschaft der Verbände?“ beim Fragezeichen bewenden läßt. Das Verbandsproblem ist zwar nicht so ursprünglich, wie es in den 50er Jahren den Anschein hatte, und ohne Zweifel ist es heute nahezu nach jeder Richtung hin ausreichend empirisch erfaßt und durch Daten belegt. Aber eine gewisse Hilflosigkeit in seiner verfassungsrechtlichen Deutung wie auch in seiner rechtspolitischen Bewertung und Lösung ist noch immer spürbar. Das gilt vor allem für die österreichischen Diskussionen, die erst verhältnismäßig spät einsetzten und von Anfang an sichtbar von der Vorstellung überschattet waren, daß dieser Machtfaktor der Gesellschaft unserer Zeit weder rechtsdogmatisch noch ordnungs- und rechtspolitisch wirksam und sinnvoll erfaßt werden kann.

Ganz unvermittelt tauchte zunächst im Jahre 1952²⁾ und dann neuerdings im Jahre 1957³⁾ die damals geradezu verblüffende Feststellung auf, daß es Verbände gibt und daß diese Verbände mehr und mehr dem ursprünglichen demokratischen Konzept der Verfassung ihren Stempel aufdrücken. Der heu-

*) Unter „Verband“ ist im Folgenden „Interessenverband“ zu verstehen.

**) Die schriftliche Wiedergabe stimmt mit dem Vortrag überein.

1) Theodor Eschenburg, Herrschaft der Verbände?, 2. Aufl., Stuttgart 1963, S. 5.

2) Ludwig Adamovich, Wirtschaftsordnung und Verfassung in: Ernst Lagler — Johannes Messner, Wirtschaftliche Entwicklung und soziale Ordnung, Festschrift für Degenfeld, Wien 1952, S. 105 ff.

3) Ludwig Adamovich — Hans Spanner, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, Wien 1957, S. 122 ff.; vgl. auch bereits Hans Spanner, Die Rolle der Verfassung im gegenwärtigen politischen und sozialen Leben, ÖZöfR N. F. 7, 1956, S. 10 u. S. 22 ff.

tige Staat entwickle sich immer stärker zum „Parteien- und Kammerstaat“. Dem Beobachter der daran anschließenden Diskussion scheint es gerade so, als habe man ganz plötzlich ein Phänomen entdeckt, das es bis dahin nicht nur kaum gegeben hat, sondern das es nach der Verfassung auch nicht geben dürfte. Das Staunen ist vielleicht jenem der Trojaner vergleichbar, nur mit dem Unterschied, daß man heute weiß, was man von einem trojanischen Pferd zu halten hat. Jedoch, man sieht das Pferd, d. h. die gegen die Verfassung aus einer „Verfassungswirklichkeit“ andrängende gesellschaftliche Macht, aber man kann den Verdacht nicht los werden, daß es tatsächlich ein trojanisches Pferd ist; eine Ballung neuer gesellschaftlicher Kräfte, die drauf und dran sind, die Verfassung zu zerstören.

Diese Verblüffung und eine gewisse Ängstlichkeit in Österreich gegenüber dem Verbandsproblem finden in verschiedenen Umständen ihre Erklärung.

1. In der Entdeckung der Wirkkraft gesellschaftlicher Macht durch eine Rechts- und Staatslehre, die sich bis dahin in puritanischer Enthaltbarkeit auf eine Wiedergabe der Rechtsvorschriften beschränkt und überdies das verfassungsrechtliche Normengefüge ausschließlich, und wie mir scheint seit eh und je zu Unrecht, aus dem Idealbild eines Parlamentarismus gedeutet hat, der seine Grundlage in einer streng egalitären Demokratie findet.

2. In einer mangelhaften systematischen Durchdringung und Pflege eines Verfassungskonzeptes, das von seinem Ursprung an und in seinen Wandlungen der Jahre 1920, 1925 und 1929 politisch und wissenschaftlich als ein Provisorium betrachtet und behandelt wurde⁴⁾. Man hat nicht nur die politischen Parteien in ihrer legitimen verfassungsrechtlichen Funktion und in ihren zwangsläufigen antiegalitären Auswirkungen ignoriert, sondern auch den Raum geflissentlich übersehen, den die Verfassung den Verbänden seit jeher unzweifelhaft ausgespart hat.

3. In einer verengten Vorstellung vom Staat, seit 1945 vor allem bedingt durch das Erlebnis von seiner in-

⁴⁾ Aus der staatsrechtl. Lit. sei beispielhaft hingewiesen auf: Adolf Merkl, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich, Wien 1919, Vorwort u. S. 11 ff.; Hans Kelsen, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, ÖZöfR Bd. I, 1919/20, S. 121 f.; ders., Österreichisches Staatsrecht, Tübingen 1923, S. 237 f.; Adolf Merkl, Der rechtliche Gehalt der österreichischen Verfassungsreform vom 7. Dez. 1929, ÖZöfR Bd. X, 1931, S. 211 f.; Hans Frisch, Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes, Wien 1932, S. 42.

tensivsten und unerträglichsten Form in den Jahren vorher, — ich meine damit die erlebte Anschauung aus dem streng zentralisierten totalen Staat des Dritten Reiches, in dem alle Staatsorganisation in eine Hierarchie mündete, die ihrerseits in der Einparteienherrschaft gegründet war. Wie könnte man sich anders die „überraschende“ Entdeckung erklären, daß es neben der Staatsmacht eine Pluralität gesellschaftlicher Mächte gibt, die ihre Wirksamkeit sowohl innerhalb als auch außerhalb der parlamentarischen Staatsrepräsentation entfalten.

Soweit diese Verwunderung, die nunmehr übrigens weitgehend kritischen und vorurteilsfreien Analysen gewichen ist⁵⁾, sich darauf bezieht, daß es Parteien und Verbände über-

⁵⁾ In zeitlicher Reihenfolge: Egon Scheffer, Der „Kammerstaat“. Kritik von gestern und heute, in: Wirtschaftspolitische Blätter 1955, S. 40 ff.; Wilhelm Weber, Österreichs Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung, Wien 1957; ders., Die österreichische Volkswirtschaft — ein gemischter Typus mit ausgeprägter Verbandswirtschaft, in: Wirtschaftssysteme des Westens, hrsg. von Rudolf Frei, Veröffentlichungen der List-Gesellschaft, Bd. 6/I, Basel-Tübingen 1957, S. 169 ff.; Herbert Reiger, Die Mitwirkung der Handelskammern an der staatlichen Wirtschaftsverwaltung, in: Wirtschaftspolitische Blätter 1960, S. 12 f.; ders., Wirtschaftskommission — eine weitere Aushöhlung der Verfassung, ebendort S. 131 ff.; Rudolf Strasser, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Österreich, in: Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, hrsg. von Theodor Pütz, 1960, S. 73 ff.; Hans Klecatsky, Sollen die Handelskammern in die Bundesverfassung eingebaut werden?, ebendort S. 63 ff.; Egbert Mannlicher, Die Stellung der Kammern im Staat, ebendort S. 113 ff.; Karl Wenger, Die Paritätische Kommission für Lohn- und Preisfragen, in: Wiener Studien zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, H. 4, Wien 1961; Rechtsgutachten der Sozialwissenschaftlichen Arbeitsgemeinschaft Nr. 24: Der Plan zur Umgestaltung der Paritätischen Kommission für Lohn- und Preisfragen, 1961; Hans Klecatsky, Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben und die Bundesverfassung, in: Hans Floretta — Rudolf Strasser, Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben, Wien 1963, S. 29 ff. mit zahlreichen Lit.hinweisen; Über den Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen vgl. die Diskussion in den Wirtschaftspolitischen Blättern 1964, S. 378 ff., mit Beiträgen von Alfred Klose, Michaela Forster, Wilhelm Weber, Herbert Reiger, Karl Korinek u. a.; Dieter Bös, Ein Beitrag zum Thema „Kammerstaat“, in: Berichte und Informationen, H. 953, 1964; Hans Klecatsky, Interessenverbände und Parlament, in: Die Verbände und ihr Ordnungsanspruch, Schriftenreihe des Institutes für Sozialpolitik und Sozialreform, N. F. Nr. 3, Wien 1965, S. 23 ff.; Artur Karisch, Staat, Parteien und Verbände in Österreichs Wirtschaftsordnung, Wien 1965, mit weiteren Literaturhinweisen, S. 98 Anm. 13; Karl Wenger, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung in Österreich, in: Joseph Kaiser: Planung I., Baden-Baden 1965, S. 123 ff.; Gertrud Neuhauser, Theodor Pütz, Fritz Klenner u. a. in: Verbände und Wirtschaftspolitik in Österreich, hrsg. v. Theodor Pütz, Schriften des Vereins für Sozialpolitik N. F. Bd. 39, Berlin 1966.

haupt gibt, kann man ihr eine gewisse unkritische Naivität nicht absprechen. Parteien und Verbände hat es immer gegeben. Selbst der totale Staat kannte sie, wenn auch in pervertierter Form. Für Österreich zeigt sich aber, daß der Unterbau durch die Kammern und andere Verbände seit etwa hundert Jahren feststellbar ist. Kammern und vereinsmäßig organisierte Interessenvertretungen nehmen jedenfalls seit dem Bestand der Verfassung und in legaler Existenz Einfluß auf das staatliche Geschehen.

4. In der verwunderten Registrierung der Verbände durch die Wissenschaft findet aber noch ein Umstand sprechenden Ausdruck, der eine weitere Erklärung für die Einstellung gegenüber den Verbänden abgibt. Das gilt allerdings nicht nur für Österreich, sondern ganz allgemein. Schwergewichte im staatlichen und gesellschaftlichen Leben rufen immer wieder eine Umorientierung der Staatslehre hervor. Ordnungskategorien einerseits und soziologische Machtkategorien andererseits sind oft alternierend bestimmende Hauptgesichtspunkte in der Staatsbetrachtung, je nachdem, ob das politisch-gesellschaftliche Leben sich mehr in der Ordnung des Rechtes oder in willkürlicher Machtentfaltung abspielt.

So scheint aus dem Fragenkomplex der Verbände besonders für die österreichische Staatslehre der Standort der Reinen Rechtslehre gefährdet und es scheint ferner, als müßte die österreichische Rechtswissenschaft gegenüber der Realität der Verbandsentwicklung ihre Existenzberechtigung verteidigen; als sei es an der Zeit, sich von der Staatsrechtslehre abzuwenden und aus der Erfahrung von Verbänden und Parteien einen neuen Standort in einer Staatssozial- und Machtlehre zu suchen. Solche Beweggründe sind nicht begründet, weil keine echte Alternative vorliegt. Juristische und soziologische Betrachtung sind nebeneinander möglich und notwendig. Diese von G. Jellinek begründete Lehre konnte auch von H. Kelsen nicht widerlegt werden.

In einem entscheidenden Punkt aber teile ich die Sorge der österreichischen Lehre voll und ganz: Die Verbände zeigen immer wieder die Tendenz, die verfassungsrechtliche Ordnung zu durchstoßen. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Thema von größter rechtsdogmatischer und ordnungspolitischer Bedeutung. Was die Fragestellung so bedeutend macht, ist also nicht wirklich ihre Neuheit an sich, sondern die Hilflosigkeit ihr gegenüber, die einerseits aus jahrzehntelanger Vernachlässigung seitens der Wissenschaft und andererseits aus dem mächtigen Anwachsen der Bedeutung der Verbände in der letzten Zeit resultiert.

Die folgenden Ausführungen haben eine juristische und eine soziologische Analyse der österreichischen Problematik zum Ziel und münden in den Versuch einiger ordnungspolitischer Lösungsvorschläge. Rechtliche und soziologische Gesichtspunkte sollen in einer Zusammenschau Grundlage für die Auswertung des Themas sein. Nur am Rande sei noch vermerkt, daß ich das Thema weder rechts- noch sozialpathologisch auffasse, sondern als Frage nach rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten der Verbände. In diesem Sinne teile ich die von H. Krüger und anderen bezogene, betont neutrale Grundeinstellung zum Thema⁶⁾.

II.

Von „Verbänden“ ist in der österreichischen Bundesverfassung *expressis verbis* nirgends die Rede. Man hat daher nachgerade den Eindruck, als wären sie illegal und in politischer Freiheit wild gewachsen. Ein solcher Eindruck trägt jedoch. Seit mehr als hundert Jahren gibt die österreichische Rechtsordnung den verschiedenen Verbänden erkennbaren Raum. Für sie alle ergibt sich heute die rechtsdogmatische Frage, welchen Rahmen ihnen die geltende Verfassung und die einfachgesetzliche Ordnung geben.

Vorerst ist zwischen den als juristische Personen öffentlichen Rechts eingerichteten Interessenvertretungen einerseits und den vereinsrechtlichen Gebilden andererseits zu unterscheiden.

Die juristischen Personen öffentlichen Rechts, als gesetzlich einzurichtende Verbände, sind in der Verfassung nur als Randphänomene behandelt. Zunächst kann der Verfassung abgelesen werden, daß sowohl dem Bund als auch den Ländern entsprechende Organisationskompetenzen eingeräumt sind. Dem Bund wurde vorerst im Jahre 1920 die Zuständigkeit in Gesetzgebung und Vollziehung übertragen, Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 8 B.-VG.) sowie Kammern für Arbeiter und Angestellte (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 11 B.-VG.) zu errichten. Eine gleichartige Kompetenz wurde dem Bund unter dem Titel „Angelegenheiten der Notare, der Rechtsanwälte und verwandter Berufe“ (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 6 B.-VG.) und „Angewesen“ (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 8 B.-VG.) zugewiesen. — In weitegenheiten der Patentanwälte; Ingenieur- und Ziviltechniker-

⁶⁾ Herbert Krüger in seinen Diskussionsbeiträgen in: Der Staat und die Verbände, hrsg. vom Bundesverband der Deutschen Industrie, Heidelberg 1957, S. 35 ff. u. S. 51 f.; siehe auch ders., Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 379 ff., insbes. S. 388.

terer Anbahnung des damals aktuellen berufsständischen Gedankens erhielt der Bund bald darauf durch die Verfassungsnovelle 1929 in einer Generalklausel die Zuständigkeit, berufliche Vertretungen einzurichten, „soweit sie sich auf das ganze Bundesgebiet erstrecken, mit Ausnahme solcher auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet“ (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 8 B.-VG.). Für die Personalvertretungen des öffentlichen Dienstes, die bis heute nicht geschaffen sind, waren schon im Jahre 1920 die Grundsätze einem Bundesgesetz, unbeschadet der Kompetenzverteilung, vorbehalten (Art. 21 Abs. 1 B.-VG.; diese Bestimmung ist mit BGBl. Nr. 205/1962 beseitigt worden). — Mit geteilten Kompetenzen in Gesetzgebung für den Bund und in Vollziehung für die Länder wurde ferner schon im Jahre 1920 die Errichtung beruflicher Vertretungen allgemein vorgesehen, soweit sie weder ausschließlich dem Bund zugewiesen ist, noch Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet betrifft (Art. 11 Abs. 1 Ziff. 2). Diese Zuständigkeit ist durch die Generalklausel der Novelle 1929 weitgehend eingeschränkt worden und heute nur mehr von begrenzter Bedeutung. Auf die Problematik der verfassungsrechtlichen Grenzziehung zwischen der Kompetenz des Art. 10 Abs. 1 Ziff. 8 B.-VG. und jener des Art. 11 Abs. 1 Ziff. 2 B.-VG. sei hier nur verwiesen. Den Ländern blieb danach die Schaffung beruflicher Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet ausschließlich vorbehalten.

Andere körperschaftliche und anstaltliche Interessenvertretungen sowie juristische Personen ohne Verbandsorganisation haben ihre Grundlage in den Sachkompetenzen des Bundes und der Länder. Dazu gehören für den Bund etwa nach dem Tatbestand „Sozial- und Vertragsversicherungswesen“ die Sozialversicherungsträger (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 11 B.-VG.), ferner die österreichischen Hochschulen und die Österreichische Hochschülerschaft (früher § 42 V.-ÜG. 1920, jetzt Art. 14 Abs. 1 B.-VG.) sowie die Fonds des Marktordnungsgesetzes nach spezieller und befristeter Verfassungsbestimmung (zuletzt BGBl. Nr. 327/1965).

Organisationskompetenzen der Länder außerhalb der beruflichen Vertretungen finden in der Restzuständigkeit der Länder, die im Art. 15 Abs. 1 B.-VG. nicht weiter aufgegliedert ist, ihre verfassungsrechtliche Grundlage. Dazu gehören etwa die als Körperschaften öffentlichen Rechts eingerichteten „Jägerschaften“.

In geradezu beliebiger und gleichsam zufälliger Weise findet sich also in der Verfassung eine Reihe von Kompetenztatbeständen zur Einrichtung von juristischen Personen, teils als Körperschaften, teils als Anstalten und Fonds zur beruf-

lichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Selbstverwaltung und gleichzeitigen Interessenwahrnehmung im staatlichen Bereich. Mögen auch diese Regelungen formal und inhaltlich unterschiedliche Bedeutung haben, es kann ihnen dennoch zweifelsfrei entnommen werden, daß die Verfassung einem weitverzweigten und einem an sich erweiterbaren System von interessenmäßig orientierten juristischen Personen öffentlichen Rechts Raum läßt. Gesetzlicher Zwangsbestand, Zwangsgewalt und fast durchweg auch Zwangsmitgliedschaft sind dabei, ähnlich den Gebietskörperschaften, bestimmende Kriterien. Organisatorische Mindestvoraussetzungen, wie die Anzahl der Organe, ihre Kreation, der hierarchische Aufbau, der autonome Wirkungsbereich, Haushaltsfragen, interne Willensbildung und Kompetenzen zur Beteiligung an der Staatswillensbildung, sowie Inhalt und Umfang der Staatsaufsicht und das Verhältnis zu den obersten Organen werden in der Verfassung nicht umschrieben. Alle diese Fragen sind „wesensgemäß“ vorausgesetzt.

Nur ausnahmsweise trifft man darüber hinaus auf zusätzliche verfassungsrechtliche Einbindungen in das Organisationsgefüge des Staates, die auch einen Schluß auf die rechtliche Konstruktion der Verbände ermöglichen. So enthält beispielsweise Art. 23 B.-VG. einen weitreichenden Staatshaftungstatbestand, der neben den Gebietskörperschaften Bund, Länder (Bezirke) und Gemeinden auch die sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts umschließt und die Schadenshaftung auch für den autonomen Wirkungsbereich vieler interessengebundener Selbstverwaltungskörper grundsätzlich vorsieht.

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs sind individuelle Verwaltungsakte gemäß Art. 144 bzw. 130 B.-VG. als „Bescheide“ kontrollierbar und Satzungen gemäß Art. 139 B.-VG. der Verordnungskontrolle des Verfassungsgerichtshofs unterworfen. In privatwirtschaftlicher Hinsicht unterliegen sie alle, wie der Bund, die Länder und die Gemeinden, der Kontrolle der ordentlichen Gerichte. Hoheitliche Aufsichtsakte des Bundes und der Länder sind vor dem Verfassungs- und vor dem Verwaltungsgerichtshof bekämpfbar, sofern sie Bescheidqualität haben. Nach Art. 141 B.-VG. können ausnahmsweise Wahlen zu den satzunggebenden Organen gesetzlicher beruflicher Vertretungen sowie Mandatsaberkennungen von Mitgliedern satzunggebender Organe vor dem Verfassungsgerichtshof bekämpft werden.

Auf dieser schütterten verfassungsgesetzlichen Grundlage haben die Gesetzgeber des Bundes und der Länder im Laufe

der Zeit eine große Zahl von öffentlichrechtlichen juristischen Personen eingerichtet, die gleichzeitig, wenn auch mit unterschiedlicher Reichweite, zur Interessenvertretung berufen sind.

Zu den beruflich-wirtschaftlichen öffentlichrechtlichen Verbänden zählen die Kammern der gewerblichen Wirtschaft⁷⁾, die Kammern für Arbeiter und Angestellte⁸⁾, die Landeslandwirtschaftskammern⁹⁾, die Landarbeiterkammern¹⁰⁾, die Rechtsanwaltskammern¹¹⁾, die Notariatskammern¹²⁾, die Ingenieurkammern¹³⁾, die Ärztekammern¹⁴⁾, die Tierärztekammern¹⁵⁾, die Apothekerkammer¹⁶⁾, die Kammer der Wirt-

7) BG vom 24. Juli 1946, BGBl. Nr. 182, betreffend die Errichtung von Kammern der gewerblichen Wirtschaft (Handelskammergesetz — HKG.), i. d. F. BGBl. Nr. 21/1948, 76/1950, 206/1952, 52/1953, 161/1953 u. 183/1954.

8) BG vom 19. Mai 1954, BGBl. Nr. 105, über die Kammern für Arbeiter und Angestellte und den Österreichischen Arbeiterkammertag (Arbeiterkammergesetz — AKG.), i. d. F. BGBl. Nr. 239/1954, 89/1960 u. 236/1965.

9) Burgenland: LGBl. Nr. 32/1925 i. d. F. LGBl. Nr. 71/1926, 13/1953 u. 12/1958; Kärnten: LGBl. 12/1959; Niederösterreich: LGBl. Nr. 41/1962 i. d. F. LGBl. Nr. 125/1963; LGBl. Nr. 80/1962 (Aufrechterhaltung von Bezirkslandwirtschaftskammern); Oberösterreich: LGBl. Nr. 13/1949 i. d. F. LGBl. Nr. 74/1955, 26/1956 u. 23/1961; Salzburg: LGBl. Nr. 83/1958 i. d. F. LGBl. Nr. 1/1965; Steiermark: LGBl. Nr. 57/1929 i. d. F. LGBl. Nr. 41/1949, 10/1954, 58/1958 u. 62/1961; Tirol: LGBl. Nr. 2/1961; Vorarlberg: LGBl. Nr. 38/1949 i. d. F. LGBl. Nr. 10/1957 u. 38/1962; Wien: LGBl. Nr. 28/1957.

10) Im Burgenland und in Wien bestehen keine Landarbeiterkammern; Kärnten: LGBl. Nr. 40/1954 i. d. F. LGBl. Nr. 40/1964 u. 51/1965; Niederösterreich: LGBl. Nr. 49/1950; Oberösterreich: LGBl. Nr. 12/1949 i. d. F. LGBl. Nr. 62/1955 u. 15/1961; Salzburg: LGBl. Nr. 53/1949 i. d. F. LGBl. Nr. 19/1951, 28/1952, 6/1964 u. 4/1965; Steiermark: LGBl. Nr. 45/1949 i. d. F. LGBl. Nr. 16/1951, 196/1963 u. 362/1964; Tirol: LGBl. Nr. 2/1961; Vorarlberg: LGBl. Nr. 38/1949 i. d. F. LGBl. Nr. 10/1957 u. 38/1962.

11) Gesetz vom 6. Juli 1868, RGBl. Nr. 96, womit eine Rechtsanwaltsordnung eingeführt wird, i. d. F. BGBl. Nr. 103/1945, 163/1954, 22/1956 u. 159/1956.

12) Gesetz vom 25. Juli 1871, RGBl. Nr. 75, betreffend die Einführung einer Notariatsordnung, i. d. F. BGBl. Nr. 104/1945, 137/1946, 294/1959, 139/1962 u. 267/1963.

13) Gesetz vom 2. Jänner 1913, RGBl. Nr. 3, betreffend die Errichtung von Ingenieurkammern (Ingenieurkammergesetz — IKG.), i. d. F. BGBl. Nr. 277/1925.

14) BG vom 30. Mai 1949, BGBl. Nr. 92, über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Ständevertretung der Ärzte (Ärztegesetz), i. d. F. BGBl. Nr. 4/1951, 129/1951, 119/1952, 169/1952, 17/1955, 3/1963, 100/1963 u. 50/1964.

15) BG vom 22. Juni 1949, BGBl. Nr. 156, über die Errichtung der Tierärztekammern (Tierärztekammergesetz), i. d. F. BGBl. Nr. 202/1958, 20/1959 u. 4/1960.

16) BG vom 18. Juni 1947, BGBl. Nr. 152, betreffend die Errichtung einer Apothekerkammer, i. d. F. BGBl. Nr. 43/1948 u. 173/1957.

schaftstreuhand¹⁷⁾, die Dentistenkammer¹⁸⁾ und die Hebammengremien¹⁹⁾. Zu den wirtschaftlichen Interessenvertretungen in der Rechtsfigur der Fonds, also ohne körperrechtliche Struktur und als abgeleitete Interessenwahrer, zählen die Fonds für Milchwirtschaft, für Viehwirtschaft und für den Getreideausgleich²⁰⁾. Die soziale Interessenvertretung obliegt den körperschaftlich-anstaltlichen Sozialversicherungsträgern²¹⁾ (Krankenversicherungsanstalten, Invalidenversicherungsanstalten, Unfallversicherungsanstalten, Renten- und Pensionsversicherungsanstalten und deren Verbände) und dem Wohnhaus-Wiederaufbaufonds²²⁾. Kulturelle Interessen nehmen die Österreichische Hochschülerschaft²³⁾ und in sehr beschränktem Umfang auch die Hochschulen²⁴⁾ wahr, die eher

¹⁷⁾ BG vom 10. Dez. 1947, BGBl. Nr. 20/1948, betreffend die Errichtung der Kammer der Wirtschaftstreuhand, i. d. F. BGBl. Nr. 126/1955, 231/1961 u. 27/1965.

¹⁸⁾ BG vom 23. Februar 1949, BGBl. Nr. 90, betreffend die Regelung des Dentistenberufes (Dentistengesetz), i. d. F. BGBl. Nr. 170/1952 u. 139/1955.

¹⁹⁾ Kdm. vom 12. Nov. 1963, BGBl. Nr. 3/1964, über die Wiederverlautbarung des BG, BGBl. Nr. 214/1925, betreffend die Regelung des Hebammenwesens.

²⁰⁾ BG vom 16. Dez. 1958, BGBl. Nr. 276, mit dem wirtschaftspolitische Maßnahmen auf dem Gebiete der Milch-, Getreide- und Viehwirtschaft getroffen werden (Marktordnungsgesetz), i. d. F. BGBl. Nr. 85/1960, 156/1960, 168/1961, 220/1962, 81/1963, 182/1963 u. 327/1965, u. zw. §§ 3, 21, 34 und 40—52.

²¹⁾ Derartige Sozialversicherungsträger bestehen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG.), BGBl. Nr. 189/1955, i. d. F. der 16. Novelle, BGBl. Nr. 220/1965; Landwirtschaftlichen Zuschußrentenversicherungsgesetz (LZVG.), BGBl. Nr. 293/1957, i. d. F. der 8. Novelle, BGBl. Nr. 221/1965; Gewerblichen Selbständigen-Pensionsversicherungsgesetz (GSPVG.), BGBl. Nr. 292/1957, i. d. F. der 13. Novelle, BGBl. Nr. 222/1965; Bauern-Krankenversicherungsgesetz (B-KVG.), BGBl. Nr. 219/1965; Notarversicherungsgesetz (NVG.), BGBl. Nr. 2/1938, i. d. F. der 8. Novelle, BGBl. Nr. 201/1964, sowie i. d. F. der §§ 480 ff. ASVG.; Bundesangestelltenkrankenversicherungsgesetz (BKVG.), BGBl. Nr. 94/1937, i. d. F. der §§ 480 ff. ASVG.; Meisterkrankenversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 547/1935 i. d. F. BGBl. Nr. 449/1937; §§ 115 b—115 u und 130 d der Gewerbeordnung, RGBl. Nr. 227/1859, i. d. F. RGBl. Nr. 26/1907, BGBl. Nr. 189/1928, 52 u. 104/1933, sowie i. d. F. der §§ 480 ff. ASVG.

²²⁾ BG vom 16. Juni 1948, BGBl. Nr. 130, betreffend die Wiederherstellung der durch Kriegseinwirkung beschädigten oder zerstörten Wohnhäuser und den Ersatz des zerstörten Hausrates (Wohnhaus — Wiederaufbaugesetz), i. d. F. BGBl. Nr. 26/1951, 228/1951, 106/1952, 175/1952, 116/1953, 117/1953, 154/1954, 156/1955 u. 154/1958.

²³⁾ BG vom 12. Juli 1950, BGBl. Nr. 174, über die Österreichische Hochschülerschaft (Hochschülerschaftsgesetz).

²⁴⁾ BG vom 13. Juli 1955, BGBl. Nr. 154, über die Organisation der wissenschaftlichen Hochschulen (Hochschulorganisationsgesetz), i. d. F. BGBl. Nr. 92/1959 u. 188/1962.

körperschaftlich als anstaltlich organisiert sind. Personalvertretungen der öffentlichen Bediensteten sind, wohl nicht zuletzt wegen der Konkurrenz mit den Gewerkschaften, nicht eingerichtet.

Die meisten dieser Interessenvertretungen sind innerverbandlich durchstrukturiert. Soweit sie der Bund einrichtet, sind sie fast durchwegs, dem bundesstaatlichen Aufbau gemäß, in relativ selbständige juristische Personen oder Geschäftsstellen auf Landesebene unter einer zentralen und umfassenden juristischen Person auf Bundesebene gegliedert. Die Hochschulen und ihnen parallel die Hochschülerschaft haben eine Sonderstellung insofern, als nicht jedes Land über eine Hochschule verfügt; die Hochschulen überdies aber dadurch, daß sie nur in einem zentralen Repräsentativorgan, der Rektorenkonferenz, und nicht in einer juristischen Person miteinander verbunden sind.

Gleichartig zeigt sich das Bild für die durch die Länder eingerichteten Landwirtschaftskammern. Diese sind nicht nur nach Ländern dezentralisiert, sondern auch nach Bezirken untergliedert. Sie haben überdies, wenn auch nur auf vereinsrechtlicher Basis, eine Verbindung in der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern und gewinnen darin mehr und mehr eine verbandseinheitliche Bedeutung auf Bundesebene.

Die Errichtung aller dieser Verbände hat durch Gesetz zu erfolgen; sofern der korporative Charakter gegeben ist, (die Fonds sind davon ausgenommen), besteht Zwangsmitgliedschaft. Der innere organisatorische Aufbau ist fast durchwegs gleichartig. Tragende Organe sind satzunggebende Kollegien. Exekutive Organe sind kollegiale Präsidien und ein monokratisches Repräsentativorgan (Präsident, Vorsitzender) ohne wesentliche Entscheidungsbefugnisse. Für die Vertretung der Verbände in staatlichen Kommissionen sind ad hoc zu bestellende Vertreter in vielen einzelnen Gesetzen vorgesehen. Die Kreation der Organe erfolgt durch Wahl, regelmäßig von innen her; bei den Fonds von außen seitens der Verbände, teilweise aber auch durch Bestellung seitens des Staates.

Der Tätigkeitsbereich umfaßt einen autonomen und einen übertragenen Wirkungskreis. Daraus ergibt sich zwangsläufig nicht nur die Vertretung heterogener Interessen, sondern auch eine innerverbandliche und eine außerverbandliche Interessenwahrnehmung. Zum autonomen Wirkungskreis zählen vor allem die Betreuung der Mitgliederinteressen, das Disziplinarwesen, der Haushalt, die Stellungnahme zu staatlichen Akten (Gesetze, Verordnungen, Bescheide), die Erstattung von

Vorschlägen und Wünschen an staatliche Organe. Der übertragene und im Verbandsbereich zu besorgende staatliche Wirkungskreis ist regelmäßig nur im Ansatz verkümmert vorhanden. Mitunter aber, wie bei den Fonds und Hochschulen, überragt der übertragene Wirkungskreis den autonomen bei weitem. In eben dem Maße ist der Charakter rechtlicher und budgetärer Selbständigkeit stark zurückgedrängt und im Vordergrund steht die unmittelbare staatliche Organfunktion. Daraus erklärt sich im wesentlichen die Sonderstellung der Hochschulen, die nur in geringen Ansätzen Funktionen einer echten Interessenvertretung haben.

Ihre überragende Bedeutung jedoch erhalten diese Verbände aus einer Fülle von Gesetzen, die ihnen, teils neben den Delegierten staatlicher Organe, teils aber ausschließlich, ein Entsendungsrecht in gemischte staatliche Kommissionen einräumen, die vor allem in der staatlichen Wirtschaftslenkung bestimmenden Einfluß haben, sei es durch Vorschläge, Gutachten, Mitteilungen, Anträge, Stellungnahmen oder sogar Entscheidungen. Nach beiliegender Zusammenstellung, die keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, sind es derzeit vierzig, meist nach unterschiedlichen Gesichtspunkten, teils gemischt (Staat, Arbeitgeber, Arbeitnehmer), zusammengesetzte Beiräte, von denen der wichtigste, nämlich die Paritätische Kommission für Löhne und Preise seine Rechtsgrundlage nur in einem Ministerratsbeschuß hat.

Der Aufgabenbereich umfaßt dabei jeweils: Die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Waren (1946), die Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung (1946), die Fürsorge für Kriegsinvalide (1946), die Zuchtbuchführung (1946), die Statistik des Außenhandels (1946), die Kollektivvertragsangelegenheiten (1947), die Zulassung pharmazeutischer Spezialitäten (1947), die Wiedereinstellung (1947), die Verwaltung des Wohnhauswiederaufbaufonds (1948), Preisregelung (1949), Rohstofflenkung (1949), die Verwendung des Kunstförderungsbeitrages (1950), Bundesstatistik (1950), Milchwirtschaft (1950), Getreide- und Viehverkehr (1950), Zulassung der Erzeugung von Azetylen (1951), Mindestlöhne (1951), Lebensmittelbuch (1951), Futtermittel (1952), Jugendeinstellung (1953), Steuerfreiheit (1953), Arbeitsbedingungen der Heimarbeit (1954), Arzneibuch (1954), Fachprüfung der Wirtschaftstreuhänder (1955), Zolltarif (1955), Wehrdienstverweigerung (1955), Verwaltung der Sozialversicherungsträger (1955), Führerscheinwesen (1955), Kraftfahrangelegenheiten (1955), Arzneitaxfragen (1955), Preise und Löhne (1957), Besatzungsschäden (1958), Kartellangelegenheiten (1958), Mühlenwirtschaft (1960), den Grünen Bericht (1960),

Verhinderung des Dumping (1962), arbeitsrechtlichen Schutz der Hausgehilfinnen (1962), Schulverwaltung des Bundes (1962), Sicherheitsmaßnahmen auf dem Gebiet der Elektrotechnik (1965), Renten- und Pensionsanpassung (1965), in chronologischer Reihenfolge von 1945 bis heute²⁵).

In ähnlicher Funktion treten die Verbände in der Gerichtsbarkeit auf. Dort wirken ihre Delegierten seit 1946 durch ein Mitentscheidungsrecht an richterlichen Akten mit; und zwar an Urteilen aus dem Arbeitsverhältnis (1946), über Rückstellung zu Unrecht entzogenen Vermögens (1947), über die Rückgabe des Vermögens aufgelöster demokratischer Organisationen (1947), an der Eintragung in das Kartellregister (1951) sowie im Leistungsstreitverfahren der Sozialversicherung (1955). Die Ergänzung der Berufsrichter in den Senaten erfolgt dabei im wesentlichen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber paritätisch²⁶).

Eine zusätzliche Funktion erhalten einige Verbände überdies aus der ihnen im Kollektivvertragsgesetz zugewiesenen Kollektivvertragsfähigkeit. Während sie in der Gerichtsbarkeit an Individualakten mitzuwirken haben, ist ihnen in den Beiräten fast durchwegs die Funktion genereller Vollziehung zugewiesen. Im Kollektivvertragsbereich ist sogar ein legislativer Anteil nachweisbar. Nach den Kompetenzen zu schließen überwiegt jedoch der exekutive Anteil der Verbände an der Staatsaufgabe weitaus.

Mit Ausnahme der Hochschulen haben alle Verbände eine eigene Budgethoheit. Fonds und Sozialversicherungsträger werden über ihre Eigenmittel hinaus noch durch namhafte staatliche Zuschüsse aus dem jährlichen Budget gestützt; den Landwirtschaftskammern werden Subventionen zur Verteilung an die Mitglieder zugewiesen.

Die Darstellung wäre nicht vollständig, würde nun nicht noch darauf verwiesen, daß Bund, Länder, Gemeinden und sonstige juristische Personen und Anstalten öffentlichen Rechts volle Privatrechtsfähigkeit haben. Auch in diesem Bereich gliedern sich vor allem die Gebietskörperschaften in primäre, sekundäre und tertiäre Gesellschaften (mit Beteiligungen an Beteiligungen) privaten Rechts, die teilweise außergewöhnliche Wirtschaftsmacht repräsentieren. Dazu zählen verstaatlichte Unternehmungen, Banken, Elektrizitätsgesellschaften und Versicherungsgesellschaften (Bundesländer, Landesbrandschaden). Bun-

²⁵) Siehe im einzelnen (Rechtsgrundlagen, Bezeichnung, Zusammensetzung, Funktion) die Zusammenstellung S. 69 ff.

²⁶) Siehe im einzelnen (Rechtsgrundlagen, Bezeichnung, Zusammensetzung, Funktion) die Zusammenstellung S. 77 und 78.

desforste, Salzmonopol und Tabakmonopol, Post, Eisenbahn und einander konkurrierende Autobuslinien von Post und Eisenbahn, in beschränkter rechtlicher Selbständigkeit, ergänzen dieses Wirtschaftsmachtgefüge des Staates, das gleichsam fiktiv, weil oft nur in Einmanngesellschaften gefaßt, das öffentlichrechtliche Verbandsgefüge des Staates in das Privatrecht fortsetzt. Zum Unterschied vom öffentlichrechtlichen Verbandsgefüge unterliegt jedoch das privatrechtliche des Bundes, der Länder und der Gemeinden auf Grund der Bundesverfassung (Art. 126 ff.) der Kontrolle des Rechnungshofes. Nur soweit sie über Bundesmittel oder Landesmittel verfügen, unterliegen auch die öffentlich-rechtlichen Verbände der Kontrolle des Rechnungshofes.

Den als juristische Personen öffentlichen Rechts organisierten Verbänden sind einige vereinsrechtlich organisierte vergleichbar. Sie gründen sich auf Art. 12 des Staatsgrundgesetzes (StGG; RGBl. Nr. 142/1867) und damit auf die Freiheit der Vereinsbildung. Gesetzlich anerkannte Kirchen und Religionsgesellschaften gründen sich speziell auf Art. 15 des StGG. Ihre Anerkennung erfolgt durch Verwaltungsakt. Die Einrichtung der anderen vereinsrechtlichen Verbände erfolgt nach Maßgabe des Vereinsgesetzes freiwillig und innerhalb der Schranken der staatlichen Rechtsordnung. Demgemäß gibt es rechtlich weder einen Zwangsbestand noch eine Zwangsmitgliedschaft; Zwangsbefugnisse fehlen. Aufgabe ist der Vereinszweck, also die beruflich-wirtschaftliche Interessenvertretung. Die Kreation der Organe erfolgt demokratisch. Entscheidende Organe sind kollegiale Beschlußorgane, Repräsentations- und Exekutionsorgan ist ein monokratisches Organ (Präsident).

Aus der Fülle der in Österreich vorhandenen Vereine ragt der aus 16 Gewerkschaften zusammengesetzte und straff organisierte Gewerkschaftsbund hervor. Daneben sind noch die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern und die Industriellenvereinigung zu nennen. Die überragende rechtliche Bedeutung kommt jedoch dem Gewerkschaftsbund und der Präsidentenkonferenz zu. Der Gewerkschaftsbund ist Kollektivvertragspartner gleich den Kammern; beide haben das Recht, in die gemischten staatlichen Kommissionen Delegierte zu entsenden. Die vom Gewerkschaftsbund als „Streikrecht“ in Anspruch genommene Streikfreiheit verleiht seiner Kollektivvertragsfähigkeit und seiner Beteiligung an den Kommissionen darüber hinaus noch ein besonderes Gewicht.

Die Verfassung setzt also öffentlichrechtliche und privatrechtliche Verbände in höherem Maße voraus oder läßt sie zu, anstatt sie zu instituierten. Die juristischen Personen öffent-

lichen Rechts gründen sich auf den begrifflichen Wesengehalt der Kompetenztatbestände von Bund und Ländern. Zwangsbestand, Zwangsmitgliedschaft, Zwangsbefugnisse sowie mittelbarer und unmittelbarer Anteil an den Staatsaufgaben stellen sie qualitativ an die Seite und organisatorisch verfassungsmittelbar unter die Gebietskörperschaften Bund und Länder. Bund und Länder setzen sich in verbandlicher Ausgliederung in ihnen wie auch in den privatrechtlichen Gesellschaften gleichsam fort.

Anders verhält es sich mit den vereinsrechtlich organisierten Verbänden. Sie erwachsen aus freier politischer Entscheidung der Staatsbürger im gesellschaftlichen Bereich und stehen dieser verbandlichen Organisation des Staates gegenüber. Dennoch haben sie, gleich den bedeutenderen Kammern, einen gesetzlich fundierten, verfassungsmittelbaren Anteil an den Staatsaufgaben.

Man kann daher keinesfalls mit guten Gründen dartun, daß die österreichischen Verbände außerhalb des Rechtes stehen. Auf Grund einer formalen Einbindung in die Verfassung schließen sie sich rechtens an die staatliche Organisation im engeren Sinn an; die Körperschaften mit ihrer Autonomie, die Vereine mit ihrer Vereinsfreiheit. Neben den formalen Determinanten sind aber auch materielle gegeben. Für die Körperschaften die gesetzlichen Statute, für die Vereine die Vereinssatzungen mit dem verfassungsunmittelbaren Vereinsgesetz und für alle gemeinsam die gesetzlich vorgesehenen organisatorischen und funktionellen Beteiligungen an der Staatswillensbildung.

Gleichwohl sind entscheidende verfassungsrechtliche Fragen problematisch und offen. Für die Körperschaften z. B. die Frage der Autonomie in Organisation, Verwaltungsfunktion und Budgethoheit. Ebenso regelungsbedürftig sind die Weisungsfreiheit vom Staat, der übertragene Wirkungsbereich, der abgeschlossene Instanzenzug und das Aufsichtsrecht des Staates. Weiters verdient die Beschränkung der Willensbildung oberster staatlicher Vollzugsorgane erwähnt zu werden. Das einzelnen gemischten Kommissionen eingeräumte Entscheidungsrecht wird in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung mit Recht als verfassungswidrig angesehen. Die dogmatische Begründung des übertragenen Wirkungsbereiches der Verbände gegenüber Art. 102 B.-VG. ist zumindest schwierig.

In vergleichbaren Belangen sind demgegenüber die vereinsrechtlichen Verbände durch das verfassungsunmittelbare Vereinsgesetz ungleich stärker detailliert geregelt und gebunden. Darüber hinaus gilt für alle Körperschaften und vereinsmäßigen Verbände der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit als Schranke,

als Spielraum und als Determinante für die zu erfüllenden Aufgaben.

Die Kritik an den Verbänden findet daher in ihrer rechtlichen Einrichtung und Funktion kaum einen überzeugenden Anhaltspunkt. Die rechtspolitische Forderung nach einer Klarstellung und Vereinheitlichung ist allerdings am Platz. Die überzeugende Kritik erfließt aber erst aus dem Vergleich der sozialen Wirklichkeit mit den rechtlichen Voraussetzungen auf Verfassungs- und Gesetzesebene. Für sie kann nur eine breiter angelegte Sicht, belegt mit rechtlichen und sozialen Fakten, eine bessere Anschauung vermitteln. Erst daran kann sich das Verständnis für das Verhältnis von Staat und Verbänden anschließen, aus dem sich begründete rechtspolitische Vorschläge konsequenterweise ergeben müssen.

III.

Wie immer man auch den Staat auffassen und welchen seiner Aspekte man in den Vordergrund der Betrachtung stellen mag: den rechtlichen oder den soziologischen; man kann keinesfalls umhin festzustellen, daß sich das Thema für Österreich mit größter Aktualität als ein organisatorisches zeigt. **D e r S t a a t**, nach G. Jellinek als Gebietskörperschaft oder als Verbandseinheit seßhafter Menschen, erfährt heute in betont personalkörperschaftlichen Verbänden seine Ausweitung und bietet sich in der Problematik seiner Wesensbestimmung ebenfalls als juristische Person und Verbandsphänomen dar. In der traditionell gewordenen Staatsvorstellung G. Jellineks von juristischer Person und Verband findet also die Analyse vom modernen Staat vergleichbare Ansatzpunkte sowohl des Rechtlichen als auch des Sozialen.

In schier vollendeter Weise hat G. Jellinek den Staat, der seiner Erfahrung zugänglich war, als juristische Person abgeleitet und begründet. Die Ansätze zur Beweisführung sind nach wie vor überzeugend und die Abfolge der Argumentation von Stufe zu Stufe, bis zum zweifachen Staatsbegriff ist noch immer beispielhaft. Das wird vor allem aus der Sicht des modernen Verwaltungsrechtes bestätigt. Der Staat als Handlungs- und Haftungsträger in der Organisationsform der jur. Person ist nicht hinwegzudenken, ohne daß damit wesentliche Sinnbezüge menschlichen Verhaltens unerklärbar würden. Von daher kann man aber auch die direkte Verbindung zum modernen Verbandsproblem in funktioneller Sicht herstellen und so den Gestaltwandel angeben, den der Staat seit G. Jellinek erfahren hat. — Gewiß sind materielle Bestimmungsgründe,

vor allem aus dem Zweck des Staates ebenso bedeutsam. Sie sind mit Recht immer wieder Gegenstand der Diskussionen um das Verbandsproblem. Mir scheint jedoch, daß in den bisherigen Untersuchungen der spezielle und der allgemeine formalorganisatorische Gesichtspunkt zu wenig Beachtung gefunden haben, wenn man von den wenigen Argumenten abieht, die da und dort gegen eine Institutionalisierung der Verbände erhoben werden. Nicht zuletzt aber entrinnt man mit der formalen Sicht viel leichter der Verwirrung, die durch das Verbandsphänomen entstanden ist.

Österreich ist, wenigstens nach einer normativen Selbstaussage, ein Bundesstaat und besteht demgemäß aus den *Gebietskörperschaften* Bund und Länder. In Bund und Ländern zeigt sich der Staat in seiner ursprünglichen Gestalt und im engeren Sinn: nach außen als gebietliche Verbandseinheit, nach innen als gebietlich — verbandliche Ausgliederung. Dieser Grundcharakter wird noch durch die weitere territoriale Untergliederung der Länder in Gemeinden unterstrichen, also durch die von den Ländern abgeleiteten und unter Bundesgarantie stehenden Gebietskörperschaften, in welchen sich die Länder ähnlich verbandlich ausgliedern, wie der Bund in den Ländern. Obwohl dieser dreistufige gebietskörperschaftliche Aufbau Österreichs erst im Jahre 1920 einen klaren verfassungsrechtlichen Niederschlag gefunden und erst nach der Gemeindeverfassungsnovelle des Jahres 1962 (BGBl. Nr. 205/1962) seinen Abschluß gefunden hat, waren seine soziologischen Ansätze längst vorher schon entstanden: für die Länder und Stadtgemeinden im Mittelalter und für die Ortsgemeinden nach Aufhebung der Grundherrschaft seit 1848. Man kann mit Recht sagen, daß in einer verhältnismäßig kontinuierlichen Entwicklung sowohl die Bildung konzentrierter territorialer „Herrschermacht“ erfolgte als auch ihre zunehmende und gegenläufige territoriale Dezentralisierung und Dekonzentrierung. Diese Entwicklung ist innerstaatlich zu einem relativen Stillstand gekommen und kann nur zwischenstaatlich eine Fortsetzung erfahren.

Innerhalb der beiden tragenden, wenn auch ungleichgewichtig mit Herrschermacht ausgestatteten Arten von Gebietskörperschaften des Bundes und der Länder, entwickeln sich, wie schon angedeutet, seit etwa hundert Jahren interessengebundene *Personalverbände*, teilweise in einem unlösbaren Naheverhältnis mit formal delegierten Herrschaftsbefugnissen. Im Jahre 1848 wurden die Handelskammern errichtet. Um 1870 schuf man die Notariats- und die Rechtsanwaltskammern. Um die Jahrhundertwende entstanden sodann Interessen-

verbände der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf vereinsrechtlicher Grundlage. Noch vor dem ersten Weltkrieg wurden Ingenieurkammern eingerichtet. Nach dem Jahre 1920 erfolgte die Gründung von Arbeiterkammern und Landwirtschaftskammern. In paralleler Entwicklung dazu vollzog sich seit dem Ende des 19. Jhdts. die Bildung der Sozialversicherungsträger. Weitere Gründungen von Berufsvertretungen in der Organisationsform der Kammern wurden nach 1929 und nach 1945 in Gesetzesform vollzogen²⁷⁾.

Im Bereich des Bundes sind heute weitaus überragend die Kammern für Handel und Gewerbe und die Arbeiterkammern; im Bereich der Länder sind es die Landwirtschaftskammern. Neben ihnen bestehen in Bund und Ländern ähnlich organisierte und vom Staat im engeren Sinn abgeleitete Körperschaften, Fonds und Anstalten. Nach der oben angegebenen verfassungs- und einfachgesetzlichen Ordnung zeigt sich so die Formation des Staates in einem weiteren Sinn rechtlich wie tatsächlich als eine Pluralität teils ursprünglicher, teils abgeleiteter Körperschaften oder Verbände, die in der Verfassung sowohl organisatorisch als auch funktionell ihren Einheitsbezug finden. Ursprüngliche und abgeleitete Herrschermacht sind verbandsmäßig unlösbar miteinander verkettet. Auf dieser organisatorischen Grundlage vollzieht sich die Staatswillensbildung, an der gleichsam von außen, aus einem vorstaatlichen gesellschaftlichen Bereich vor allem die vereinsrechtlichen Interessenverbände und die politischen Parteien mitwirken. Darüber hinaus manifestiert sich der Staat in einer großen Zahl juristischer Personen, vornehmlich Aktiengesellschaften mit Sonderrechten und „autonomen“ Anstalten ohne rechtliche Selbständigkeit. In ihnen besorgt der Staat, d. h. Bund, Länder und Gemeinden in dezentralisierter Form die Privatwirtschaftsverwaltung als Daseinsvorsorge. Mit einem reich gegliederten Organisationsgefüge beherrscht der Staat etwa 20 % der Forstwirtschaft, 30 % der Industrie, 78 % des Verkehrs, 95 % der Energiewirtschaft und 69 % des Bankenwesens²⁸⁾.

Im vorstaatlichen Bereich ist im Lauf der Zeit eine unübersehbare Zahl von politischen und Interessenverbänden entstanden, die zu den staatlichen Verbänden in einem nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich wirksamen Naheverhältnis stehen. Neben den politischen Parteien, von denen ÖVP

²⁷⁾ Vgl. zu dieser Entwicklung Hans Klecatsky, *Interessenverbände und Parlament*, aaO., S. 25 ff. und die dort angeführte Lit.

²⁸⁾ Das Zahlenmaterial soll lediglich eine Größenvorstellung vermitteln. Die Angaben stützen sich auf Artur Karisch, aaO., S. 68 ff.

und SPÖ durch die Koalition ein Proporz-Monopol innehaben, sind es die Gewerkschaften (der Gewerkschaftsbund, der durch seine straffe Organisation ebenfalls Monopolstellung hat, die sich auch gegen die Kammern richtet), die ihrem Wesen nach mit den Kammern konkurrieren. Politische Parteien, Gewerkschaftsbund, Interessenträger völlig heterogener Art, gliedern sich ihrerseits wieder in Verbände (Bünde) und Fachgruppen nach wirtschaftlichen, beruflichen und sozialen Interessenlagen.

Um Kammern, Parteien und Gewerkschaftsbund scharen sich weitere, von ihnen organisatorisch oder personell abhängige Verbände, die spezielle Gruppeninteressen vertreten und ihrerseits die Funktion von pressure groups auch gegenüber Verbänden beanspruchen. Das sei an zwei Beispielen erläutert. Die Landwirtschaftskammern sind vom Bauernbund der ÖVP beherrscht. Sie nehmen ihrerseits Einfluß auf die Raiffeisenkassen, Viehverwertungs-, Lagerhaus-, Tierzucht-, Saatgut- und Molkereigenossenschaften und deren Verbände und werden von diesen wieder beeinflußt. — Die Arbeiterkammern hinwiederum sind von der SPÖ beherrscht. Sie stehen in starker und dominierender Verflechtung dem Gewerkschaftsbund nahe und patronieren die Konsumgenossenschaften u. a.

Neben diesen eng an die staatliche Organisation angelehnten Verbänden sind ferner jene jur. Personen privaten Rechts von relativer Selbständigkeit zu nennen, die zwar vorwiegend interessensemäßig partikularistisch zielgerichtet, aber doch auch vom Ziel her gemeinschaftsbezogen sind. Ihre Verbindung zu den staatstragenden Verbänden manifestiert sich hauptsächlich in Personalunionen. Unter wirtschaftlichen Zielsetzungen wirken z. B. die Industriellenvereinigung, der Bankenverband, die Rotarier und die Lions, letztere mit einem kulturellen Anstrich; unter kulturpolitischen Zielsetzungen wirken vor allem der Alpenverein, der Naturschutzbund, Sängerschaften u. -bünde, Ski-, Fußball-, Schwimm- und andere Massensportklubs sowie unzählige örtliche Brauchtumpflegevereine und Dorfgemeinschaften; sozialpolitischer Provenienz sind die diversen Opferverbände, der Verband aller Körperbehinderten, der Blindenverband, die Rentnerverbände, die SOS-Kinderdorfgemeinschaft u. a.; unter gesellschafts- und kulturpolitischen Zielen treten die akademischen Vereinigungen der Studenten auf, die Arbeitsgemeinschaft katholischer Verbände, die katholische Aktion sowie der katholische und der freiheitliche Akademikerverband und der Akademikerbund. Hierher gehören auch die Soldatenbünde. Daneben gibt es eine Vielzahl fachlicher und beruflicher Vereinigungen auf den verschiedensten Gebieten und nicht zuletzt eine Fülle von Kapitalgesellschaften.

Unter dem Gesichtspunkt der Staatsnähe gesehen, folgen sodann weitere, unzählige vereinsmäßige Zusammenschlüsse, die völlig partikularistisch und selbständig sind und bestenfalls am Wirtshaustisch ins Politische entgleisen.

So zeigt sich das Bild des modernen Staates formalorganisatorisch in einem Desintegrationsprozeß mit gleichzeitigen gegenläufigen Integrationstendenzen. Während sich der Staat ausgliedert, erwachsen aus der Gesellschaft immer wieder neue Verbände, die funktionell und organisatorisch mehr und mehr in die Staatsnähe rücken, bis sie vielleicht einmal, wie seinerzeit die Gemeinden und neuerdings die Kammern, in das staatliche Verbandsgefüge aufgenommen werden oder dieses einfach aufsprengen. Staat und Gesellschaft verflechten sich auf solche Weise organisatorisch ineinander und es liegt auf der Hand, daß die Grenzen fließend werden und die Verwirrung wächst.

Es kommt vor, daß mancher private Verein die juristischen Personen öffentlichen Rechts überragt; sogar unter vergleichbaren Voraussetzungen, wie etwa der Gewerkschaftsbund die Arbeiterkammern, vertreten durch den Arbeiterkammertag. Selbst die öffentlichrechtlichen Verbände sind untereinander in ihren Voraussetzungen wie in ihrem Einfluß von ungleichem Gewicht. Neben den Aufgabenbereichen, den organisatorischen Abhängigkeiten und funktionellen Beteiligungen findet das seine Erklärung in den Personalunionen, die regelrechte Schwergewichtslagen im Staat hervorrufen. Auf solche Weise wird der Antagonismus, in dem Gebietskörperschaften und Personalverbände rechtlich und tatsächlich zueinander stehen, überbrückt und das staatliche Willensbildungssystem nicht nur in die öffentlichrechtlichen Verbände, sondern weit darüber hinaus erstreckt.

Eine Schlüsselstellung nehmen selbstredend die politischen Parteien ein; sie haben zu den öffentlichen Organstellen über die Wahlen unmittelbaren Zugang. Wegen der langjährigen Monopolstellung der Koalition in Österreich lassen sich in dieser Hinsicht ohne große Abgrenzungsschwierigkeiten die meisten Verbände dem Interessenfeld der einen oder der anderen großen politischen Partei zuordnen. Auf der Seite der ÖVP sind es vor allem die Kammern für Handel und Gewerbe, die Landwirtschaftskammern und die Industriellenvereinigung. Auf Seiten der SPÖ sind es hauptsächlich der Gewerkschaftsbund und die Arbeiterkammern. Zufolge ihres Naheverhältnisses zu den politischen Parteien nehmen sie einen beherrschenden Platz ein. Nicht nur, daß sie in den staatlichen Kommissionen an der Staatswillensbildung mitwirken; über die

politischen Parteien finden sie auch direkten Zugang zu jenen Ämtern, in denen die Entscheidungen fallen, in denen vor allem auch der Anteil an der Staatswillensbildung paritätisch zugemessen wird.

Es wäre jedoch unvollständig, über diesen Personalunionen die sonstigen Verankerungen der Partei- und Verbandsfunktionäre zu ignorieren. Wie sie in die Staatsämter eindringen, so verschaffen sie sich auch Zugang in die führenden Funktionen wichtigster, vor allem den Mitgliederzahlen nach bedeutender kultur-, gesellschafts-, sozial- und wirtschaftspolitischer Vereine. Dadurch erlangen sie ein außerparteiliches Hinterfeld und zusätzliche legitimierende demokratische Voraussetzungen. Die von ihnen repräsentierten Verbände ihrerseits erlangen damit einen Anteil am politischen Kräftefeld, der ihnen sonst nicht zufließe. Eine Analyse der Personalunionen führender Politiker in Staatsamt, Parteifunktion, Kammeramt, Gewerkschaftsfunktion und sonstiger Vereinsfunktion würde manche interessante politische Zusammenhänge aufhellen. Aus einer nicht absolut verlässlichen Aufstellung in den Berichten und Informationen²⁹⁾ ergibt sich für das Jahr 1963, daß 38 Mitglieder zum Nationalrat leitende Angestellte von Berufsvertretungen sind, davon 22 vom Österreichischen Gewerkschaftsbund, 5 von den Arbeiterkammern, 2 von den Handelskammern, 4 von den Landwirtschaftskammern und 5 vom Bauernbund. Weiters sind 20 Abgeordnete gewählte leitende Funktionäre in Interessenvertretungen, und zwar von den Handelskammern 9, den Landwirtschaftskammern 5, den Wirtschaftstreuhändern 1, von der Sozialversicherung 5. Parteiangestellte waren 7 genannt. Das sind insgesamt 65 von 165, also 38 0/0.

Die starke Verankerung der politischen Funktionsträger nach oben und nach unten und der den Beamtenapparat lähmende, beherrschende Einfluß auf die Besetzung öffentlicher Ämter zeigen in der politischen Realität die Wirkkraft eines verbandlichen Gewaltenpluralismus in Staat und Gesellschaft, die sich in den beiden politischen Parteien zu einem Dualismus verbindet. Dieser hinwiederum verdeckt und lähmt teilweise die traditionelle Konzeption der Gewaltentrennung. Die klassische Dreiteilung ist von einem pluralistisch gegliederten Dualismus überlagert. Das Ergebnis für das demokratische Idealkonzept ist somit klar. Der Gedanke der egalitären Demo-

²⁹⁾ Ignaz Wölfl, Ein Beitrag zum Problem des „Kammerstaates“, in: Berichte und Informationen 1963, H. 873, S. 6 f. Siehe weiteres zur Verflechtung von Verbänden und Parteien Artur K a r i s c h, aaO., S. 111 ff., insbes. S. 115, mit weiteren Lit.hinweisen.

kratie erfährt selbst insoweit, als er nicht utopisch ist, mehr und mehr die Umschichtung zu einer dicht angelegten, zweigeteilten, politisch und interessenmäßig pluralistisch differenzierten Repräsentation. Außerhalb dieses Spannungsfeldes stehen die Religionsgesellschaften, die sich seit 1945 mehr und mehr aus Staats- und Parteinähe entfernt haben.

Der statutarische und satzungsmäßige Wirkungskreis der Verbände, der sich legitimer Weise auf das zentrale Mitgliederinteresse erstreckt, wird auf solche Art personell-organisatorisch überhöht und in die Staatsorganisation und -funktion eingebunden. Staat und Gesellschaft stehen also schlechthin in einer funktionell-organisatorischen Integration auf der Basis partikularistischer sachlich und politisch akzentuierter Interessen, die gesetzlich zu einem letzten Ausgleich zusammengefaßt sind. Die Personalunionen von Staatsämtern und Verbandsfunktionen wirken als Multiplikatoren von außerordentlicher Tragweite. Diese Wirkkraft wird vor allem durch die finanzielle Unabhängigkeit verstärkt. Die Verbände stehen gleich den Parteien grundsätzlich außerhalb des Staatsbudgets und der Rechnungskontrolle und bilden allenfalls Verteilungsgemeinschaften für Subventionen, Kredite und andere staatliche Begünstigungen gegenüber ihren Mitgliedern.

Von daher zeigt sich aber auch die eigentlich beunruhigende Seite des Verbandsproblems. Die funktionelle und personelle Beteiligung der Verbände am Staat, in erster Linie der öffentlichrechtlichen, nimmt ständig zu. Der legale Machtzuwachs ist in den letzten Jahren so sehr angestiegen, daß sich bereits Schwergewichtsverlagerungen aus dem konstitutionellen Gefüge heraus abzuzeichnen beginnen. Das sprechendste Beispiel dafür ist wohl die Paritätische Kommission für Löhne und Preise, die im Effekt bindende Beschlüsse faßt (nicht rechtlich) und die preisbehördliche Regelung faktisch ersetzt hat, ohne überhaupt gesetzlich vorgesehen zu sein. Sie ist in zwei Unterausschüsse und einen Beirat gegliedert; diese haben die wissenschaftlichen Daten für die Beschlüsse der Paritätischen Kommission zu beschaffen, teilweise aber auch selbst Vorschläge an die Kommission zu beschließen; allerdings mit einem nicht hoch genug einzuschätzenden Vorteil. An Stelle lähmender parteipolitischer Gesichtspunkte treten oft sachliche Lösungen, weil die Unterausschüsse mit fachkundigen Vertretern besetzt werden.

Die Tendenzen zur Überschreitung der staatlichen Ordnung sind unverkennbar. Vor allem die Gewerkschaften drängten in der Vergangenheit mehrfach über den gesetzlich nicht definierten, aber unter engen gesetzlichen Schranken geduldeten

Streik in die staatliche Ordnung. Die Exekutivbeamten wurden zum Streik verleitet und Streitgenossen in der Mißachtung des Staates. Und unter dem Vorwand der „Selbsthilfe“ werden zur „Rettung“ von Demokratie und Rechtsstaat Aktivitäten gesetzt, geduldet, angekündigt, die echte politische Entscheidungen der höchsten staatlichen Vollzugsorgane beeinflussen oder erzwingen sollen. Die Grenzen staatlicher Macht werden so immer wieder überrollt.

Über ihre legitimen Gruppeninteressen hinaus melden die Gewerkschaften seit einigen Jahren immer stärker und offensiv ihren Anspruch auf eine allgemeine Beteiligung an Staatsmacht und Politik an. Neben der Sozialpolitik werden wirtschafts-, kultur-, sozialpolitische und andere Kompetenzen reklamiert. Ähnliche Bestrebungen zeigen sich bei der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern.

An Hand solcher Entwicklungstendenzen zeigt sich die, eben trotz aller Legalität vorhandene Verfassungsproblematik in eindringlicher Weise. Die Verfassung als Ordnungs- und Ausgleichsinstrument unter den staatlichen und gesellschaftlichen Mächten enthält für eine rechtliche Erfassung des Spannungsverhältnisses: Staat-Parteien-Verbände nicht genügend Vorsorgen. Machtkonflikte, die aus dem Verbandsbereich kommen, haben in der Verfassung keine Ausgleichsbasis. Die Verbandstätigkeit liegt zwar nach der Verfassung auf unterverfassungsgesetzlicher und exekutiver Ebene, sie reicht aber über die Parteien in die obersten Organe. Es fehlt die feste Abgrenzung der Autonomie, die der Verfassungsgerichtshof recht zwiespältig beschneidet und zugleich duldet; ebenso fehlen eine wirksame Selbstdisziplin und Staatskontrolle. Ja die Verfassung läßt sogar ein Minimum organisatorischer und funktioneller Determinanten ungenannt. Gewiß hat der Verfassungsgerichtshof da und dort eine klare und wirksame Grenzziehung vorgenommen. Der autonome Bereich bleibt mit seiner Eingliederung in den Staat letztlich jedoch undefiniert und die Mächte machen sich breit. Es ist daher kaum tröstlich zu wissen, daß die Grenzziehung dem Rechtsdogmatiker und der Judikatur überlassen ist, deren Wirkkraft von vornherein begrenzt ist.

Machtbestrebungen und Ansprüche zur allein maßgeblichen Mitbestimmung an rechtlichen oder politischen Entscheidungen oder gar deren selbständige Lösung außerhalb jeden Rechts zeigen die Verbände in jenem bedenklichen Ruf, der ihrem Namen bereits anhaftet. In voller Diskrepanz zum Rechtsstaat treten besonders die Gewerkschaften bei ihren Rechtsüberschreitungen in einer archaisch vorrechtlichen, ja vorgesellschaftlichen Gestalt in Erscheinung. Der demokratische

Staat droht, durch eine aus den rechtlichen Ufern getretene Minderheitengewalt „demokratisch“ übermachtet zu werden. Doch auch das Anwachsen der legalen Beteiligung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verbände an der Staatsgewalt macht die verfassungs- und ordnungspolitische Frage unabweislich. Vorerst jedoch noch einige Gedanken zum Wandel des Staates.

Einer Betrachtung, sowohl vom juristischen als auch vom soziologischen Gesichtspunkt, also sowohl vom normativen Aufbau der Rechtsordnung her als auch von der Gegebenheit sozialer Beziehungen und Gefüge, zeigt sich der Staat noch immer in seiner herkömmlichen Gestalt als Gebietskörperschaft oder als Verbandseinheit mit territorialer Bindung der Mitglieder. Wesensmerkmal an dieser Staatsvorstellung ist das territoriale Element. Zweifellos kann man nach dem bisher Ausgeführten kaum sagen, daß diese traditionell gewordene Charakteristik des Staates überflüssig geworden ist. Ja sie ist sogar in der zentralen Auffassung vom Staat im engeren Sinn als juristische Person vielfach neu bestätigt. Denn neben den Gebietskörperschaften und zum Teil aus diesen heraus haben sich die heute als „Verbände“ bezeichneten Personalkörperschaften entwickelt, die — soweit sie öffentlichrechtlich sind — eine ähnlich formalisierte mitgliedschaftliche Bindung des einzelnen an die Gemeinschaft kennen wie der Staat. Die Kriterien der Mitgliedschaft sind gesetzliche und stehen von vornherein fest. Gegenüber der staatlichen Mitgliedschaft besteht nur der Unterschied, daß man nicht hineingeboren werden kann.

Die Verbände sind zum Teil territorial ungegliedert und erstrecken sich auf das ganze Staatsgebiet, zum Teil aber bundesstaatsähnlich aufgebaut; das gilt, wenn auch mit jeweils verschiedenen Schwergewichtsakzenten, sowohl für die Bundes- als auch für die Landesverbände. Der Staat i. e. S. setzt sich also gewissermaßen in den Personalkörperschaften als Ausgliederungen der Gebietskörperschaften fort. Der Entwicklungsstand der einzelnen Verbände ist ungleich. Das zeigen die Schwergewichtslagen und die Übergänge zu den noch immer vereinsrechtlich organisierten Interessenvertretungen, die neben den öffentlichrechtlichen Verbänden an der Staatswillensbildung beteiligt sind.

Meine äußerliche Kenntnis von der deutschen und der schweizerischen Rechtsordnung reicht nicht aus, um verlässlich zu bestimmen, wie weit die für Österreich angegebenen Entwicklungstendenzen auch dort zutreffen. Eine gewisse Gleichartigkeit ist, wie es die grundlegenden Studien von Breit-

ling, Eschenburg, Huber, Kaiser, Krüger, Werner Weber u. a.³⁰⁾ zeigen, nicht von der Hand zu weisen. Ohne Zweifel ist aber die Institutionalisierung der Verbände in Österreich am weitesten fortgeschritten. Ähnliche Weiterentwicklungen zu öffentlichrechtlichen Verbänden in der Bundesrepublik und in der Schweiz sind zum mindesten nicht auszuschließen. Ein Umstand, der in Österreich und in der Bundesrepublik stärker hervorsticht, mag aber im Hinblick auf die Vorstellung vom Staat zu denken geben.

Wegen des bundesstaatlichen Aufbaus haben alle drei Staaten die Form einer zusätzlichen Gewaltentrennung nach territorialen Gesichtspunkten. Vor den historischen Ansätzen zum Bundesstaat um die Mitte des vergangenen Jahrhunderts herrschte vor allem in Österreich noch eine enge territoriale Bindung des Einzelnen. Und noch um die Jahrhundertwende, als G. Jellinek seinen Staatsbegriff formulierte, fand das seinen sprechenden Ausdruck in den engen Mitgliedschafts-

³⁰⁾ Vgl. aus der umfangreichen dt.-sprachigen Lit.: Rupert Breiting, *Die Verbände in der Bundesrepublik*, Meisenheim am Glan 1955; Theodor Eschenburg, *Herrschaft der Verbände?*, Stuttgart 1955/1963; ders., *Staatsautorität und Gruppenegoismus*, H. 9 der Schriftenreihe der Industrie- und Handelskammer, Düsseldorf 1955; ders., *Ämterpatronage*, Stuttgart 1961; ders., *Institutionelle Sorgen in der Bundesrepublik*, Stuttgart 1961, S. 156 ff., 240 ff., 248 ff. u. 252 ff.; Roman Herzog, *Das Verbandswesen im modernen Staat*, in: *Die Verbände und ihr Ordnungsanspruch*, aaO., S. 4 ff.; Hans Huber, *Staat und Verbände, Recht und Staat* 218, Tübingen 1958; Joseph H. Kaiser, *Die Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin 1956; ders., *Der politische Streik*, 2. Aufl., Berlin 1959; H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964, S. 379 ff.; derselbe in: *Der Staat und die Verbände*; Gerhard Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 2. Aufl., Berlin 1960; Ulrich Scheuner, Referat in: *Der Staat und die Verbände*, aaO., S. 10 ff., ders., *Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie*, in: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 222 ff.; siehe insbes. auch seinen bemerkenswerten, am Tag meines Referates erschienenen Beitrag, *Politische Repräsentation und Interessenvertretung*, in: *DÖV.*, 18. Jg., 1965, H. 17—18, S. 577 ff.; Werner Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 2. Aufl., Stuttgart 1958; ders., Referat in: *Der Staat und die Verbände*, aaO., S. 19 ff.; Gerhard W. Wittkämper, *Grundgesetz und Interessenverbände*, Köln u. Opladen 1963.

Zur umfangreichen, in Westeuropa bereits vorhandenen Lit. zur Verbandsproblematik vgl. im übrigen die bibliographischen Arbeiten von Jean Meynaud und Jean Meyriat, *Les „Groupes de Pression“ en Europe Occidentale*, in: *Revue Française de Science Politique*, vol. 9, no. 1, mars 1959, S. 229—246 und vol. 12, no. 2, juin 1962, S. 433—455.

beziehungen des Einzelnen zu den Gebietskörperschaften³¹⁾. Der einzelne war Mitglied der Gemeinde, des Landes und des Bundes regelmäßig ex lege, kraft Abstammung. Die Mitgliedschaften standen in wechselseitiger Abhängigkeit voneinander (in der Schweiz ist das heute noch der Fall) und banden den Einzelnen dreifach an das Territorium. Die Seßhaftigkeit war eine dreifach verankerte Bleibe mit geringen Möglichkeiten der Freizügigkeit, nicht zuletzt wegen der Folgerechte zur Mitgliedschaft. Für Österreich hat sich das wesentlich geändert. Trotz der dominierenden Stellung der Gebietskörperschaften sind im Mitgliedschaftsbereich entscheidende Rückbildungen eingetreten. Der Einzelne ist nur mehr für den Bund Abstammungsbürger, er kann auf die Staatsangehörigkeit nunmehr sogar verzichten und hat über das Paßrecht eine fast unbegrenzte Freizügigkeit erlangt. Im Land und in der Gemeinde ist er letztlich nur mehr Wohnsitzbürger. Die Mitgliedschaft auf Gemeinde- und Landesebene ist zur Wahlvoraussetzung formalisiert und auf Bundesebene kaum noch mit besonderen Bürgerrechten verknüpft. Die Auswirkungen auf den und aus dem internationalen Bereich sind bereits faßbar. — Die Staatsangehörigkeit oder Mitgliedschaft zur Gebietskörperschaft unterscheidet heute den Bürger immer weniger vom Staatsfremden. Freilich, die territorial-mitgliedschaftlichen Bindungen sind nicht aufgehoben. Aus der totalen Zugehörigkeit zum Territorium ist aber eine fast zufällige und freie geworden. Die territorialen Zusammenschlüsse erfahren einen grundlegenden Wandel und eine Zurückdrängung durch die personalen Zusammenschlüsse, die bereits in den internationalen Bereich hineinreichen. Die territorialen Grenzen haben sich gelockert. Parallel mit dieser Lockerung verläuft der Entwicklungsprozeß zur stärkeren Bindung, vor allem durch Zwangsmitgliedschaft an die Personalkörperschaften. Es ist daher nicht ganz von der Hand zu weisen, wenn man, wie Kaiser, von einer Desintegration des Staates spricht. Von einer Auflösung des Staates aber kann gleichwohl nicht schlechthin die Rede sein. Der gegenläufige Prozeß vollzieht sich parallel, eben in den Personalkörperschaften. Der Ausgliederungsprozeß der Gebietskörperschaften erstreckt sich in Österreich etwa auf den gleichen Zeitraum wie der Eingliederungsprozeß von Personalkörperschaften. Funktionswandel und Funktionswechsel sind dabei zwangsläufige Erscheinungen.

Parallel mit dem Anwachsen öffentlichrechtlicher Verbände vollzieht sich im staatlichen und im privaten Bereich ein

³¹⁾ Vgl. dazu Günther Winkler, Art. „Staatsangehörigkeit“ in: Staatslexikon, Bd. 7, 6. Aufl., Freiburg 1962, Sp. 572.

Vereins- und Gesellschaftsbildungsprozeß, häufig nach gleichgerichteten Interessenlagen, wie er wohl kaum jemals vorher feststellbar war. Ja man könnte sogar sagen, daß sich die soziale Gemeinschaft ähnlich dem Staat zu körperschaftlichen Verbänden integriert, von denen der eine oder der andere einmal gleich den öffentlichrechtlichen Verbänden Staatsunmittelbarkeit erlangen mag. Eine soziologische Bestandsaufnahme zeigt aber auch, daß sich in der Repräsentation der Gebietskörperschaften, der öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Verbände sowie der privatrechtlichen Vereine und Gesellschaften, ein immerwährender innerer Integrationsprozeß vollzieht, der seine Wurzel in der großen Freizügigkeit und überhaupt in der politischen Freiheit hat. Dieser innere Integrationsprozeß — gemeint sind vor allem die Personalunionen — vermag einerseits noch nicht die formale Grenze zwischen Staat und Gesellschaft zu verdecken; andererseits hat er aber zur Folge, daß Staat und Gesellschaft verbunden sind, ohne identisch zu werden.

Der Staat kann also noch immer als juristische Person und als Verbandseinheit gesehen werden. Er umfaßt aber neben den Gebietskörperschaften heute wesensgemäß auch die Verbände. In ihnen ist er mit der Gesellschaft verbunden, in ihnen steht er aber auch der Gesellschaft gegenüber. Darüber muß man nicht beunruhigt sein. Es sprechen sogar gewichtige Argumente dafür, daß das Konzept der freiheitlichen Demokratie die Entwicklung zum Gruppenpluralismus zwangsläufig nach sich zieht³²⁾. Die Beunruhigung ist nur am Platz, soweit dadurch die freiheitlich-demokratische und rechtsstaatliche Ordnung ernstlich in ihrem Bestand bedroht ist.

IV.

Und nun zu den rechtspolitischen Erwägungen und Vorschlägen. Der gegenwärtige Zustand kann aus rechtlicher, insbesondere verfassungsrechtlicher Sicht selbst in Österreich, wo die Entwicklung zur Legalisierung und Institutionalisierung am weitesten fortgeschritten ist, kaum befriedigen. Gewiß, es fehlen die empirischen Daten über die Bewährung der Verbändeordnung in rechtlicher Sicht. Sie ist zweifelsohne in höherem Maß gegeben, als man es von einer kritischen Warte aus wahrnehmen mag. Die Symptome der Irregularität sind aber doch so zahlreich, daß Reformvorschläge sich unabweislich anbieten. Es genügt nicht — und zwar von der Funktion der

³²⁾ A. M. Gerhard-Leibholz, aaO., S. 182 ff.

rechtsstaatlichen Ordnung in der modernen Gesellschaft überhaupt — die Verbände im Blankett zu institutionalisieren und sie im freien Kräftespiel an der Staatswillensbildung zu beteiligen. Sie waren nie von der untergeordneten Bedeutung, die ihnen die Verfassung aus 1920/1929/1945 zumißt und sie sind es heute weniger denn je. Der Aufbau der juristischen Personen öffentlichen Rechts ist verfassungsrechtlich offen und einfachgesetzlich beinahe wild gewachsen; jener der privatrechtlichen Verbände ist der privaten Freiheit und Disposition fast völlig überlassen. Rechtswidrigkeits- und Schadenshaftungstatbestände sind wohl für juristische Personen öffentlichen Rechts verfassungsrechtlich gegeben, doch nicht genügend ausgeführt. Für juristische Personen des privaten Rechts fehlt eine ähnliche Vorkehrung in der Verfassung. Vereinsrechtliche, strafrechtliche und zivilrechtliche Tatbestände erweisen sich nicht als wirksam genug. Die Willensbildung in den Kommissionen ist vielfach nicht geregelt. Es herrscht weitgehend die stillschweigend vorausgesetzte Einstimmigkeit. Der gegenwärtige Zustand ist aber nicht nur aus systematischen und ordnungspolitischen Erwägungen unbefriedigend, sondern vor allem im Hinblick auf die unbestreitbare Tatsache, daß sich öffentlichrechtliche und privatrechtliche Verbände als Träger wirtschaftlicher und politischer Macht weit über ihre ursprüngliche Wirksamkeit hinaus entwickelt haben, und diese Entwicklungstendenzen sich mehr und mehr verstärken. Läßt man den damit verbundenen strukturellen und funktionellen Umschichtungen von Staat und Gesellschaft völlig freien Raum, dann wird es zur unausweichlichen Konsequenz, daß eine interessensmäßig gebundene, verbandliche Machtverfassungsrealität das geltende Ordnungsgefüge verdrängt und die miteinander rivalisierenden verbandlichen Kräfte ihren Ausgleich letztlich ohne rechtliche Regel nach dem „Gesetz des Stärkeren“ treffen. Damit würde der heute noch herrschende soziale Friede in einen permanenten gesellschaftlichen Krieg umgewandelt, die Grundrechte, die sich gegen den Staat richten, wirkungslos, und das Opfer würde der Einzelne, nicht nur in der schmalen Freiheit, die ihm der moderne bürokratische Staat noch läßt, sondern schließlich auch in seiner psychophysischen Existenz.

Für Österreich bietet sich angesichts des hochentwickelten und weitgehend legalisierten Verbändewesens prima vista die Lösung an, die öffentlichrechtlichen und die privatrechtlichen Interessenverbände in einem mit der Verfassung zu harmonisierenden Aufbau verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich auszubauen, in die Gesamt-

ordnung einzubinden und zu begrenzen; und zwar hinsichtlich der Organisation, der Aufgaben und der Beteiligung an der Staatswillensbildung.

1. hinsichtlich der Organisation: Die öffentlichrechtlichen Verbände wären möglichst nach einheitlichen Grundsätzen aufzubauen. Dazu gehören sowohl äußere und innere fachliche Aufgliederungen nach Teilinteressen, als auch die territoriale Ausgliederung im Bund und in den Ländern. Die demokratische Kreation der Organe müßte durch ein Wahlrecht gesichert sein, das den Zugang zu den Spitzenorganen bis in die untersten organisatorischen Einheiten öffnet. Die Verbands-Funktionäre müßten zugleich anerkannte Vertreter ihres Faches sein. Für sie wären darüber hinaus Inkompatibilitäten festzulegen, die vor allem die Verwaltungsbeamten- und Richterfunktion zu erfassen hätten. Personalunionen sollten überhaupt nur soweit zugelassen sein, als sie sich sachgerecht und daher sinnvoll erweisen. Zu erwägen wäre daher auch die Inkompatibilität mit den tragenden Funktionen in den politischen Parteien. Der Zugang zur parlamentarischen Vertretung müßte demgegenüber wohl offen bleiben. Zwangsbestand und Zwangsmitgliedschaft sind zwar, wie beim Bund und bei den Ländern unumgänglich; die Mitgliedschaft müßte aber in den sachlichen Voraussetzungen durch die freie Berufswahl und Erwerbsbetätigung demokratisch geöffnet bleiben und nach faßbaren beruflichen und wirtschaftlichen Kriterien eine echte Begrenzung haben.

Die Zahl der Verbände wäre außerdem für weitere legitime Interessenrichtungen offen zu halten. Als solche kämen beispielsweise in Frage die Personalvertretungen des öffentlichen Dienstes, Eltern- und Lehrerverbände. Der Zwangsbestand sollte aber mit dem Ende der sachlichen Legitimierung, wie z. B. dem Aussterben des Berufsstandes (wie in Österreich bei den Dentisten und Hebammen) begrenzt sein, damit Scheinrepräsentationen vermieden werden.

Für die privatrechtlichen Verbände, soweit sie an der Staatswillensbildung beteiligt sind, wären analoge Grundsätze vereinsetzlich festzulegen. Für sie freilich mit freiem Bestand und mit garantierter freier Mitgliedschaft, gegen welche heute vor allem von Seiten des Gewerkschaftsbundes und der Industriellenvereinigung eine starke Machtkomponente wirkt. Demokratische Öffnung der Führungsfunktionen nach unten und Inkompatibilitäten wären auch hier von größter Bedeutung. Die Entscheidung über Streitigkeiten aus dem Verbandsverhältnis müßte dem unabhängigen Richter zugewiesen werden.

2. hinsichtlich der Aufgaben: Für die öffentlichrechtlichen Verbände zeigt sich die Problematik in einer inhaltlichen und in einer formalen Seite. Vorerst wären Zielsetzungen und Aufgaben jedes Verbandes nach den natürlichen und vitalen, partikulären Interessenlagen erschöpfend, überschaubar und unüberschreitbar zu umschreiben. Eine taxative Aufzählung empfiehlt sich auch für die übertragenen Aufgaben und die außerverbandliche Beteiligung an der Staatswillensbildung. In Verbindung mit den Zwecken und Aufgaben wäre die Kontrolle des Haushalts durch den Staat einzurichten. Der Aufgabenkreis wäre, abgesehen von den autonomen Satzungen zur Ausbildung der Organisation und zur Erfüllung der zugewiesenen eigenen Angelegenheiten, als Vollzugsfunktion unter den Gesetzen zum freien Beschlußrecht einzuräumen. D. h. der autonome, innerverbandliche Wirkungskreis wäre aus den staatlichen Kompetenzen auszusparen. Dadurch würde eine gegenläufige Demokratisierung und die Konkurrenz mit dem Staat vermieden. Ohne untergesetzliche Autonomie, d. h. ohne gelockerte Legalität, wären die Verbände nicht funktionsfähig. Die notwendige Autonomie könnte einerseits formal gestärkt und begrenzt werden. Und zwar gestärkt durch den Ausschluß des Weisungsrechtes seitens des Staates und Beendigung des Instanzenzuges im autonomen Bereich. Andererseits jedoch begrenzt durch die Festlegung der Form von hoheitlichen Akten als Satzung, Bescheid, faktische Handlung u. a., aber auch durch eine im wesentlichen an die Bescheidform gebundene staatliche Kontrolle und Aufsicht. Daraus ergäbe sich zwangsläufig die Unterstellung der öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem Einzelnen und den Verbänden einerseits und den Gebietskörperschaften und den Verbänden andererseits unter die richterliche Kontrolle des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofs. Subjektives Recht, Verbands- und Gemeinschaftsinteresse wären auf diese Weise einem verfassungsrechtlichen Schutz unterstellt.

Analoge Grundsätze, freilich unter anderen Vorzeichen, wären für die privatrechtlichen Verbände festzulegen. Sie überschreiten die Grenzen des Rechts um so leichter, je stärker sie sind. Daher ist sowohl eine genaue Festlegung des Zweckes als auch eine Budgetordnung angebracht. Satzungerweiterungen und -änderungen entziehen sich heute nahezu der staatlichen Kontrolle und wären kontrollierbar zu regeln.

3. Hinsichtlich der außerverbandlichen Tätigkeit: Im Anschluß an die Fragen von Organisation und autonomem Aufgabenkreis der öffentlichrechtlichen und

der privatrechtlichen Verbände ergibt sich die Frage nach der außerverbandlichen Beteiligung an der Staatswillensbildung. Die vorgeschlagenen Reformen auf Verfassungsebene betreffen ja nur die einzelnen Verbände für sich und verbinden die Pluralität der Interessen nicht zur Einheit. Ohne Zweifel ist es eine unausweichliche Entwicklung, daß die als Selbstverwaltungskörper öffentlichrechtlich oder privatrechtlich eingerichteten Verbände nach einer organisatorischen Überhöhung streben, die sie mit den obersten Organen der Vollziehung aufgabenmäßig verbindet; regelmäßig ist es die Vollzugsfunktion im Rahmen von Gesetzen, die wirtschaftliche und soziale Belange betrifft.

Die auf einfachgesetzlicher Ebene in Österreich bereits ausgebildeten gemischten Kommissionen erweisen sich dafür als Idealform. Sie sind regierungsnah Vollzugsorgane und werden regelmäßig paritätisch im Verhältnis Staat und Verbände (Parteien) und im Verhältnis der Verbände zueinander besetzt. Dadurch wird vor allem erwirkt, daß der Staat nicht Angriffsziel, sondern Ausgleichsbasis für die interessenmäßig gegeneinander gerichteten Verbände ist. Entscheidend ist aber, daß die Besetzung nicht schematisch, sondern streng nach dem Verbandsinteresse und nach der verwandten Staatsaufgabe erfolgt, daß eine echte Parität als Minderheitsgarantie der gegenläufigen Interessen herrscht, daß anerkannte Fachvertreter in diese Organe entsendet werden, und daß Geschäftsordnungsgrundsätze und dabei vor allem die Abstimmungsvoraussetzungen sowie das Weisungsrecht der Verbände gegenüber ihren Delegierten festgelegt werden. Die entscheidende verfassungspolitische Frage liegt aber in der Rechtswirksamkeit solcher Beschlüsse. Die Kommissionen sind heute durch den Primat der obersten Vollzugsorgane trotz vorhandener Grenzüberschreitungen zweifelsfrei auf rechtlich nicht bindende Beschlüsse verfassungsrechtlich beschränkt und sollten es auch bleiben. Aber selbst die begrenzte Mitwirkung an der Staatswillensbildung verlangt auch eine Mitverantwortung.

V.

Mit diesen Vorschlägen ist aber bereits eine grundsätzliche Vorentscheidung getroffen. Dem Wirtschaftsrat³³⁾ in seiner dezentralisierten und exekutiven Form ist der Vorrang eingeräumt. Sowohl aus der Praxis als auch aus der Theorie

³³⁾ Vgl. dazu Günther Winkler, Art. „Wirtschaftsrat“ in: Staatslexikon, Bd. 8, 6. Aufl., Freiburg 1963.

sind die Spielarten des Wirtschaftsrates bekannt und zwar als Einheitsorgan und als eine Vielzahl paritätisch organisierter Beiräte. Rein theoretisch gesehen, könnten beide Formen mehr der Legislative oder mehr der Exekutive zugeordnet sein. Der Legislative zugeordnet, als eine zweite oder dritte Kammer oder als Ausschüsse der ersten Kammer. Der Exekutive zugeordnet, als organisatorische Überhöhung der verbandlichen Selbstverwaltungskörper unter dem Gesetz und neben der Regierung. Die Unbrauchbarkeit beider Arten von Einheitsorganen ist notorisch. Die wegen der Differenziertheit der Aufgaben und der Vielzahl der Verbände erforderliche Organisation führt zu Monsterorganen. Die Einheit der Willensbildung ist wegen der oft unterschiedlichen Interessenlagen und vertikalen und horizontalen Dezentralisation nur eine Fiktion. Sie richtet sich außerdem gegen eine sachgebundene Parität und impliziert Majorisierungen, die der Interessendifferenzierung zuwiderlaufen. Dazu kommt noch ein weiteres, und das zeigen nicht nur die österreichischen Beispiele. Der Interessenausgleich ist dem Wesen nach eine Vollzugsfunktion, mag er auch in generellen Akten seinen Ausdruck finden. Wäre dem nicht so, dann hätte sich die erste Kammer die an sich verfassungsrechtlich mögliche Mitwirkung an den Sachentscheidungen durch Ausschüsse nicht nehmen lassen. Die Aufgaben verlangen meistens Raschheit. Begreiflicher Weise, da die Wirtschaft, auf die es einen bestimmenden Einfluß auszuüben gilt, mehr denn je in Bewegung ist. Außerdem ist nicht die politische Entscheidung gefordert, sondern der Rat des anerkannten Fachvertreters. Richtigerweise hat daher das österreichische Parlament diese Funktion im gesetzlichen Rahmen an die gemischten Kommissionen delegiert. Diese Kommissionen oder Beiräte sind überschaubar und funktionsfähig. Sie lassen sich auch mühelos mit der ressortmäßig gegliederten staatlichen Exekutive verbinden. Innerhalb der Beiräte erfolgt so der zwischenverbandliche partikuläre Interessenausgleich; zwischen den Interessenverbänden einerseits und den Parteien andererseits der verbandliche Interessenausgleich und mit den Staatsvertretern der Gemeinwohlausgleich. Hierin zeigt sich ein weiterer Einwand gegen den einheitlichen Wirtschaftsrat: die Einheitsorgane exekutiver oder legislativer Form haben kein echtes Gegenüber, weil sie innerhalb der Interessenrepräsentation selbst auch das Gemeinwohl zu vertreten haben.

Jedenfalls für Österreich erweist sich aber eine legislative organisatorische Zusammenfassung der Verbände in einer zweiten oder dritten Kammer auch noch aus einem anderen Grund als sinnlos und letzten Endes unwirksam. Sie würde

sich einerseits gegen den Entwicklungstrend richten, der zu den Beiräten führt. Andererseits aber geben die bestehenden Kammern bereits einen repräsentativen Querschnitt der Verbände ab. Eine zweite Kammer als Verbändekammer wäre daher weitgehend ein Spiegelbild der ersten. Die Verbände aus der ersten Kammer auszuschalten, wäre aber utopisch. Darin liegt ein weiterer Beweis für die Bedeutung der exekutiven Funktion der Verbände.

Damit sind aber auch unabweisliche Argumente gegen eine vereinheitlichende ständestaatliche Lösung des Problems gegeben. Sie würde in Österreich nicht nur eine Totalrevision der Verfassung und einen Rückfall in ein Experiment mit sich bringen, sondern auch die rein parlamentarische Verbandsrepräsentation, die sich bisher mehr im Bereich der Überzeugung von Verfassungspolitikern als in der Wirklichkeit bewährt hat. Ein Ständerat würde außerdem das alte berufsständische Prinzip voraussetzen, das heute nicht gegeben ist: nämlich die korporative Zusammenfassung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern desselben Berufsstandes in je und je einem Verband. In den heutigen Verbänden sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer fast durchwegs geschieden. Vitale Interessenlagen haben ein altes Konzept längst überrollt. Und weiters: Vor mehr als hundert Jahren lebte der Mensch noch in einer strengen berufsständischen Ordnung mit enger territorialer Bindung. Das bedeutete ein hohes Maß an Unfreiheit. Den Menschen in alte Schemata zurücksetzen wollen, würde daher nichts anderes bedeuten, als den Ansatz zu einer neuerlichen Unfreiheit zu schaffen. Mag auch die Freiheit des modernen Menschen heute immerhin durch die Eigenart des modernen Staates bereits vielfach beschränkt sein, man muß den Menschen nicht offenen Auges in eine Ordnung führen, die einen Totalitätsanspruch erhebt und letztlich in die Identität von Staat und Gesellschaft mündet.

Alle diese Vorschläge wären nicht vollständig, würde man nicht noch einen weiteren Gesichtspunkt herausstellen. Die traditionelle Staatsautorität ist zu stärken. Dafür mag das vielzitierte Großbritannien ein Vorbild sein³⁴). Verwaltungsbeamte und Richter als exekutive Gemeinwohlrepräsentanten sind aus den verbandlich-parteilichen Bindungen zu lösen. Mit Eschenburg u. a. stimme ich darin überein, daß ihnen das passive Wahlrecht vorenthalten werden soll, oder daß sie ihre Stellung aufgeben müssen, wenn sie gewählt sind. Für leitende Partei- und Verbandsfunktion wären strenge In-

³⁴) Vgl. u. a. Theodor Eschenburg, Herrschaft der Verbände?, aaO., S. 10 ff.

k o m p a t i b i l i t ä t e n vorzukehren und der parteipolitischen und verbandlichen Ämterpatronanz nach englischem Vorbild durch unabhängige Ausschüsse höchster Beamter entgegenzuwirken. Dann könnte sich die Staatsautorität neu stärken und das politische Ethos und die Gemeinwohlverpflichtung könnten neuen Raum gewinnen. Aus einer „moralischen Aufrüstung“ der Staatsrepräsentanten allein, abgesehen davon, daß sie nur auf lange Sicht zu erwarten wäre, kann das Verbandsproblem nicht mehr gelöst werden.

Darüber darf der Einzelne nicht vergessen werden. Sein grundrechtlicher Schutz muß gegenüber den Verbänden in gleicher Weise gewährleistet werden, wie er gegenüber dem Staat besteht. Andernfalls droht ihm durch die Verbände eine moderne Form der Leibeigenschaft und Untertänigkeit. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang vor allem die Erhaltung der Freiheit der Berufswahl und Erwerbstätigkeit und damit der Zugang zu den Verbänden und ihren Funktionen und die Beteiligung am innerverbandlichen und außerverbandlichen Wettbewerb. Grundrechte schlechthin auch für die Verbände wären allerdings eine Perversion; ihnen ist eine garantierte Autonomie angemessen.

Nun bleibt zum Abschluß noch eine Besinnung auf die Frage, ob die hier angegebene „harmonische Ausgestaltung der Verfassung“ durch verstärkten Einbau der Verbände mit dem demokratischen Prinzip vereinbar ist. Mit J. H. K a i s e r und H. H u b e r u. a. möchte ich diese Frage bejahen. Es ist irrig zu meinen, daß das egalitäre Prinzip mit der Demokratie schlechthin identisch ist. Egalitär ist die Demokratie westlicher Prägung nur in gewissen und beschränkten Hinsichten, nämlich vor allem in den Voraussetzungen des Wahlrechtes. In anderer Hinsicht ist sie völlig differenziert. Nur die Parteigeschlossenheit des totalitären Einparteienstaates moderner Prägung entspräche einer solchen radikalen Vorstellung von der egalitären Demokratie, die selbstredend keine Demokratie nach europäischer Auffassung wäre. Im parteioffenen Staat ist jedoch nicht nur die Gleichheit sachlich differenziert zu sehen; in ihm gibt es seit eh und je die fundamentale Differenzierung durch die Pluralität der politischen Parteien und durch die Garantie politischer und gesellschaftlicher Minderheiten. Der freiheitlich demokratische Staat ist daher von vornherein auch dem politischen Wettbewerb der Verbände um die politischen Ämter mittelbar über die Parteien oder unmittelbar offen. Ja vielleicht erfährt die gegenwärtige Entwicklung der Durchdringung der politischen Parteien und politischen Staatsämter durch Verbandsrepräsentanten und Fachleute eine so große

Verstärkung, daß die Staatspolitik aus dem ideologischen Zank mehr und mehr in die Sachfragen verlagert wird. Die Demokratie, die eine ideologisch-politische Differenzierung in der Repräsentation verträgt, verträgt auch eine interessenmäßig-beruflich-wirtschaftliche. Angesichts der zunehmenden Hilflosigkeit der Parteien in der Staatsführung und angesichts ihrer Machtansprüche, die die Leistungen für den Staat bei weitem überragen, ferner angesichts der Entideologisierung und Versachlichung³⁵⁾ des öffentlichen Lebens mag der geordnete und verstärkte Einfluß paritätisch gebundener Verbände vielleicht zur Folge haben, daß eine rationale und sachliche Staatsführung zum Durchbruch gelangt. In einer differenzierten Sachlichkeit und in deren Ausgleich mit dem Gemeinwohl würde das demokratische Gleichheitsprinzip, wie es der österreichische Verfassungsgerichtshof in seiner Judikatur entwickelt hat, seine Krönung erfahren. Andererseits gilt aber für die Verbände nicht minder wie für die politischen Parteien: sie werden in eben jenem Maße lebensfremd und politisch immobil, in dem sie dem reinen Funktionär oder Apparatschik vor dem Fachvertreter den Vorrang geben.

Aus einer solchen harmonisierenden Ausgestaltung der Verfassungsordnung könnte die Demokratie neues Leben erhalten und die traditionelle Gewaltentrennung zu einer neuen verstärkten Wirksamkeit frei werden. Staat und Gesellschaft blieben nach wie vor zweierlei; doch die Verbindung und Verflechtung über die Verbände würden Staat und Gesellschaft trotz der Trennung sinnvoll miteinander vereinen: Föderalismus und Verbandspluralismus blieben, wenn auch neu geordnet und differenziert, gewaltentrennende Wirkkräfte, die die klassischen Gewalten mitbestimmen. Vielleicht ergäbe sich aber dennoch auf diese Weise der Ausweg aus der Desintegration des Staates zu einer neuen Integration und vollen Effektuierung der Verfassung durch die Einbeziehung neuer Machtfaktoren in sie, zu einem echten rechtlichen Ausgleich. Gegenüber dem Anwachsen von Macht und Willkür bleibt, so scheint mir, kaum eine andere Alternative, will man nicht die Freiheit des Menschen aufgeben, die ihr Maximum aus der Ordnung erfährt.

³⁵⁾ Vgl. etwa Ernst Forsthoff, Strukturwandlungen der modernen Demokratie, Berlin 1964, S. 8 u. 16 ff.

Verzeichnis der in den Tabellen verwendeten Abkürzungen

Staatliche Organe:

BK	= Bundeskanzler
BKA	= Bundeskanzleramt
BM	= Bundesministerium
— auswA	= — für auswärtige Angelegenheiten
— Fin	= — für Finanzen
— HW	= — für Handel und Wiederaufbau
— Inn	= — für Inneres
— J	= — für Justiz
— LF	= — für Land- und Forstwirtschaft
— Lvert	= — für Landesverteidigung
— sozV	= — für soziale Verwaltung
— Unt	= — für Unterricht
— VEI	= — für Verkehr und Elektrizitätswirtschaft
Ha d. NatR	= Hauptausschuß des Nationalrats
OGH	= Oberster Gerichtshof
OLG	= Oberlandesgericht
ÖNatbank	= Österreichische Nationalbank
Rhof	= Rechnungshof
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof

Verbände:

AK	= Arbeiterkammer(n)
ÄK	= Ärztekammer(n)
ApK	= Apothekerkammer
AUVA	= Allgemeine Unfallversicherungsanstalt
BKGW	= Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft
KGW	= Kammer(n) der gewerblichen Wirtschaft
LAKT	= Landarbeiterkammertag
LarbK	= Landarbeiterkammer(n)
LWK	= Landwirtschaftskammer(n)
ÖAKT	= Österreichischer Arbeiterkammertag
ÖGB	= Österreichischer Gewerkschaftsbund
PrLWK	= Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern
Sozversträger	= Sozialversicherungsträger
HvSozversträger	= Hauptverband der Sozialversicherungsträger
TierÄK	= Tierärztekammern

Jahr, Rechts- grundlage	Bezeichnung	Behörden	Zusammensetzung		Funktion	
			Verbände	Fachleute	formal	Zweck
1. 1946, Außen- handelsver- kehrsgesetz (BGBl. Nr. 111); 1956, Außen- handelsgesetz (226) (dzt. 332/1965)	Kommission Beirat	BMHW (Vorsitz, 2 Mitgl.); BMAuswA, Fin, LF, Inn, VEI, sozV (je 1 Mitgl.); Länder (1 M.)	BKGW, LWK, ÖAKT (je 1 Mitgl.)	1	Gutachten Anhörng Beratung	Ein-, Aus-, Durchfuhr von Waren
2. 1946, Lastver- teilungsgesetz (83) (dzt. 328/1965)	Beirat des Bundeslast- verteilers (Bei- räte der Lan- deslastver- teiler)	Bundeslastver- teiler (Vorsitz); Landeslastver- teiler; BMVEI (1 Mitgl.)	BKGW ÖAKT, LWK, ÖGB (je 1 M.)	Fachl.	Beratung	Sicherstel- lung der E- versorgung
3. 1946, Bundes- gesetz (144) (Nov. 171/1954)	Invalidentfür- sorgebeirat	BMsozV (Vors.); beteil. BM (je 1 Mitgl.)	organis. Kriegs- inval. u. -hinter- bl. (12 Mitgl.); KGW, LWK (je 1 M.), AK (2 Mitgl.)	fakultativ	gutachtl. Beratung	Fürsorge für Kriegsinvalide u. -hinter- bliebene
4. 1946, Pflanzen- zuchtgesetz (34/1947)	Zuchtbuch- kommission	BMLF (Vors.)	LWK (je 1 Mitgl.)	3	Entschei- dung	Eintragung im Zuchtbuch
5. 1946, Bundes- gesetz (11/1947)	Beirat für d. Statistik d. Außenhandels	Präs. d. Öst. Stat. Zentr.amtes (Vors.); beteil. BM.	KGW, LWK, AK	Fachl.	Beratung Schätzung	Statistik d. Außenhandels

Jahr, Rechts- grundlage	Bezeichnung	Behörden	Zusammensetzung		Funktion	
			Verbände	Fachleute	formal	Zweck
6. 1947, Kollektivvertragsgesetz (76) (Nov. 60/1962)	Einigungsämter, Ober-einigungsamt		Vorschläge (Mitgl.), Anhörung (Vors.) d. gesetzl. Interessenvertreter d. Dienstgeber u. -nehmer		Entscheidung	Kollektivvertragsangelegenheiten
7. 1947, Spezialitätenordnung (VO 99)	Überprüfungsbeirat	BMsozV (Vorsitz); BMHW (1 Mitgl.)	AK, ApK (je 1 M.); Sozialvers.-träger (2 Mitgl.); KGW (1 M.)	2	Beratung	Zulassung pharmazeut. Spezialitäten
8. 1947, Wiedereinstellungsgesetz (160)	Wiedereinstellungsausschuß	Leiter des Landesarbeitsamtes	Dienstgeber, Dienstnehmer (je 2 M.)		Entscheidung	Wiedereinstellung
9. 1948, Wohnhaus-Wiederaufbaugesetz (130) (Nov. 154/1958)	Kommission f. d. Wohnhauswiederaufbau	BMHW (Vors.); BMFin, sozV (je 1 Mitgl.); Ha d. NatR. (6 Mitgl.)	BKGW, ÖAKT (je 1 Mitgl.)		Beratung Begutachtung Anhörung	Verwaltung d. WWA-Fonds
10. 1949, Preisregelungsgesetz (166) (dzt. 325/1965)	Preiskommision	BMInn (Vors.); BMHW, LF, Fin, sozV, Fin, VEL (je 1 Mitgl.)	BKGW, LWK, ÖAKT (je 1 Mitgl.)		Begutachtung	Bestimmung volksw. ge-rechtf. Preise u. Entgelte
11. 1949, Rohstofflenkungsgesetz (185) (dzt. 331/1965)	Rohstofflenkungsausschuß	BMHW (Vors.); BMLF, VEL, Fin, sozV (je 1 M.); Bundesländer (je 1 Mitgl.)	BKGW, ÖAKT (je 4), LWK, ÖGB (je 2 Mitgl.)		Beratung Begutachtung	Lenkung d. Verkehrs mit industr. Rohstoffen u. Halbfabrik.

Jahr, Rechts- grundlage	Bezeichnung	Behörden	Zusammensetzung Verbände	Fachleute	formal	Funktion Zweck
12. 1949, Kultur- groschen- gesetz (191) (gem. 280/1963 abgelaufen mit 31. 12. 1964)	Beirat	BMÜnt (Vors.); BMÜnt, Fin (je 1 Mitgl.); Länder (4 Vorsch.); Städte, Gemein- den (je 1 V.)	BKGW, AKT (je 1 Vorschlag)	Beratung	Beratung	Verwendung d. Kultur- groschens
13. 1950, Kunstför- derungsbei- tragsgesetz (131)	Beirat	siehe 12.		Beratung	Beratung	Verwendung d. Kunstförd.- beitrages
14. 1950, BG über die Bundes- statistik (160) (dzt. Bundes- statistikgesetz 91/1965)	Statist. Zen- tralkommis- sion	Vertr. d. BM; d. Rhofes; d. Län- der; d. ÖNat.- bank	Vertr. d. KGW, LWK, AK	Fachl.	Beratung	Fragen der Bundes- statistik
15. 1950, Milch- wirtsch.gesetz (167), Getreide- wirtsch.gesetz (168), Viehver- kehrsgesetz (169); Markt- ordnungs- gesetz 1958 (276) (dzt. 327/1965)	Verwaltungs- kommissionen d. Milchwirt- sch.fonds, Ge- treideaus- gleichsfonds u. Viehverk- fonds		LWK, BKGW, ÖAKT mit je 9 (Viehverk.fonds: 3) Mitgl.		Verwaltung der Fonds, die juristische Personen sind	

Jahr, Rechts- grundlage	Bezeichnung	Behörden	Zusammensetzung Verbände	Fachleute	Funktion	
					formal	Zweck
16. 1951, Azetylen- verordnung (75) (teilw. aufge- hoben d. d. VerfGH 3244/ 1957)	Azetylenaus- schuß	BMsozV, VEI (je 1), HW (1—3 Mitgl.)	Ingenieurkam- mern, BKGW, AKT(je 3 Vor- schläge)		Anhörung	Zulassung d. Erzeugung v. Azetylen
17. 1951, Mindest- lohntarifgesetz (156)	Einigungs- ämter, Ober- einigungsamt		ÖAKT, BKGW (parität. Vor- schläge)		Beschluß	Mindestlöhne
18. 1951, Lebensmit- telgesetz (239) (Nov. 245/1960)	Codex- kommission	BMsozV (3) BMJ, LF, HW (je 1 Mitgl.)	ÖAKT, BKGW, LWK (je 1 Mitgl.)	2	Vorbereitung des öst. Lebensmittelbuches	
19. 1952, Futter- mittelgesetz (97)	Fach- kommission	Vertr. d. BM LF (Vors.); BMLF, HW, sozV (je 1 Mitgl.)	LWK, BKGW, ÖAKT (je 1 Mitgl.)	2	Anhörung	Genehmigung d. Futtermittel- verkehrs
20. 1953, Jugend- einstellungs- gesetz (140) (gem. 262/1956 abgelaufen mit 31. 12. 1957)	Beirat	BMsozV (Vors.); BKA, BMInn, Unt, LF, Fin, Hw, VEI (je 1 M.)	ÖAKT (2), LarbK (1), BKGW (2), LWK (1 Vor- schl.); Jugend- verbände (4 Vertr.)		Beratung	Beschäfti- gung v. Ju- gendlichen
21. 1953, Einkom- mensteuer- gesetz (1/1954)	Beirat nach § 3 (3)		parität. Vertr. d. Arbeitg.- u. -nehmerver- bände		Anhörung	Steuerfreiheit

Jahr, Rechts- grundlage	Bezeichnung	Behörden	Zusammensetzung		Funktion	
			Verbände	Fachleute	formal	Zweck
22. 1954, Heim- arbeitsgesetz (66) (dzt. Heim- arbeitsgesetz 1960, 105/1961)	Heimarbeit- kommissionen		gemeins. Vor- schl. d. ÖAKT, ÖGB u. BKGW (Vors.); Vorschl. d. ÖAKT, BKGW (Mitgl.)	Fachl. mit beratender Stimme	Regelung Anordnung Tarif- erlassung Gutachten	Arbeitsbe- dingungen d. Heimarbeit
23. 1954, Verord- nung (100)	Arzneibuch- kommission	BMsozV (Vor- sitz; 2 Mitgl.)	Öst. ApK (2), Öst. ÄK u. Tier- ÄK (je 1 M.); KGW (3 Mitgl.)	11	Bearbei- tung	Erstellung d. öst. Arz- neibuches
24. 1955, Wirt- schaftstreu- händer — Be- rufsordnung (125)	Ausschuß		paritätisch aus den wirtschaftl. Interessenver- bänden		Anhörung	Zulassung z. Fachprüfung
25. 1955, Zoll- gesetz (129)	Zollbeirat	Vertr. d. BMFin (Vorsitz)	Vorschlag d. BKGW u. ÖAKT (40), LWK (10 Mitgl.)		Gutachten Anträge	Fragen d. Zolltarifs
26. 1955, Wehr- gesetz (181)	Kommission	Vertr. d. BML- vert (Vors.); BMunt (1 Mitgl.)	BKGW, ÖAKT, LWK (Vorschl. f. d. Kirchen je 1 M.)	1 Vorschl.	Gutachten	Verweigerung d. Wehrdien- stes m. d. Waffe
27. 1955, Allg. Sozialvers.- gesetz (189)	Verwaltungs- körper		Vertr. d. Dienst- nehmer u. -geber, ents. v. d. ges. Interessenvertr.		Verwaltung vers.-träger	Verwaltung der Sozial-

Jahr, Rechts- grundlage	Bezeichnung	Behörden	Zusammenhang Verbände	Fachleute	formal	Funktion Zweck
28. 1955, Kraft- fahrsgesetz (223)	Führerschein- entziehungskommission		AK u. KGW (je 3 Mitgl.)	Gutachten		Führerschein- entziehung
29. 1955, Kraft- fahrsgesetz	Kraftfahr- beirat	BMHW (Vorsitz)	BKGW (11), ÖAKT (4), LWK (2 Vorschläge); 2 Vertr. d. Kraft- fahrspports	Beratung Gutachten		Kraftfahr- angelegen- heiten
30. 1955, Österr. Arzneitaxe (VO, 251) (dzt. Österr. Arzneitaxe 1962, 128)	Taxkommis- sion	BMsozV (Vors.)	Öst. ApK, Hpt- verband d. Soz- versträger, BKGW, ÖAKT, ÖGB (je 2), AK, LWK (je 1 Mitgl.)	Beratung		Taxfragen
31. 1957, Minister- ratsbeschluß; 1962, „Raab- Olah-Abk.“; 1962, Pr.-reg.- gesetznov. (103)	Parit. Komm. f. Preis- u. Lohnfragen	BK (Vors.); BMInn, HW, sozV (Vertr.)	BKGW, ÖAKT, LWK, ÖGB (je 2 Vertr.)	Beratung Mittelung		Preise und Löhne
32. 1958, Besat- zungsschäden- gesetz (126)	Bundesent- schädigungs- kommission (Senate)	1 Richter (Vors.)	ges. Berufsver- tretungen (1 Beis.)	Entschei- dung		Entschädigung f. Besatzungs- schäden

Jahr, Rechts- grundlage	Bezeichnung	Behörden	Zusammenhang Verbände	Fachleute	formal	Funktion Zweck
33. 1958, 3. Kartell- gesetznovelle (136) (dzt. 174/1962)	Parität. Aus- schuß f. Kart.- angelegen- heiten		BKGW, ÖAKT (je 2 Vertr.)		Gutachten	Eintragung i. d. Kart.register
34. 1960, Mühlen- gesetz (113) (teilw. aufgeh. d. d. VerfGH 4117/1961; dzt. Mühlengesetz 1965, 24)	Mühlenkura- torium		Mühleninhaber u. -arbeiter (je 7 Mitgl.); BKGW, LWK, ÖAKT u. ÖGB (je 1 Mitgl.)		Anordnun- gen, Verfü- gungen Entschei- dungen	Ordnung d. Mühlengewirt- schaft
35. 1960, Land- wirtsch.gesetz (155) (dzt. 215/1964)	Kommission	BMLF (Vors.)	LWK, BKGW, ÖAKT, ÖGB (je 2 Mitgl.)	4	Mitwir- kung	Erstellung d. „Grünen Be- richts“
36. 1962, Anti- dumpinggesetz (145) (dzt. 5/1965)	Beirat	BMHW (Vors.) BMHW, Fin, sozV, auswA (je 1 Mitgl.)	BKGW, ÖAKT, LWK, ÖGB (je 1 Mitgl.)		Gutachten	Verhinderung d. Dumpings
37. 1962, Hausge- hilfen- u. Haus- angestellten- ges. (235)	Kommissionen	Vors. d. Einiggs- amtes (Vors.)	ÖAKT (i. Einver- nehmen m. d. ÖGB), BKGW (je 1 Vorsch.)		Aufsicht Schlich- tung	Schutz d. H.- gehilfen u. - angest.
38. 1962, Bundes- Schulaufsichts- ges. (240)	Kollegium d. Landes (Bez.- schulrates	Lhptm (Bez- hptm) Vors.; Amtsdir.; L.(Bez) schulinsp.; Schularzt	Vertr. gesetzl. Interessenvertr.	Eltern, Lehrer, Kirchen	Schulverwal- tung u. Schul- aufsicht d. Bundes	

Jahr, Rechts- grundlage	Bezeichnung	Behörden	Zusammenhang Verbände	Fachleute	formal	Funktion Zweck
39. 1965, Elektro- technikgesetz (57)	Elektrotech- nischer Beirat	BMHW, LF, sozV, VEI (je 1 Vertr.)	ÖAKT, BKGW, PrLWK (je 2 Mitgl.), KGW (4), ÖGB (2); AUVA (1); Verb. d. E-Werke (2)	5	Beratung Anhörung Gutachten	Sicherheits- maßnahmen, Normalisie- rung u. Typi- sierung a. d. Geb. d. El.- technik
40. 1965, Pensions- anpassungs- gesetz (96)	Beirat f. d. Renten- und Pensionsan- passung	BMsozV (Vor- sitz); BMFin, sozV (je 1 Vtr.)	ÖAKT, BKGW (je 2), ÖGB (3), PrLWK, LAKT, HvSozvers.tr. (je 1 Mgl.)	4	Gutachten	Renten- u. Pensionsan- passung

Jahr, Rechtsgrundlage	Bezeichnung	Nichtberufsrichter		Zweck
		Verbände	Fachleute	
1. 1895, Jurisdiktionsnorm	Handelsgericht (Senat); Handelssenat (bergrechtlicher Senat) d. Kreis- bzw. Landesgerichts; Berufungssenat d. OLG in Handels- (Bergrechts-)sachen; (alle aus 3 Mitgl.)	1 fachmänn. Laienrichter aus d. Handelsstände (Kreise d. Bergbaukundigen)	Entscheidung in Handels- (Bergrechts-)sachen	
2. 1946, Arbeitsgerichtsgesetz (BGBl. Nr. 170)	Senat d. Arbeitsgerichtes (3 Mitgl.); Berufungssenat d. Landes- bzw. Kreisger. (5 Mitgl.); Revisionsssenat d. OGH (5 Mitgl.)	je 1 Beisitzer aus d. Kreise d. Unternehmer u. d. Beschäftigten	bürgerl. Rechtsstreitigkeiten aus d. Arbeitsverhältnis	
3. 1947, 3. Rückstellungsgesetz (Nr. 54)	Senat d. Rückstellungskommission beim Landesgericht; Senat d. Rst.oberkommission beim OLG; (alle aus 3 Mitgl.)	2 Beisitzer aus d. Kreise d. fachmänn. Laienrichter (s. 1.) und d. Beisitzer d. Arbeitsgerichte (s. 2.); Vorschl. d. LWK (bei landwirtsch. Gütern), d. AK (bei Vermögen von Arbeitnehmerorganisationen)	Rückstellung von Vermögen, das während d. dt. Besetzung Österreichs entzogen worden ist	
4. 1947, Rückgabegesetz (Nr. 55)	Rückgabekommissionen u. Oberkommissionen sinngemäß nach dem 3. Rückstellungsgesetz	je 1 Beisitzer auf Vorschlag d. KGW u. AK	Rückgabe v. Vermögen demokratischer Organisationen, die 1933—1938 aufgelöst wurden	

Jahr, Rechtsgrundlage	Bezeichnung	Nichtberufsrichter		Zweck
		Verbände	Fachleute	
5. 1951, Kartellgesetz (Nr. 173); 1958, 3. Kartellges.-novelle (136); jetzt Kartellgesetz 1959 (Wiedervitb. 272) (dzt. 174/1962)	Senat d. Kartellgerichts beim OLG Wien (3 Mitgl.); Senat d. Kart.obergerichts beim OGH (7 Mitgl.)	je 1 (bzw. 2) Beisitzer auf Vorschlag d. BKGW u. d. ÖAKT im Kart.gericht Vorschlag d. PrkLWK	2 im Kart.obergericht	Eintragung in d. Kartellregister
6. 1955, Allg. Sozialvers.gesetz (Nr. 189)	Senat d. Schiedsgerichtes d. Soz.versicherung (3 Mitgl.)	je 1 Beisitzer aus d. Kreise d. Dienstnehmer u. d. Dienstgeber		Leistungstreitverfahren

Staat und Verbände

3. Aussprache und Schlußworte

Weber: Herr Kollege Winkler, ich glaube, daß Ihr materialreiches Referat das richtige Gegenstück zu dem Grundsatzreferat von Herrn Kollegen Leibholz gebildet hat. Ich darf sagen, daß die Tatbestandserhebung, bei der Sie sich an den konkreten Verhältnissen Österreichs orientiert haben, mehr als Ihnen selbst vielleicht deutlich ist, für die Verhältnisse in Deutschland repräsentativ ist, auch wenn man von gewissen Nuancen im öffentlichen Verbandswesen absieht. Die Eigentümlichkeit dieses öffentlichen Verbandswesens in Österreich scheint darin zu liegen, daß dort auch regelrechte Interessenverbände öffentlich-rechtlich organisiert sind. Das ist dem Verbandswesen in der Bundesrepublik unserer ganzen Tradition nach nicht eigentümlich. Jedenfalls halte ich es für richtig, daß Sie sich ganz konkret an das für Sie unmittelbar zugängliche Material gehalten haben.

Dürig (Diskussionsleiter): Meine sehr geehrten Herren! Ich eröffne die Aussprache. Wie anregend die beiden Referate waren, zeigt die lange Rednerliste. Es ist nicht Aufgabe des Diskussionsleiters, der Aussprache irgendwie vorzugreifen. Aber ich darf zwei weitere Wortmeldungen provozieren durch zwei ganz präzise und konkrete Fragen.

Die erste Frage richtet sich an unsere Kollegen, die Weimar noch bewußt erlebt haben: Wie war das eigentlich mit dem Reichswirtschaftsrat? Nicht wahr, wir Jüngeren gehen stets auf das Katheder und reden ohne eigentliches Wissen nach: Der Wirtschaftsrat hat sich nicht bewährt, die Erfahrungen waren schlecht usw. Meine Frage: Was waren das eigentlich für Erfahrungen? Warum waren sie so schlecht? Und wenn sie schlecht waren, waren sie so schlecht, daß wir heute alle miteinander gleichsam einem Trauma unterliegen und diese Frage einer verfassungsrechtlichen Institutionalisierung der Verbände gar nicht mehr diskutieren?

Die zweite Frage geht an unsere bayerischen Kollegen. Wir sind in einem Bundesland zu Gast, das so eine Art Ständekammer hat, den bayerischen Senat. Natürlich ist das keine echte zweite Kammer; aber immerhin hat dieses Organ das Initiativrecht, ist es (z. T. obligatorisch) Gutachterinstanz, sind

Gesetze schon an den Einwendungen des Senats im Landtag gescheitert. (Dürig verliert die Zusammensetzung des bayerischen Senats.)

Meine Herren, gewiß, auch in Bayern hat niemand daran gedacht, die egalitäre und plebiszitäre demokratische Willensbildung zu ersetzen durch ein ständisches oder syndikalistisches System. Aber man nimmt doch hier wenigstens zur Kenntnis, daß sich demokratische Willensbildung auch und zusätzlich vollziehen kann in und über Korporationen, Gruppen, Verbände. Das Einbauen dieser Gruppen in die Verfassung, diese Institutionalisierung als Verfassungsorgan, ist doch sehr bemerkenswert. Die Frage an die bayerischen Kollegen: Hat sich der bayerische Senat als Versuch, das Verbandswesen staatsrechtlich einzufangen, bewährt oder nicht?

Ich könnte mir denken, daß hiermit wenigstens Publizität der Interessenvertretung erreicht wird. Es ist ja dieses Apokryphe und Unterirdische, was uns das Verbandswesen bei der Einflußnahme auf den Staat so suspekt macht. Es ist ja eben doch ein gewaltiger Unterschied, ob Herr Rehwinkel unter vier Augen verhandelt oder ob man ihm sagen kann: Dort in jener Kammer ist Dein Platz für Deine Forderungen. Und die Pressetribüne ist vollbesetzt, und die anderen anwesenden Interessenvertreter hängen extreme Forderungen eines Verbandes mit Gewißheit schon hier niedriger.

Und ein zweites: Der Abgeordnete eines deutschen Parlaments, der Interessen seines Verbandes vertritt, verstößt ja eigentlich gegen Art. 38 GG. Er soll ja Vertreter des ganzen Volkes sein, nicht des Gewerkschaftsbundes usw. Ist dann nicht eine Kammer, in der es notorisch ist, daß jeder für seinen Interessenverband spricht, viel sauberer und fairer? Da kann doch einer hinstehen und sagen: Ich bin vom Bauernverband gewählt worden und hier im Senat kämpfe ich für die Interessen ausschließlich der Bauern, denn so lautet mein Mandat. Und das für das *bonum commune* nötige clearing erfolgt im Aufeinanderprallen ehrlich geäußerter Verbandsegoismen.

Ich sehe mit Genugtuung, daß sich Herr Küchenhoff schon der Sprechanlage nähert, um uns etwas über den bayerischen Senat zu erzählen. Als Diskussionsleiter habe ich natürlich schon viel zu lange selbst gesprochen. Ich bitte um Vergebung und erteile Herrn Geck das Wort.

Geck: Ich hatte den Eindruck, daß sich die Verbandsbegriffe der Referate in wesentlichen Punkten deckten, aber in einem wichtigen Punkt unterschieden. Die Kongruenz sehe ich in dem Verständnis der Verbände als Zusammenfassung privater

Spezialinteressen, die für uns vor allem dadurch relevant werden, daß sie in den politischen und zugleich in den verfassungsrechtlichen Raum hineinwirken; der Unterschied ergibt sich bei der Rechtsstellung und der Organisationsform der Verbände. Habe ich Herrn Leibholz recht verstanden, so hat er sich auf die privatrechtlichen — vor allem in Vereinsform organisierten — Verbände beschränkt. Bei diesem Verbandsbegriff denkt man in der Bundesrepublik im Bereich des politisch Relevanten an das Schlagwort von der Herrschaft der Verbände. Der Verbandsbegriff Herrn Winklers umfaßt diese Gruppe, aber darüber hinaus öffentlich-rechtlich organisierte Verbände, vor allem Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie weisen jedenfalls zum Teil die in der Bundesrepublik geläufigen Merkmale öffentlich-rechtlicher Körperschaften auf, z. B. die Zwangsmitgliedschaft, eine eigene Satzungsgewalt mit Haushaltsrecht und die hoheitliche Befugnis zur Erhebung von Beiträgen. Diese Verbände sind nicht zuletzt im öffentlichen Interesse geschaffen; sie erscheinen deshalb und wegen ihrer Rechtsstellung als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung. Die Kehrseite ihrer hoheitlichen Befugnisse ist die Staatsaufsicht. Wie steht es bei diesen in die staatliche Organisation einbezogenen Verbänden mit einem Wesensmerkmal des von Herrn Leibholz verwendeten Verbandsbegriffs, nämlich mit dem „Gegenüber“ von Staat und Verbänden? — Diese Bemerkungen sollen eine Bitte einleiten: nach Möglichkeit auf diesen Punkt in der Diskussion einzugehen und — wie Herr Winkler es getan hat — zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verbänden zu unterscheiden.

Wenn ich sogleich eine kurze Bemerkung anschließen darf: Habe ich Herrn Winkler recht verstanden, so hat er von einer Versachlichung des Verbandswesens und von dem Versuch gesprochen, über eine Versachlichung und Demokratisierung des Verbandswesens sowie über eine stärker verantwortliche Beteiligung der Verbände an der staatlichen Willensbildung einer rationalen und harmonischen Staatsführung näher zu kommen. Ohne den erbetenen Voten über die Erfahrungen mit dem bayerischen Senat und dem Reichswirtschaftsrat vorgreifen zu wollen, möchte ich gewisse Zweifel gegenüber derartigen Möglichkeiten anmelden, die Herr Winkler allerdings vielleicht weniger erwarten als erhoffen mag.

Marcic: Es wird um gütige Nachsicht gebeten, daß ich mich unter den ersten zu Wort gemeldet habe, obwohl ich, was die Aufnahme in die Vereinigung anlangt, eines der jüngsten Mitglieder bin. Das rührt einzig von thematischen Gründen her: ich möchte mich zunächst in der Hauptsache mit den Grund-

gedanken von Professor Leibholz auseinandersetzen, sie stellenweise ergänzen, die eine oder andere Kritik anbringen; sie betreffen allerdings nicht seine Ausführungen, sondern Gedanken anderer Autoren, die er zitiert hat. — Darauf möchte ich mich knapp zum Referat von Kollegen Winkler äußern.

Herr Leibholz hat vor uns einen bunten Fächer von Gesichtspunkten aufgeschlagen; es sei mir gestattet, auf diesen Fächer noch einige Farben aufzutragen. Was die ergänzenden Gesichtspunkte anlangt, sei vermerkt, daß die Frage nach dem Staat, die uns heute wie ehemals bedrängt, geklärt werden soll. Kollege Hesse, der nicht anwesend ist, bedauert es wiederholt, andere Kollegen bedauern es in ihren Schriften und Vorträgen ebenso, daß die Lehre sich zu wenig anstrengt, ein neues zeitgemäßes Staatsbild zu entwerfen. Bitte, es nicht als Vermessenheit, sondern bloß als Hinweis auf den Fragenkreis zu deuten, wenn ich Ihre Aufmerksamkeit auf einige kleinere Arbeiten von mir lenke: „Die Koalitionsdemokratie. Das österreichische Modell im Lichte der Wiener Schule“, Karlsruhe 1966 (H. 71/72 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe); weiter: „Die Stellung der politischen Parteien in der Verfassung“, Wien 1965, (H. 1 der Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Katholischer Verbände); ferner: „Öffentlichkeit als staatsrechtlicher Begriff“ (Festrede zur Österreichischen Richterwoche 1964), in: Richter und Journalisten, Wien 1965, S. 153—228; schließlich: „Die Krise des Staatsgedankens in der Gegenwart“, Rottenburg (Stuttgart) 1960 (H. 45/46 der Beiträge zur Begegnung von Kirche und Welt, hrsg. v. der Akademie der Diözese Rottenburg). Mit solchem Hinweis wird Zeit erspart. — Ich glaube, im nämlichen Mangel wäre eine der wichtigsten Quellen aller Schwierigkeiten zu suchen, daß wir weder zu den politischen Parteien noch zu den Verbänden das richtige Verhältnis finden. Es geht nicht an, auch methodisch nicht, jeweils bestimmte Epochen herauszugreifen, wenn man sich mit dem Staat beschäftigt. Aus zweierlei Gründen: Erstens ist es eine Erfahrungstatsache, daß wir im Bereich des Politischen, in der Welt des Staates und des Rechtes, seit zweieinhalb Jahrtausenden so gut wie gar keine Fortschritte wahrnehmen; indessen sind in anderen Zweigen der Wissenschaft und der menschlichen Tätigkeit, in der geistigen Bewegung, immense Fortschritte zu verzeichnen. Das ist kein Nachteil. Im Gegenteil, das ist nur ein Indiz, daß die Geschichte nicht aus lauter Varianten, sondern auch aus Konstanten besteht. Das Phänomen ist die Folge eines verborgenen Zusammenhanges, nämlich: dort, wo es um das Politische, um das Rechtliche, um das Staatliche geht, wird die Fundamentalstruktur des Menschen berührt. Einer der angesehensten österreichischen Verfassungs-

juristen unter den Praktikern, unser Nestor Egbert Mannlicher, der Mitschöpfer der Verwaltungsverfahrensgesetze und heute noch aktiver Rechtsanwalt, vormals Senatspräsident des Verwaltungsgerichtshofes, hat unlängst einen sehr schönen Satz geschrieben: „Merkwürdigerweise bleiben die Probleme der Politik, des Rechts, des Staates, der Macht immer dieselben, die Fragestellungen sind im Großen und Ganzen die gleichen, die Folgen der Fehler sind die gleichen, und auch die Versuche, diese Probleme zu lösen, bleiben gleich.“ Ähnlich äußert sich Helmut Coing („Naturrecht als wissenschaftliches Problem“, Wiesbaden 1965). Deshalb ist es, meine ich, methodisch richtig zu fragen: Was hält man vom Staat auch zu jenen Zeiten, die uns heute vielleicht nicht mehr so vertraut sind, zumal in jenen Zeiten das Fundament gelegt worden ist? Der zweite Grund ist, was fast alle Kulturphilosophen von Format heute versichern, ebenso reine Philosophen, Formallogiker, etwa Boheński, daß die Strukturverwandtschaft zwischen den Problemen der Gegenwart und den antiken und mittelalterlichen Phänomenen verblüffend eng ist: wir finden in manch einer Hinsicht leichter dort brauchbare Schemata als in unserer unmittelbaren Vergangenheit, in der Neuzeit.

Was ist der Staat?, fragt Kollege Leibholz allerdings, ohne auf die Antwort einzugehen. Freilich, man kann diese Frage nicht ins Blaue bohren, man muß unter einem *b e s t i m m t e n* Gesichtspunkt fragen: Was ist der Staat? Die führenden klassischen Theoretiker der Politik antworten darauf konkret, zunächst unter dem Gesichtspunkt des Modus. Ist der Staat eine Wirklichkeit (im Sinne Realität, nicht der Aktualität)? Ist der Staat ein *ens reale*? Oder ist er eine Fiktion, ein Gedankending, ein *ens rationis*, bloß ein Hilfsbegriff, eine Konstruktion?

Drei Gruppen von Antworten werden feilgeboten. Es scheint mir, von den Antworten gehen die Möglichkeiten aus, das Verbändeproblem und das Problem der politischen Parteien richtig zu sehen. Die eine Gruppe sagt, der Staat sei keine Realität; Realitäten sind bloß Substanzen, und nur das Individuum ist Substanz, füglich ist der Staat nichts anderes als eine Summe von Individuen. Das wäre, beiläufig umrissen, der Standpunkt des extremen Liberalismus. Einen anderen Standpunkt verfehlt, der alles Seiende in Relationen auflöst; weil aber der Staat das Gefüge von Relationen *per excellence* ist, erweist er sich als die einzige Vollwirklichkeit, dieweilen dem Individuum keine volle Wirklichkeit eignet. Die dritte Gruppe, sie versammelt die oben erwähnten klassischen Theoretiker, von denen zwei zu nennen reicht: Aristoteles und Thomas von Aquin: Ebendiese scheint mir diejenige zu sein, die uns heut-

zutage bei der Frage der politischen Parteien und Verbände das brauchbarste Deutungsschema zu liefern vermag. Sie sondert zweierlei Realitäten. (Das ist natürlich eine Frage der Kategorialanalyse, also eine ontologische Frage.) Der Substanz-Realität steht die relationale oder Beziehungs-Wirklichkeit gegenüber. Der Staat, antwortet diese Gruppe, ist keine Substanz-Wirklichkeit, kein Groß-Mensch, kein Über-Mensch; doch nichtsdestoweniger eine *eigenständige* Wirklichkeit, die sich gegen die Summe der Substanzwirklichkeiten der Individuen, die im Staat sich vereinen, abhebt. Der Staat tritt uns als Beziehungs-Wirklichkeit entgegen: solchermaßen als Wirklichkeit minderen Grades. Das heißt: die Einzelperson wiegt ontologisch schwerer als der Staat. Nur der Mensch ist *um seiner selbst willen* da (propter se ipsum existens, — so Thomas, aber längst vorher Sokrates, Plato, Aristoteles, Chryssippos, Cicero u. a.); kann Selbstzweck niemals reines Mittel (Objekt) sein, dieweilen der Staat sich niemals zum Selbstzweck verdichtet, allemal Mittel bleibt, wenn auch Mittel höchsten Ranges, ohne das das Dasein des Menschen sich nicht zu vollziehen vermag.

Warum schien mir das zu rekapitulieren wichtig? Weil gerade die Auseinandersetzung im 19. Jahrhundert mit dem aristotelischen und thomasischen Staatskonzept dahin ging, zu behaupten, Aristoteles kenne überhaupt keine Zwischengebilde, beschäftige sich erst gar nicht mit den Verbänden und mit den politischen Parteien, nehme bloß zweierlei: Staat und Individuum wahr (so etwa Otto von Guericke). Das enthüllt sich als grobes Mißverständnis. Im Gegenteil, Aristoteles behauptet ausdrücklich *Ὁ δὲ γίνεται πόλις ἐξ ὁμοίων*, mit anderen Worten, der Staat baut auf Zwischengebilden, auf Zwischenformen, wächst genossenschaftlich. Und diese Zwischenformen — seien sie nun Familien, seien sie Verbände oder politische Parteien — besitzen *eigene* Wirklichkeit, die sich zwischen das Individuum und den Staat schiebt. Sie sind ebenso Wirklichkeiten *von Natur* (*φύσει*, naturā), wie Staat und Gesamtvolk und die Öffentlichkeit (dazu vgl. *meine Arbeit*: „Öffentlichkeit als staatsrechtlicher Begriff“, in: Richter und Journalisten, Wien/Frankfurt/Zürich 1965) es sind; sie sind nicht bloß künstlich-willkürliche Gebilde. Sind sie aber von Natur, dann können sie nicht von Übel sein.

Zudem liefert uns die nämliche klassische Rechts- und Staatstheorie, die sich bis spät in die Neuzeit erstreckt, um zu den Engländern und Amerikanern abzuwandern, ein anschauliches Bild, wenn sie lehrt, der Staat füge sich aus *Form* und *Materie* zusammen. Das Volk und seine Gliederungen fal-

len unter den materiellen Aspekt des Staates, also auch die Parteien, Verbände. Das Recht hingegen ist der formale Aspekt des Staates: Das Recht prägt den Staat; das Recht ist ebenso der Prägstock der Gesellschaft, — nicht umgekehrt. Warum reicht diese Einsicht so weit? Weil man nicht behaupten kann, daß die politischen Parteien oder die Verbände oder die Familie dem Staat vorausgingen, weder rechtslogisch noch rechtsontologisch, — mögen sie ihm zeitlich noch so vorausgehen. Es gilt füglich allemal, die politischen Parteien und die Verbände und die Familie und die übrigen Zwischengebilde einzuordnen unter die Rechtsordnung des Staates, gemäß dem Derivations- und dem Delegationsprinzip, das erstaunlicherweise selbst von Thomas ausdrücklich herausgekehrt wird: Staat als Recht sei sozusagen das *contingens*, das andere sei das *contentum*: vgl. *Summa Theologica*: I^a 105, 6 co; auch in *Summa Theologica* I^a II^{ae} 95, 2; denselben Kom. E. N. V 12, Nr. 1023; ebenso im Sentenzenkom. III 37, 37, 3; vgl. Augustinus, *De libero arbitrio* I 50 (6, 15).

Die politischen Parteien und die politischen Verbände scheinen mir selbstverständlich unter der Herrschaft der Rechtsordnung zu stehen, sind aber in ihrer Struktur dem materialen Aspekt zugeordnet. Wie das Gesamtvolk, wie der Staat, so sind sie Beziehungswirklichkeiten, eigenständige Realitäten, wenn auch minderen Grades als der Mensch. Und das Recht ist der gemeinsame Aspekt für Staat und Gesellschaft. Ich würde sagen — was Sie, Herr Leibholz, ja implizit gemeint, obschon nicht ausdrücklich gesagt haben —, Staat und Gesellschaft sind nur je und je ein anderer Aspekt ein und derselben Sache, zwei Formalobjekte ein und desselben Materialobjekts. Je nachdem, wie und unter welchem Gesichtspunkt ich das nämliche Materialobjekt in den Blick nehme, zeigen sich auf der einen Seite: Volk und Staat, auf der anderen Seite: Gesellschaft. Und ich glaube, Sie, Kollege Leibholz, haben für die klassische Theorie überhaupt zu sehr den Unterschied zwischen Gesellschaft und Staat betont: diese sondert gar nicht in dieser Richtung.

Ich möchte noch einen Gesichtspunkt erwähnen. Sie, Kollege Leibholz, meinten, es gäbe Ansichten, die den Standpunkt vertreten, daß der Pluralismus ohne jeglichen *consensus omnium* auskommt. Ich weiß, das ist nicht Ihre Meinung, Sie haben diese Meinung ja selbst kritisiert. Das scheint mir auch sehr wichtig zu sein. Eine Gemeinschaft, vornehmlich der Staat, kann sich einfach nicht ohne einen Restbestand von *consensus omnium* behaupten; sie, vollends der Staat, kann sich weder konstituieren noch integrieren, ohne eine Wert-

formel gefunden zu haben, auf die alle Staatsgenossen sich einigen, die alle Staatsgenossen anerkennen: Darin besteht die *concordia* oder die *amicitia politica* —, ohne diese *amicitia politica* kommen wir nicht aus, sonst zerfällt einfach der Staat. Der Pluralismus setzt das Minimum einer Wertformel voraus.

Und dann das zweite Kritische: Wenn man das Politische und das Rechtliche einander gegenüberstellt, so vergißt man, daß eigentlich das Rechtliche und das Politische bis ins 16. Jahrhundert hinein — vor allem bei den Engländern (Sir John Fortescue) — einander an den Grenzen decken. Daß „rechtlich“ und „politisch“ dasselbe meint und zugleich das Öffentliche anspricht, hören wir aus dem Satz heraus: *Omnis politia ad bonum publicum et nulla ad bonum privatum* (Albertus Magnus). Unter diesem Gesichtspunkt soll man, wie Sie richtig meinten, die politischen Parteien und die Verbände auseinanderhalten.

Zum Kollegen Winkler möchte ich als Schluß anfügen: Während uns Herr Leibholz eine erfrischende Gartengesellschaft gegeben hat, hat uns Kollege Winkler eine zwar heilsame, aber sehr harte Kneippkur verabreicht. Ich darf nicht auf die sachlichen Gesichtspunkte eingehen. Kollege Winkler hat gemeint, es ginge nicht an, daß man die Verbände in die organmäßige Rechtserzeugung eingliederte. D. h., es wäre sinnlos oder falsch, die Verbände in eine Art Zweite oder Dritte Kammer einzubauen. Dennoch, früher oder später wird ein anderer Weg einfach nicht möglich sein; nur dadurch wird der Parlamentarismus neues Leben erlangen. Der Parlamentarismus lebt ja von den interessengegenseitlich einander gegenüberstehenden Kammern (Montesquieu, Kelsen). Dann, wenn in einer Art von Zweiter Kammer — wie im bayerischen Senat — andere Interessen sozusagen *ex cathedra* und von Natur aus vertreten sind als in der Ersten Kammer, erleben wir einen echten Parlamentarismus. So erschleichen sich natürlich die Interessentenvertreter, die in die Zweite Kammer gehören, alle Sitze in der Ersten Kammer des Parlaments. Wir stehen heute in einem entscheidenden Augenblick: Auf dem Korridor zur Macht — wie es Montesquieu und Carl Schmitt ausdrücken —, sind die politischen Parteien und die Verbände angetreten zum Machtkampf. Sollten die Verbände das Übergewicht gewinnen, fände der Staat sein Ende, — der Freistaat. Wir sollten alle wissenschaftlich und praktisch darauf hinarbeiten, daß die politischen Parteien ihre Existenz und ihr Übergewicht behalten, die von Natur aus auf das Ganze hingebunden sind; indessen ist es legitim, wenn die Ver-

bände ihre Partikularinteressen vorantreiben. Im Widerspiel geschieht Freiheit.

Dürig: Danke schön, Herr Marcic. Ich glaube, daß wir fortan staatsphilosophisch nicht weiter zurückzugehen brauchen als bis Rousseau ungefähr, der ja von einer phobie des groupements besessen war und so tat, als gäbe es zwischen Individuum und Staat gar nichts. Nun, wir wissen soziologisch: da gibt es eine Menge dazwischen, und unsere Aufgabe heute — Herr Leibholz hat das sehr schön gesagt — ist, diese Zwischenorganisationen, diese — wie wir es heute genannt haben — „Verbände“ nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern einmal juristisch — so sagten Sie wohl, Herr Leibholz — zu bewerten. Das ist eine Wendemarke unserer Staatsrechtswissenschaft; wir entreißen heute den Problemkreis dem Monopol der Soziologen und Politologen und versuchen, die Sache juristisch zu bewältigen.

Küchenhoff: Ich darf die konkret gestellte Frage nach dem bayerischen Senat rein rechtsdogmatisch beantworten. Es ist ja schon gesagt worden, daß nach der bayerischen Verfassung der Senat die Vertretung der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen Körperschaften des Landes ist. Es befinden sich darin Vertreter der Land- und Forstwirtschaft, der Industrie und des Handels, des Handwerks, der Gewerkschaften, der freien Berufe, der Genossenschaften, der Religionsgemeinschaften, der Wohltätigkeitsorganisationen, der Hochschulen und Akademien, schließlich auch der Gemeinden und Gemeindeverbände. Nach der bayerischen Verfassung hat der Senat gegenüber den Gesetzesbeschlüssen des Landtages ein Einspruchsrecht, welches überwunden werden kann durch einen erneuten Beschluß des Landtages. Der Form nach handelt es sich also um ein suspensives Veto. Der Sache nach baut — genauso wie beim Prinzip der Homogenität zwischen Landtag und Regierung anstelle eines Mißtrauensvotums — die bayerische Verfassung auf dem Gedanken auf, daß die Macht des Geistes auch etwas wert ist. Infolgedessen wird ohne eine sonstige Machtposition der bayerische Senat vom Landtag durchaus gehört; der Landtag hat sich, wie auch schon Herr Dürig sagte, dem Senat wiederholt angeschlossen. Dadurch, daß es sich um ein suspensives Veto handelt, sind die Argumente mobilisiert worden; je weniger Macht ein Gremium hat, um so mehr wird es geistig durch Argumente zu wirken versuchen. Im bayerischen Senat sind nun — abgesehen von den Gemeinden und Gemeindeverbänden, die zusammengefaßt sind auf der Grundlage des gemeinsamen Ortes (vgl. Art. 28 Abs. 2 des Grundgesetzes), — diejenigen Körper-

schaften vorhanden, die zusammengefaßt sind auf der Grundlage einer gemeinsamen Aufgabe, wie immer diese Aufgabe formal bewältigt wird — von Körperschaften des öffentlichen Rechts bis zu privaten Vereinen.

Dürig: „Aufgabe“ ist doch wohl sehr vornehm; „Interessen“ — sagen wir es doch!

Küchenhoff: Ich darf zunächst einmal bei „Aufgabe“ bleiben; zu den „Interessen“ komme ich sogleich. Der Ausgangspunkt ist für den Senat weder der Stand noch die reine Interessenwahrung. Durch die Frage wird das Problem von Herrn Leibholz unmittelbar berührt, ob es Interessenwahrungen gibt, bei denen man das Ganze, also das Gemeinwohl, nicht verwirklicht. Wir dürfen m. E. nicht vergessen die *Koinzidenz* der Interessen, auf die Ihering in seinem Werk „Zweck im Recht“ hingewiesen hat. Wenn man als Teil seinen Interessen besonders nachhaltig dient, so kann man durchaus in der Lage sein, zugleich das Ganze wirksam darzutun und zu bilden. Im übrigen hat Herr Leibholz völlig recht — ich darf das jetzt bloß am Rande erwähnen, weil ich zu dem gestellten Thema sprechen will: Art. 49 des Betriebsverfassungsgesetzes — also nach dem Selbstverständnis des Gesetzgebers eines Verfassungsgesetzes — bringt genau das, was Herr Leibholz sagte, nämlich Wahrung der Interessen von Arbeitgeber und Belegschaft, und nun wörtlich: „unter Berücksichtigung des Gemeinwohls“. Da kommt erstens einmal das „Gemeinwohl“ vor und zweitens genau in der Stellung, die Herr Leibholz uns nannte, nämlich als Rahmen, als *dirigistisch*.

Ich darf noch einmal zurückkehren zu den Interessenverbänden. Die Konzeption ist die folgende: Im Landtag kommt die Einzelperson zum Zuge, die natürliche Person. Im Senat kommt die Art von juristischen Personen zum Zuge, die gebildet wird durch die Gemeinsamkeit der Aufgaben oder — im obigen Sinne — der Interessen. Andere juristische Personen gibt es ja im Grunde nicht als entweder solche, die durch die Gemeinsamkeit des Ortes, oder solche, die durch die Gemeinsamkeit der Aufgabe gebildet und zusammengehalten werden. Abgesehen von den Gemeinden und Gemeindeverbänden ist der mit jenem suspensiven Veto im Gesetzgebungsverfahren ausgestattete Senat nun diejenige Kammer, welche gebildet wird aus Korporationen, aus Interessenverbänden von bestimmten Aufgaben her, aus Verbandsvertretern, die Glieder eines Staatsorgans und daher Staatsorganträger sind im Augenblick, wo sie im Senat sind. Das bedeutet praktisch, daß diese Persönlichkeiten

durchaus gehalten sind und sich kraft ihres Amtes gehalten fühlen, das Gemeinwohl zu bedenken und in den Vordergrund zu stellen, ohne ihre Interessen geradezu zu verraten. Es ist etwa dieselbe Situation für den bayerischen Senator wie für den langjährigen Verwaltungsbeamten oder Finanzbeamten, der Verwaltungs- oder Finanzrichter wird. Der bisherige Finanzbeamte denkt jedenfalls dann nicht mehr fiskalisch, wenn er Finanzrichter ist. Der Senator denkt nicht mehr interessenbeengt, sondern sieht die Interessen seines Verbandes *sub specie boni communis*.

Der Anruf an die Interessenvertreter, im Senat objektiv Staatsinteressen zu vertreten, verhält daher nicht ungehört. Man muß infolgedessen m. E. vorsichtig sein mit Verabsolutierungen, daß man sagt: Es sind Interessenverbände, nur Interessenverbände, und sie können nie Staatsorganträger werden. Man wird ja wohl nicht meinen, daß der bayerische Senat und die Regelung der bayerischen Verfassung ungültig ist. Es hat meines Dafürhaltens uns alle — ich weiß nicht, ob es Ihnen genauso ergangen ist wie mir — der Zusammenhalt der beiden Vorträge gelehrt, daß es eine ganze Fülle von Möglichkeiten gibt, wie sich Verbände zum Staat verhalten, entweder fern unter einer bloßen Verfassungsaufsicht (private Vereine, die nur aufgelöst werden können bei verfassungswidriger Betätigung) oder näher, jedoch nur unter einer Rechtsaufsicht (Rechtskontrolle, z. B. bezüglich der Gemeinden, aber auch bezüglich der heute schon genannten Sozialversicherungsträger). Wie die Tarifverträge sind beispielsweise zu werten die umfangreichen Vereinbarungen, die getroffen werden von den Verbänden der Orts-, Land-, Betriebs- und Innungskrankenkassen einerseits mit den Kassenärztlichen Vereinigungen andererseits. Aber nun das Interessante — und damit darf ich schließen: Es ist auffallend, daß diese Verbände als Körperschaften des öffentlichen Rechts arbeiten und stolz darauf sind, daß sie das sind. Dies bedeutet nicht nur, daß sie der Rechtsaufsicht des Ministeriums unterliegen, sondern daß sie eine Allgemeinverantwortung von vornherein mitbekommen.

Dürig: Vielen Dank, Herr Küchenhoff. Meine Herren, seien Sie nicht böse, wenn ich darauf insistiere, aber wir haben hier in Deutschland im geltenden Recht den einzigen Versuch, diese Interessenverbände einmal einzufangen in Form eines Verfassungsorgans.

Herr Zacher, Sie kommen aus Bayern und haben aber jetzt in Saarbrücken ein bißchen Abstand: Würden Sie den bayerischen Senat auch so positiv beurteilen wie Herr Küchenhoff?

Zacher: Sie sollen nicht mehr lange mit dem bayerischen Senat aufgehalten werden. Ich habe mich mehrfach damit befaßt und habe auch in der politischen Realität recherchiert, wie es mit dem bayerischen Senat steht. Ich möchte ganz kurz noch der Frage nachgehen: Wie hat sich das System bewährt?

Insgesamt ist die Wirkung des bayerischen Senats im Vergleich zu der Schwäche seiner Kompetenzen außerordentlich groß. Seine Gutachten finden eine — angesichts seiner sonstigen Position — unverhältnismäßig starke Berücksichtigung. Das kann vielleicht für das System sprechen. Aber die experimentelle Situation des bayerischen Senats — wenn wir sie mit den Möglichkeiten etwa im Bund vergleichen — ist nicht echt. Die vitalsten politischen Interessen, die wir haben, sind die ökonomischen; der bayerische Senat ist ganz überwiegend auch auf die ökonomischen Interessen abgestellt. Und gerade über die ökonomischen Interessen hat der bayerische Gesetzgeber, auf dessen Kompetenz der bayerische Senat ja beschränkt ist, kaum mehr etwas zu sagen. Wir können also keine allgemeinen Schlüsse aus der Wirkung des bayerischen Senats ziehen.

Daß neben dem Senat ganz starke Interessenvertretungen fortleben, gibt andererseits keinen Beweis dafür, daß das System vielleicht im Bund nicht zum Erfolg führen würde; denn die Interessenverbände sind ja schon notwendig, um die Interessen gegenüber dem Bund zu repräsentieren. Daß sie dann im Land nicht schrumpfen, versteht sich so gut wie von selbst.

Dann ein zweites: Sie haben gesagt, Herr Küchenhoff, daß der bayerische Senator wie ein Richter wirkt. Das kann ich nur unterstreichen. Allerdings steht ein ganz bewußtes Prinzip dahinter, das der Senat von Anfang an vertreten hat, das andererseits gerade die Wirkung, Interessenvertretungen aufzusaugen und sie zu neutralisieren, gelähmt hat. Der bayerische Senat hat das Persönlichkeitsprinzip ganz stark in den Vordergrund gestellt. Er wollte einen „senatorialen Typ“ schaffen. Im bayerischen Senat ist es verboten, „wir“ zu sagen. Die Vertretergruppen dürfen keine Fraktionen bilden. Die Sitzordnung folgt — glaube ich — dem Alphabet. Die Senatoren sitzen also nicht einmal nach Vertretergruppen. Keiner darf als Sprecher einer Gruppe auftreten. Das hindert natürlich andererseits, daß nun die Landwirte usw. hier eine komplette Interessenwahrnehmung haben.

Dürig: Also auch hier die Fiktion, Vertreter des ganzen Volkes zu sein.

Zacher: Genau. Nur als Grundlage soll die korporative Struktur im Volkskörper dienen; der Senator selbst soll nur kraft seiner Person diese Interessen, aus denen er kommt, noch wahrnehmen, aber nicht kraft seines Amtes, das er innehat.

Die Einwirkung auf den Landtag durch Interessengruppen und durch Interessenabgeordnete ist schon deshalb nicht erübrigt, weil der Senat eben so schwache Kompetenzen hat. Darüber hinaus konnte ich freilich beobachten, daß gelegentlich der Landtag Interessenvertreter und Interessen zurückweist unter Berufung darauf: Ihr könnt das ja im Senat geltend machen. Das ist so wie im Prozeßrecht: Wenn der Richter nicht in der Sache entscheiden will, dann macht er Prozeßhindernisse geltend, und wenn er in der Sache entscheiden will, dann übersieht er sie. So kann man sich ungefähr hier die Psychologie des Landtages vorstellen.

Eine gewisse Publizitätswirkung, wie die Interessen vertreten werden, ist natürlich dennoch erreicht. Auch eine gewisse Verantwortung gerade der Interessengruppen, hier Farbe zu bekennen, ist erreicht. Die Publizitätswirkung ist sogar relativ groß, weil auch die Ausschüsse des Senats öffentlich tagen. Darüber hinaus aber ist unter den Wirkungen des Senats sicher hervorzuheben, daß hiermit ein Staatsorgan geschaffen wurde, das das Mißtrauen, das der Parteidemokratie entgegengebracht wird, etwas auffängt, daß die gewisse Distanz vieler Leute, die die Parteien nicht mögen, zum Staat gemindert wird durch dieses zweite Organ. Hier ist immerhin ein Sachwalter von ganz anderer Struktur.

Nun aber noch etwas, was mir zu dem überzuleiten scheint, was Herr Geck schon hervorgehoben hat: die große Zäsur zwischen einem korporativ aufgebauten Staat, wie ihn uns eigentlich Herr Winkler vorgeführt hat, und einer verbandsweisen Interessenwahrnehmung, wie wir sie in der deutschen Terminologie bisher verstanden haben und wie sie ihren verfassungsrechtlichen Wert doch zunächst einmal aus der Vereinigungsfreiheit bezieht. Ich möchte an die Österreicher die Frage richten: Was machen Sie noch mit Ihrer Vereinigungsfreiheit, wenn alle Interessen durch öffentliche Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaften, mit öffentlicher Gewalt usw. wahrgenommen werden? Wir haben immer wieder dieses Problem, wenn bei uns etwas neu „verkammert“ wird, wenn neue Versorgungseinrichtungen geschaffen werden usw.: Wird hier nicht doch Art. 9 GG ausgehöhlt? Sicher wird diese Grenze sehr oft sehr weit vorverlegt. Aber in Österreich, so wie es heute dargestellt wurde, hätte ich unter dem Gesichtspunkt unseres

Artikel 9 GG doch Bedenken. Von daher nun zurück zum bayerischen Senat. Der bayerische Senat beruht nur auf Körperschaften, die sich frei gebildet haben. Die Körperschaften, die in den Senat entsenden, dürfen keine Zwangsmitgliedschaft kennen und keine öffentliche Gewalt haben. Die Entwicklung ist zwar auch hier dem bayerischen Verfassungsrecht davongelaufen; insofern als die Industrie- und Handelskammer und die Handwerkskammern mittlerweile bundesrechtlich auf der Grundlage der Zwangsmitgliedschaft geregelt wurden. Aber die Konzeption ist doch die, daß nicht auf Zwangskörperschaften aufgebaut werden soll, sondern gerade auf frei gebildeten Vereinigungen. Das hat z. B. bei den Vereinigungen der freien Berufe zur Folge, daß nicht die Ärztekammern und die Anwaltskammern in den Senat entsenden, sondern daß die freiberuflichen privatrechtlichen Vereinigungen in den Senat wählen.

Kafka: Ich habe zunächst eine Frage an Herrn Leibholz zu stellen. Mir ist nicht ganz klar, warum wir an diesem topos von Staat und Gesellschaft festhalten sollen. Wir haben dafür auch von Ihnen eigentlich nur Argumente historischer Pietät gehört. Ich bin zwar sehr für Pietät und Tradition, hätte aber doch gerne etwas rationalere Argumente vernommen.

Zweitens: Warum charakterisieren Sie die Verbände als partikulär, dagegen die Parteien, die doch schon dem Namen nach „partes“ sind, im Wettbewerb miteinander stehen und infolgedessen auch Gegner sind, als politisch? Wenn gesorgt werden muß für Stabilität der Währung und Vollbeschäftigung, warum ist es eine politische Frage, wenn sich die Parteien und die Regierung darum kümmern; warum ist es ein partikuläres Interesse, das geltend gemacht wird, wenn die Gewerkschaft oder der Arbeitgeberverband oder die Handelskammer daran interessiert sind? Sie haben gesagt — ich glaube, Sie richtig zu zitieren —, daß die Verbände gar keine andere Aufgabe hätten als die Verfolgung partikulärer Interessen. Nun ist es ja richtig, daß, wenn ich pars bin, eine beschränkte Funktion, einen beschränkten Wirkungskreis habe. Aber die Konsequenz Ihrer These müßte doch eigentlich sein, daß, wenn die Gewerkschaft sich um eine Existenzfrage der ganzen Nation kümmert wie die Vollbeschäftigung, sie ihren Aufgabenkreis überschreitet; und das könnte man dann sogar als einen Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art. 9 GG ansehen.

Drittens — das ist nun keine Frage mehr, sondern mehr eine Feststellung: Mir kommt vor, daß Sie die besondere Stellung der politischen Parteien in Art. 21 GG anders sehen, als

sie der Grundgesetzgeber gesehen haben wollte. Mir scheint es doch, daß es sich weniger um eine Privilegierung der Parteien handelt — eine Privilegierung genießen sie nämlich nur insofern, als sie nicht von der Verwaltungsbehörde, sondern nur vom Bundesverfassungsgericht aufgelöst werden können. Im übrigen wird ihnen ein ganzer Komplex von Pflichten auferlegt, die weiter gehen als die Vereinspflichten des Art. 9 GG.

Viertens: Sie haben wiederholt von Überfremdung bzw. Unterwanderung der Parteien durch die Verbände gesprochen. Das ist nur bis zu einem gewissen Grade richtig, aber nicht mit der ganzen historischen Wirklichkeit zu vereinbaren. Wenn wir zunächst einmal den Blick über den deutschsprachigen Raum hinaus streifen lassen, dann werden Sie beispielsweise in der englischen Labour Party eine politische Partei finden, deren wichtigste Mitgliedergruppe Verbände, nämlich die englischen Gewerkschaften, sind. Nicht einmal ein Sechstel ihrer Mitglieder sind Einzelmitglieder. Umgekehrt werden Sie in Österreich finden, daß eine ganze Reihe von Verbänden Zweckgründungen politischer Parteien sind.

Ich möchte also festhalten, daß wir sowohl Verbände als Parteigründer als auch Parteien als Verbandsgründer haben.

Schließlich noch eine kurze Anmerkung zum Referat Herr Winklers. Mir scheint, daß vielleicht ein Gesichtspunkt noch nachzutragen ist, nämlich, daß es zwar eine große Palette von Verbänden gibt und es daher den Anschein haben könnte, als ob nun wirklich jedes Interesse organisiert oder zumindest organisierbar wäre. Die eigentliche Schwierigkeit des ganzen Verbändewesens vom gesamtpolitischen Standpunkt aus liegt aber vielleicht darin, daß es Interessen gibt, die, ich möchte nicht sagen: ihrer Natur nach, aber unter den gegebenen sozialen Bedingungen nicht organisierbar sind. Ich nenne dabei etwa die Hausfrauen oder das Konsumenteninteresse. Es ist bei Ihnen wahrscheinlich nicht anders als bei uns, daß die Gewerkschaften auch das Konsumenteninteresse zu schützen vorgeben. Ob das aber wirklich stimmt — jedenfalls ist es nicht das Konsumenteninteresse rein als solches betrachtet. Und was die Hausfrauen betrifft: wir haben eben in unserem Europa das amerikanische Matriarchat noch nicht eingeführt, und infolgedessen sind die eigentlichen Hausfraueninteressen bei uns nicht organisierbar. Versuche sind nicht über relativ kleine Kreise hinausgekommen.

Es ist natürlich klar, daß, wenn bestimmte konträre Interessen nur auf der einen Seite organisiert sind, auf der anderen aber nicht, das Gegengewicht, das sonst im Verbands-

wesen so segensreich wirkt und die Funktionäre der Verbände zur Mäßigung zwingt, hier nicht gegeben ist.

Ehmke: Meine sehr verehrten Herren Kollegen! Herr Leibholz war so freundlich, sich auf einige Dinge, die ich einmal geschrieben habe, zu berufen. Ich lege Wert darauf, nicht für alle Folgerungen haftbar gemacht zu werden, die er heute daraus gezogen hat.

Zunächst glaube ich, daß es falsch wäre, das Problem „Staat und Gesellschaft“ in Form einer Verfallsgeschichte zu sehen, die man aus einem goldenen Zeitalter oder aus dem goldenen Westen ableitet. Die historische oder vergleichende Arbeit hat den methodischen Sinn, daß man sich bewußt wird, warum es bei uns eigentlich so geworden ist wie es ist.

Herr Leibholz, Sie haben nur die eine Seite behandelt, die Gesellschaft im Pluralismus, und ich teile Ihre Meinung, daß es etwas komisch ist, von denselben Leuten, die das Harmoniedenken in der Wirtschaft als Ausdruck eines altmodischen Glaubens ablehnen, im gleichen Atemzug diesen Harmonieglauben dann beim Pluralismus vorgeführt zu bekommen, in dem Sinne, daß sich alles schon irgendwie wieder zurechtschaukele. Aber nicht behandelt haben Sie — glaube ich — die „Staatsseite“. In beiden Referaten ist der „Staat“ eigentlich gar nicht vorgekommen, es sei denn, in irgendwelchen Umschreibungen, z. B. in der Umschreibung „Gemeinwohl“, das steht dann als Metapher für den „Staat“. Auch da ist ein eigenartiger Sprung. In Auseinandersetzungen mit der Naturrechtslehre werden viel Tinte und viel Scharfsinn darauf verwendet nachzuweisen, daß es ein ganz formaler Begriff ist und man also gar nicht weiß, was es inhaltlich ist. Andererseits scheut man sich nicht, als Gegensatz zum Pluralismus das „Gemeinwohl“ dann doch wieder heranzuziehen, obgleich der Begriff dabei nicht inhaltsreicher wird als bei Thomas. Und wenn man nach dem „Staat“ in seiner praktischen Funktion fragt — es ist ja mein alter Vorwurf gegen Sie, Herr Leibholz, daß Ihre Parteienstaattheorie im positivistischen Willensdogma befangen ist —, dann besteht die ganze Politik offenbar einfach in Willensbildung. Mir kommt diese Lehre von der Demokratie immer so vor — ich glaube das Bild stammt von Herrn Hennis —, als wenn man eine Betriebswirtschaftslehre schreiben würde, die nur das eine und einzige Kapitel mit der Überschrift „Mitbestimmung“ kennt. Aber irgendwie muß der Betrieb ja auch technisch laufen, es soll produziert werden, das gehört doch wohl auch dazu. Und daher bin ich für unser Problem der Meinung, man sollte zwar nicht abstrakt von „Staat“ sprechen, aber doch einmal

sehen, wie denn eigentlich heute die Lenkungs-, Leitungs-, Koordinierungs-, Führungsfunktionen organisiert sind, die zum modernen Staat gehören und die ja auch ein Opfer der deutschen Staatsmetaphysik geworden sind, weil nämlich diese Funktionen im corpus mysticum „Staat“ untergegangen sind. Was war es für ein Ereignis, als Smend und nach ihm Scheuner überhaupt den Begriff der Regierung — etwas was in angelsächsischen Ländern als „government“ nie untergegangen ist — wieder herausgearbeitet haben, und wie erstaunlich wird man belehrt, wenn man etwa heute Arbeiten liest wie Hennis' „Richtlinienkompetenz“ oder das interessante Buch von Böckenförde über die Organisationsgewalt oder die Arbeiten von Köttgen im 3. und 11. Band des Jahrbuchs. Ich habe mich gewundert, daß man das Problem „Staat und Verbände“ überhaupt nicht von diesem Gesichtspunkt, wie man organisiert und verfaßt sein muß, um handlungsfähig sein zu können, angesehen hat.

Dann teile ich die Meinung von Herrn Kafka, daß es nicht angeht, „gesellschaftlich“ und „politisch“ einander entgegenzusetzen. Die Parteien haben eine besondere Funktion. Aber die Tatsache, daß die Parteien in Art. 21 GG genannt sind, ist kein Grund, sie gewissermaßen an die Stelle des früheren absoluten Fürsten rücken zu lassen — wenn ich Herrn Leibholz recht verstehe, verkörpern die Parteien für ihn beinahe den Staat. Die Verbände sind ebenfalls in der Verfassung genannt, und wenn sie keinen Verfassungsorganstreit führen können, so liegt das nicht an den Verbänden, sondern am Bundesverfassungsgericht, das den Organstreit eben für die Parteien zugelassen hat. Gerade weil man mit den herrschenden negativen gesellschaftlichen Vorstellungen brechen muß, geht es nicht an, nur die Parteien herauszunehmen, im übrigen aber die Vorbehalte der alten Lehre gegen die „Gesellschaft“ auf die Verbände zu übertragen. Ist es wirklich eine Privilegierung, den Tarifpartnern die Lohn- und Preispolitik zu überlassen? Die Alternative wäre ja wohl, daß wir das durch Gesetz machen, und ich glaube, niemand denkt im Ernst daran, dieses Geschäft auf sich zu nehmen. Ich glaube, wir wären gar nicht in der Lage, das zu tun. Hier werden bestimmte Funktionen, die andere sind als die der Parteien, aber genauso öffentlich sind und genauso von der Verfassung angesprochen werden, von Verbänden wahrgenommen. Man sollte sicher vorsichtig sein, die zum Teil sehr extensive Grundrechtsinterpretation, die wir als Gegensatz zum „Dritten Reich“ heute erleben, auf diesem Gebiet noch besonders auszudehnen. Man muß dem Gesetzgeber und der Regierung genügend Spielraum

lassen — wie man das in den skandinavischen und den angelsächsischen Ländern auch tut —, um diesen Bereich, der den Tarifpartnern überlassen bleibt, weil sie ihn besser gestalten können, grundsätzlich in Ordnung zu halten. Aber wenn wir daran denken würden, die beliebigen Unternehmer oder die Beiräte, die Tarifpartner oder die sonstige gesellschaftliche Selbstverwaltung abzuschaffen, so würden wir den „Staatsapparat“ mit Aufgaben überladen, die er gar nicht erfüllen könnte. Wir wissen, daß heute bestimmte Gesetze ohne die Interessengruppen — Herr Kaiser hat es dargestellt — gar nicht erarbeitet werden könnten, weil wir das Material nicht haben, und daß bei der schlechten Gesetzgebung etwa die Lastenausgleichsnovellen gar nicht verständlich wären für den Bürger, wenn die Vertriebenenverbände das nicht alles einmal den Leuten ins Deutsche übersetzen würden. In der Betriebsjustiz, die von den Strafrechtlern mit geringen verfassungsrechtlichen Skrupeln behandelt wird, haben wir heute eine Gesellschaftsjustiz, die praeter oder contra legem gewachsen ist. Das ist eine Frage, die man nicht nach dem Motto, die Verbände sind „gut“ oder „schlecht“, behandeln kann, sondern bei der man prüfen muß, wieweit man die Verbände einbauen kann in Funktionen, die vom „Staatsapparat“ im engeren Sinne nicht wahrgenommen werden können, wenn man diesen Apparat nicht zum Zusammenbrechen bringen will. Ich glaube also, daß man bei aller Anerkennung der speziellen Funktionen der Parteien nicht grundsätzlich sagen kann, die Parteien gehörten zum „staatlichen“ Bereich und die Verbände nicht.

Ich habe große Bedenken, Herr Leibholz, Ihren Thesen zur Parteifinanzierung zu folgen.

Dürig: Vorsicht, Herr Ehmke, schwebendes Verfahren, am 9. 11. wird verkündet.

Ehmke: Der Fall ist sub judice, aber nachdem Sie, Herr Leibholz vorangegangen sind, will ich Ihnen gerne sagen, daß ich erhebliche Zweifel habe, ob und wie sich die Parteifinanzierung überhaupt rechtfertigen läßt. Es leuchtet mir nicht sehr ein, wie Sie jemand, der diese These vertritt, in die Nachbarschaft zur NDP bringen können, zumal Sie selbst wissen, daß die NDP nur mangels anderer Argumente ihre Anträge im Verfahren geändert und sich der Arndtschen Argumentation angeschlossen hat. Gerade vom „Parteienstaat“ her gesehen ist es doch die Frage, wieweit man die Spontaneität in diesen Verbänden erhalten kann. Wer die heute praktizierte Parteifinanzierung für unbedenklich hält, dürfte eigentlich auch keine

Bedenken tragen, den Parteisekretären Beamtenstatus zu verleihen, was Sie so entschieden abgelehnt haben. Ich bin der Meinung, daß es keineswegs ein Ausdruck undemokratischen, antiparteilichen, altliberalen, lebensfernen Denkens sein muß, der Parteifinanzierung kritisch gegenüberzustehen. Ich bin der Meinung, gerade aus der Funktion der Parteien und der Bejahung des Parteiwesens kann man diese Bedenken entwickeln, so daß ich also im ganzen sagen möchte, Herr Leibholz, daß ich den Folgerungen, die Sie gezogen haben, weitgehend nicht folgen kann. Ich muß sogar sagen, ich hatte zum Schluß den Eindruck, daß eigentlich das, was Sie vorher abgelehnt haben, nämlich der Unterschied zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“, nachher — Parteien an der Stelle des „Staates“ und Verbände an der Stelle der „Gesellschaft“ — in praktisch gleicher Gegenüberstellung wiedergekehrt ist und würde daher für eine differenziertere Sicht der Dinge plädieren. Ich hoffe, Sie nicht zu sehr mißverstanden zu haben.

Winkler: Meine Herren! Ich bin heute noch dem Vorstand dafür dankbar, daß er bei der Themenstellung eine so weite Toleranz gezeigt hat und mir und, wie ich glaube, auch Herrn Leibholz die Gretchenfrage danach, was der Staat ist, nicht vorgelegt hat.

Ich erinnere mich mit Vergnügen an ein Gespräch, das zwischen dem damaligen Bundeskanzler Raab und dem Vorsitzenden der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Strommer stattgefunden hat. Der Präsident der Landwirtschaftskammern hat vom Bundeskanzler verlangt, daß bestimmte Agrarsubventionen der Staat zahlen soll. Daraufhin fragte ihn der Bundeskanzler: „Sag' mir, wer ist denn der Staat?“ Daraufhin sagte der Vertreter der Präsidentenkonferenz: „Wenn Du's nicht weißt, soll ich's Dir sagen?“

Kurzum, Herr Ehmke, ich glaube nicht, daß die Frage sich nach dem Staat gerichtet hat und daß es unsere Aufgabe war, eine Begriffsanalyse zu geben. Ich habe mich ganz bewußt davon ferngehalten sowie auch davon, die Verbände begrifflich zu erfassen. Auf der einen Seite, weil ich mir der Schwierigkeit des Unterfangens bewußt war, und auf der anderen Seite, weil ich klar gesehen habe, daß die Dinge in Österreich anders liegen als in der Bundesrepublik Deutschland. Im übrigen aber möchte ich einige Vorwürfe, die Sie erhoben haben, zurückweisen. Der funktionelle Zusammenhang der Verbände zum Staat — scheint mir wenigstens — ist in meinem Referat weitgehend herausgestellt worden; viel mehr Grundsätzliches kann man gar nicht dazu sagen. Vielleicht aber ist Ihre Kritik darauf zurückzuführen, daß ich mich nicht klar genug oder zu rasch

ausgedrückt habe, so daß Ihnen das entgangen ist. Es wird in der schriftlichen Darstellung wahrscheinlich viel deutlicher zum Ausdruck kommen. Ich habe — wie Sie ja auch betont haben — die Exekutivfunktion der Verbände groß herausgestellt, im übrigen aber in diesem Rahmen die Seite der Selbstverwaltung, die Seite des übertragenen Wirkungskreises und darüber hinaus den unmittelbaren Anteil an der Regierungsfunktion formal, aber auch zum Teil inhaltlich durch die Fülle der Beispiele dargetan. Das Referat noch breiter anzulegen, als es ohnedies war — was mich übrigens mit Unbehagen erfüllt hat —, schien mir nicht zulässig.

Ermacora: Meine sehr geehrten Herren Kollegen! Ich muß mich doch der Meinung des Herrn Kollegen Ehmke anschließen, daß die beiden Referate noch einen Arbeitsbegriff oder zumindest ihren Arbeitsbegriff vom Staat und von den Verbänden hätten geben sollen. Übrigens glaube ich, daß das Material, das dargeboten wurde — und das beweist schon die bisherige Diskussion —, genug ist, um die Komplexität des Problemkreises zu erhellen.

Was nun dieses Verhältnis von Staat und Gesellschaft angeht — hier hat Herr Leibholz ganz treffsicher dieses Problem an die Spitze gestellt —, so ist es schwarz-weiß gemalt: Hier auf der einen Seite die kontinentale Auffassung und auf der anderen Seite die anglosächsische Auffassung gegenüberzustellen. Ich möchte darauf verweisen, daß es gerade die italienische Staatsrechtstheorie der Mitte des vergangenen Jahrhunderts gewesen ist — ich nenne hier die Namen Romagnosi, Mancini, Mazzini, Durante, und nenne in diesem Zusammenhang Raschhofer, der in einem Werk aus den Dreißigerjahren die Sache klargestellt hat —, die deutlich gemacht hat, daß der Staat als Funktion der Nation auftritt. Also schon damals wurde die Position gekennzeichnet, die Herr Kollege Leibholz nur der anglosächsischen Auffassung zugewiesen hat. Ich glaube, man hätte unbedingt erwähnen müssen — es scheint mir ein historisches Dokument zu sein — die Aussage einer der französischen Revolutionsverfassungen, die ausdrücklich ausgesprochen hat: Es gibt in Frankreich nur „la nation“ und nichts darüber hinaus; es soll in Frankreich keine Gemeinschaft unter der Nation geben.

Dieser Hinweis auf die historische Rechtslage wäre notwendig gewesen, um gewisse Hintergründe klarzulegen. Darüber hinaus wird man, wenn man das Verhältnis Staat und Gesellschaft — was ich durchaus als Grundlage für die Verbandsfrage ansehe — behandelt, unbedingt auf die marxistische These über dieses Problem eingehen müssen und hätte die

Hegelsche Position etwas anders sehen müssen. Wenn man die Hegelsche Rechtsphilosophie beachtet, wird man doch Klarheit gewinnen, daß dieser scharfe Bruch zwischen dem souveränen Staat und der Gesellschaft nicht besteht, sondern gewisse Funktionen den Ständen als vermittelnden Organe zugewiesen wurden. Im Liberalismus, selbstverständlich, und in seinem Höhepunkt Hans Kelsen, ist die scharfe Trennung Staat und Recht, Gesellschaft und Staat deutlich geworden. Man muß sich dieser theoretischen Grundpositionen bewußt werden, um dann zum Begriff des Verbandes vorzustoßen. Hier wird man notwendigerweise sehen müssen, wenn Herr Leibholz sagt, daß die Urheimat der Verbände die Gesellschaft ist, daß dort, wo die politische Partei auftritt, das vertikale Problem als Herrschaftsproblem da ist. Bei den Verbänden scheint das horizontale Problem zu bestehen. Es besteht aber nur dort, wo wir nicht so wohlorganisierte, staatlich organisierte Verbände haben wie in Österreich. Darüber hinaus wird man als Modell durchaus anerkennen, daß der Verband partikulare Zielsetzungen verfolgen muß, um Verband zu bleiben. Man wird jedoch am konkreten Beispiel des politischen Lebens — denken Sie in etwa an den politischen Streik, wo sich plötzlich der Verband dazu bestimmt sieht, nicht nur partikulare Interessen zu verfolgen, sondern darüber hinaus das gesamte Staatsgefüge aus einem konkreten Anlaß heraus zu beherrschen — die gegenteilige Tendenz erkennen müssen. Es zeigt sich in der Realität, daß die partikularen Interessen dann und wann wohl als Modellfall gelten könnten, aber die Verbände in Wahrheit, wie jede Machtgruppierung, mehr wollen, daß sie hinüberreichen in einen universelleren Anspruch und dadurch schließlich das gesamte Verbandsproblem zu einem Problem der öffentlichen Gewalt wird. Damit in bezug auf den einzelnen ein Problem der Grundrechte und in bezug auf den Staat und die politischen Parteien ein Problem der öffentlichen Gewalt und ein Problem der Konkurrenz zur politischen Partei. Ich glaube, das Verhältnis politische Partei und Verband hätte schärfer herausgearbeitet werden müssen!

Was schließlich am Referat meines Kollegen Winkler auffällig ist, ist, daß er die Summe der privaten Verbände in Österreich nicht genügend herausgestellt hat, so daß bei Herrn Kollegen Zacher die Auffassung entstehen mußte, als würde es in Österreich nur öffentlichrechtlich organisierte Verbände geben. Der Industriellenverband, der Gewerbeverein, der Verband der verschiedenen Holzunternehmungen, der Beamtenbund, dann die Fülle der Verbände, die außerhalb dieser konkreten Interessenlagen oder dieser allgemeinen Interessenlagen

stehen, der Verband der Besatzungsgeschädigten; und darüber hinaus, und das wurde von beiden Referaten nicht gehörig beachtet: die Mitwirkung der Verbände im internationalen Leben wäre hervorzuheben gewesen. Wenn Sie die Vereinten Nationen etwa beachten, da gibt es dort die „non-governmental organizations“. Das sind Verbände, die sehr wohl auch das innerstaatliche Leben erheblich beeinflussen können. Die Referate haben jedenfalls deutlich gemacht, wie komplex das Gesamtproblem ist. Sie konnten jedoch, wegen Mangel an Zeit, die ganze Komplexität des Problems nicht ausleuchten.

Dürig: Vielen Dank! Wir sind unseren österreichischen Kollegen sehr verbunden, daß sie im Grundsätzlichen bleiben und nicht, wie es nach dem materialreichen Referat Winkler nahe lag, in konkrete Zweifelsfragen des österreichischen Rechts einsteigen.

Rumpf: Meine sehr verehrten Herren! Ich möchte an drei Fällen die Problematik des Verhältnisses von Staat und Verbänden, das Gegenstand der beiden Referate gewesen ist, einmal kurz illustrieren. Es handelt sich um drei Fälle, in denen dieses Verhältnis in der Öffentlichkeit ganz besonders umstritten und kritisiert worden ist. Ich erwähne sie hier ohne Bewertung und auch ohne zeitliche Reihenfolge.

Sie alle erinnern sich, daß vor wenigen Monaten in der Bundesrepublik eine große Auseinandersetzung darum entstanden ist, daß eine unserer großen Parteien offensichtlich — jedenfalls sind entsprechende Pressemeldungen unwidersprochen geblieben — unter dem Druck der Gewerkschaften eine negative Haltung zur Frage des Notstandsrechts eingenommen hat. Ein anderer Fall: Als in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft die neue Agrarordnung und Agrarfinanzierung zur Debatte stand, glaubte die Bundesregierung, eine endgültige Entscheidung über ihre Stellungnahme nicht treffen zu können, ehe sie sich nicht mit dem Landwirtschaftsverband abgestimmt hatte. Der dritte Fall spielt in den Vereinigten Staaten von Amerika. Dort hatte noch Präsident Kennedy ein Abkommen vorbereitet, das gewaltige Weizenlieferungen an die Sowjetunion vorsah. Johnson führte dieses Abkommen aus und stieß dabei nicht nur in den parlamentarischen Körperschaften, sondern auch in der Öffentlichkeit auf starke Kritik. Einer der großen amerikanischen Gewerkschaftsverbände ging so weit, daß er einen Streikaufruf erließ, um den Hafendarbeiter zu verbieten, die Schiffe mit Weizen für die Sowjetunion zu beladen. Hier stellte sich für die amerikanische Öffentlichkeit und auch für die amerikanische Regierung das Problem:

Kann und darf eine Interessenvertretung, eine Berufsvertretung, eine große außenpolitische Entscheidung des Präsidenten inhibieren? Darf sie ihm in den Arm fallen?

Damit sehen wir die große Bedeutung, die die von Herrn Leibholz heute aufgestellte Unterscheidung zwischen legitimem und illegitimem Pluralismus hat. Mir scheint, in dieser Unterscheidung zwischen legitimer Teilnahme einer Interessenvertretung an der Politik der Gesamtheit und illegitimer Teilnahme der organisierten Interessen an der Willensbildung im Staat liegt die Kernfrage des Problems, die auch für die Praxis und für die rechtspolitische Erörterung immer mehr in den Mittelpunkt rückt. Was wir hier gehört haben an Vorschlägen und auch an Beispielen für die Integration der Berufsinteressen und Ständevertretungen in den Staat auf dem Wege von Kammern — Reichswirtschaftskammer, bayerischer Senat — und ähnlichen organisatorischen und Verfassungseinrichtungen, ist ja nur die eine Seite des Problems. Hier befinden sich die Verbände in der legitimen Ausübung ihrer Standes- und wirtschaftlichen Interessen. Dagegen gehen die von mir eingangs erwähnten Beispiele in den Grenzbereich dessen, was, wie ich auch vermute, Herr Leibholz als illegitime Interessenvertretung oder illegitimen Pluralismus bezeichnen würde. Allerdings zeigt sich hier auch gleich, wie ungeheuer schwierig es für den Juristen — nicht nur für den Theoretiker, sondern auch für den Praktiker, etwa den, der daran gehen wollte, in der Verfassungsgesetzgebung oder in der einfachen Gesetzgebung hier eine Abhilfe zu schaffen oder hier eine Grenze zu ziehen — sein muß, legitime und illegitime Interessen voneinander zu scheiden. Am einfachsten scheint es mir noch zu liegen im Falle der amerikanischen Gewerkschaften contra Präsident; denn hier ist ein gewerkschaftliches Interesse wohl kaum noch zu erkennen. Schwieriger schon wäre die Frage bei der Haltung des deutschen Gewerkschaftsbundes zum Notstandsrecht, wenn man diesen Herren Gutgläubigkeit in dem Punkte unterstellt, daß sie eben durch eine Notstandsverfassung vitale Interessen des deutschen Arbeiterstandes gefährdet glauben. Vom Standpunkt der staatlichen Gewalt wird man natürlich sagen müssen, es geht hier um Existenzfragen der Nation, und die Gewerkschaft hat damit ihre Grenzen überschritten. Noch weniger kann man das aber sagen hinsichtlich der Haltung etwa des deutschen Landwirtschaftsverbandes gegenüber der EWG-Regelung; denn hier ging es tatsächlich um landwirtschaftliche Interessen, wenn sie auch eine große politische und außenpolitische Auswirkung und Bedeutung hatten. Immerhin scheint mir die Crux der ganzen Problematik und Erörterung

darin zu liegen, im Einzelfall — und noch schwieriger wäre es natürlich generell und abstrakt — festzustellen, wo das legitime Anliegen einer Interessenvertretung oder eines Verbandes aufhört und wo er in die Sphäre seiner fachlichen Unzuständigkeit übergreift. Wahrscheinlich wird man auch mit Wirtschaftsräten, auch mit Senatsvertretungen und ähnlichen verfassungsmäßigen und rechtlichen Institutionalisierungen niemals ganz dieses Problem lösen können. Es wird sich normativ ebenso wenig lösen lassen, wie sich in der Verfassungsgeschichte der Vergangenheit, wie sich im absoluten Staat das Problem der *power behind the throne* jemals hat lösen lassen. Es liegt verführerisch nahe, den illegitimen Einfluß der Verbände zu vergleichen mit der Stellung, die im absoluten Fürstentum diese Mächte hinter dem Thron hatten; die Mätresse des Königs, der Beichtvater der Königin, der Bankier des Monarchen, mächtige Verwandte, alle solche Kräfte haben in der Geschichte die konstitutionellen Gewalten in außerkonstitutioneller Weise beeinflußt, und es war dagegen kein normatives Kraut gewachsen. Genauso wenig wird dagegen ein normatives Kraut wachsen, daß sich Regierungen, Beamte, die Bürokratie oder auch Parteien unter Druck setzen lassen, sei es mit der Drohung, daß Subventionen entzogen oder daß Wählerstimmen abwandern werden. Von seiten der Bürokratie bedarf es in jedem Falle eines großen Verantwortungsbewußtseins und eines großen Mutes, um jeweils das sachlich Richtige auch gegenüber solchen Verbandsinteressen durchzusetzen und sich daran zu halten.

Zum Schluß darf ich noch hinweisen auf eine Form, die die italienische Verfassung gefunden hat, um die wirtschaftlichen Interessen in die Staatsorganisation zu integrieren. Der Art. 99 der italienischen Verfassung von 1947 hat ein sogenanntes Auxiliarorgan, ein Hilfsorgan der Regierung geschaffen, das der Nationale Rat der Wirtschaft und der Arbeit heißt: *Il Consiglio Nazionale dell' economia e del lavoro*. Er ist zusammengesetzt aus Fachleuten und Vertretern der, wie es in der Verfassung heißt, *categorie produttive*, also der am Wirtschaftsleben beteiligten Kräfte der Nation, und zwar in dem Maße ihrer zahlenmäßigen und wirtschaftlichen Bedeutung, wobei das einzelne durch ein Gesetz geregelt ist. Die Aufgabe dieses Nationalrates der Wirtschaft und der Arbeit besteht nicht nur darin, Regierung und Parlament zu beraten, sondern er hat auch das Recht, Gesetzesinitiativen zu machen. Dieses Gremium hat in den letzten fünfzehn, zwanzig Jahren in Italien eine erhebliche Bedeutung gewonnen, besonders allerdings nach dem Jahre 1958, nach Fanfanis Regierungsantritt, als die Program-

mierung, die Planung in der wirtschaftlichen Gesetzgebung des Staates eine immer größere Rolle spielte.

Vielleicht sollte man tatsächlich, wie auch schon mehrere Vorredner hier empfohlen haben, den Verbänden diesen „outlet“, dieses Ventil, die Mitwirkungsmöglichkeit, institutionell geben. Vielleicht wird man dadurch auch das „Erschleichen“, wie es Herr Marcic nannte, von illegitimen Einflüssen weitgehend vorbeugend verhindern können. Ganz abwenden können wird man es nie. Immer muß man dabei an Verantwortungsbewußtsein und Mut der Träger von Legislative und Exekutive appellieren.

Dürig: Vielen Dank, Herr Rumpf. Das ist auch meine Meinung. Man muß irgendwie einen Weg finden, diese apokryphe Geschichte in die Publizität zu zwingen.

Ipsen: Die folgende Bemerkung, mit der ich auf mein Referat auf der Kieler Tagung für Rechtsvergleichung zurückgreife, betrifft eine Frage, die Herr Rumpf soeben angesprochen hat und in anderem Zusammenhang von Herrn Ehmke berührt wurde, wonach die Ansatzmöglichkeiten der Verbandseinwirkung primär auf die Exekutive und die Regierung zielen. Ich meine das Problem der wirtschaftspolitischen Willensbildung im Staat und jene ihrer Erscheinungsformen, die in jüngster Zeit in zunehmendem Maße mit dem Stichwort der „Wirtschaftsplanung“ in den Griff genommen wird, nachdem die Ökonomen — wie einer von ihnen gesagt hat — die bisherige Maskerade der gouvernementalen liberalen Marktwirtschaft desillusioniert haben. Es geht bei der Wirtschaftsplanung, also bei der Aufstellung und Verfolgung allgemeiner wirtschaftspolitischer Zielsetzungen, um die Frage, in welcher Rechtsform und in welcher Weise der Durchführung bestimmte kraft wirtschaftspolitischer Prognosen ermittelte Ziele zu realisieren sind. Und es fragt sich, welche Rolle in diesem Zusammenhang die Verbände spielen, also jene Organisationen des — ich darf die vorhin von Herrn Geck aufgeworfene Frage in meinem Sinne so beantworten — wirtschaftspolitischen Partikularinteresses privatrechtlicher Organisation, während ihre Einfügung in den öffentlichen Bereich nicht in unseren Fragenkomplex gehört. Wir wissen aus Erscheinungsformen der Planung der Wirtschaft, die im Auslande versucht worden sind — die französische planification ist das bekannteste Beispiel —, daß dort Verbandsorganisationen sowohl an der Prognoseaufstellung, der Planzielermittlung beteiligt sind wie auch an der Planziel-durchführung, während die Planzielentscheidung selbstverständlich eine Sache der Regierung oder, wenn die Verfassung

derartiges vorsieht, des Parlaments in gesetzlicher Form verbleibt. Wenn ausländische Erfahrungen uns aufgeben, ob solchen Beispielen zu folgen ist, stellen sich für mich vier Fragen rechtlicher Relevanz.

1. Durch die Beteiligung solcher Verbände der wirtschaftspolitischen Willensbildung eröffnet sich eine über den geltenden Verfassungsrahmen hinausgehende zusätzliche Möglichkeit eines zweiten Weges demokratischer Legitimation solcher Planungsentscheidungen, die nicht selbst die Gestalt gesetzlicher Verabschiedung erfahren. Das ist in nicht geringem Umfang der Fall. Unsere Wirtschaftspolitik wird in vielen Bezügen geplant, geordnet und geleitet ohne Inanspruchnahme des Gesetzgebers, also durch Richtlinie des Kanzlers oder andere exekutive Entscheidungen, auch Dispositionen in bezug auf die Haushaltsinitiative, so daß sich hier ein zweiter Weg demokratischer Legitimation derartiger Entscheidungen ergeben könnte.

2. Ein anderer rechtlicher Effekt, der damit verbunden sein könnte, besteht darin, daß die von derartiger Wirtschaftsplanung Betroffenen, also im weitesten Sinne alle diejenigen, die am wirtschaftlichen Prozeß, am Markt beteiligt sind, sich durch eine verbandsmäßige Mitwirkung an der Wirtschaftsplanung einer Planentscheidung unterwerfen können, der sie selbst im Entstehungsprozeß ihre Billigung gegeben haben — ein Gesichtspunkt, der in der französischen planification eine nicht geringe Rolle spielt. Das Problem besteht dann allerdings darin — und in diesem Zusammenhang ist Art. 9 GG mit Recht genannt worden —, in welcher Weise solche Verbände ihrerseits zur verbindlichen Mitwirkung legitimiert sind, wenn sie nicht über das Mittel der Zwangsmitgliedschaft verfügen und infolgedessen Gefahr laufen, auch über Außenseiterpositionen zu disponieren, die sie selbst in ihrer Organisation nicht erfassen. In diesem Zusammenhang ist jüngst von Schweizer Fachkennern darauf hingewiesen worden, daß bei einer derartigen verbandsmäßigen Mitwirkung an der Wirtschaftsplanung in der Schweiz die Figur der Allgemeinverbindlicherklärung gehandhabt worden ist, um auf diese Weise eine rechtliche Selbstunterwerfung zu ermöglichen.

3. Wesentlich ist weiter die Art der Durchführung derartiger wirtschaftspolitischer Planungen, weil diese mit rein staatlicher Apparatur nicht gewährleistet ist. Durch Mitwirkung der Verbandseinrichtungen könnten echte Selbstverwaltungselemente aktiviert werden, die auch im Rationalisierungseffekt einer solchen Planung zugute kommen.

4. Der vierte Punkt ist höchst problematisch: In jüngerer Zeit sind Erscheinungen aufgetreten, Entscheidungen der Exekutive

über wirtschaftspolitische Planungen zustande zu bringen durch Konsens oder vertragsartige Absprachen, Abreden, Paktierungen mit den in Frage stehenden Verbänden der Wirtschaft. Einen solchen Fall hat Herr Rumpf erwähnt, nämlich den Rehwinkel-Pakt mit dem Bundeskanzler über die Ausgleichung der Getreidepreisveränderungen im Zusammenhang mit dem EWG-Markt. Der zweite Fall ist die Absprache des Bundeskanzlers bzw. des BWM mit der Mineralölwirtschaft über die Selbstbeschränkung ihrer Einfuhren. Der dritte Fall — weniger bekannt, aber nicht geringer wirksam — ist die Absprache des BWM mit den Großunternehmen des Einzelhandels über die Drosselung ihrer Expansion in den Großstädten mit über 200 000 Einwohnern. Ich glaube, richtig informiert zu sein, daß die an diesen Absprachen beteiligten Verbände davon überzeugt sind, mit den zuständigen Instanzen der Regierung echte Verträge geschlossen zu haben, aus deren Wirksamkeit sich die Vertragspartner eines Tages vor staatlichen Gerichten wiedersehen könnten, wenn die staatliche Exekutive sich an die Absprachen dieser do ut des-Verträge nicht halten sollte. Wie weit sie vollziehbar sind und justitiabel werden könnten, brauche ich hier nicht aufzuwerfen. Das ist Ihnen allen hinreichend geläufig in seiner Problematik. Ich will hier nur andeuten, welche Haltung die beteiligten Wirtschaftsverbände einnehmen und wie sie diese Absprachen einschätzen. Hier stehen wir vor dem Problem — und das ist ein echtes Problem der Anerkennung der Staatlichkeit —, wie weit der Staat im Einsatz seiner eigentlichen Hoheitsmittel paktieren kann mit privaten Verbänden des wirtschaftlichen Bereiches, z. B. über die Bereitschaft, eine bestimmte Gesetzesinitiative zu ergreifen oder bestimmte Etatdispositionen für die künftigen Haushaltsjahre vorzusehen. Was den EWG-Getreidepreis angeht, wissen wir ja bereits, daß der Rehwinkel-Vertrag durch eine entsprechende Gesetzgebung des Bundestages honoriert worden ist — wobei ich mich frage, wie weit dieses Bundesgesetz den nächsten und den übernächsten Bundestag zehn Jahre lang bindet oder nicht.

Wenn Herr Krüger hier wäre, würde er sicherlich replizieren, darin läge eine Kapitulation des Staates, der ein solches Paktieren zuließe. Ich möchte die Frage ins Positive wenden und aufwerfen, ob in dieser neuen Realität der wirtschaftspolitischen Vertrags-Planung sich nicht ein legitimes Mittel anbietet, um einmal apokryphe, nicht offengelegte Einflußnahmen in den Rahmen rechtlicher Ordnung zu bringen und zum anderen den Verbänden die Möglichkeit zu geben, die von ihnen verfolgten partikularen Interessen, soweit die Regierung sie mit den allgemeinen öffentlichen Interessen vereinbar er-

achtet, durch einen derartigen Pakt öffentlich-rechtlich sanktionieren zu lassen.

Dürig: Vielen Dank, Herr Ipsen. Ihr Stichwort „wirtschafts-politische Planung“ erinnert mich an einen Gedanken, der mir heute eigentlich erst bei dem Referat von Herrn Leibholz gekommen ist. Es ist ja, meine sehr geehrten Herren, oft nicht so, daß der Staat kapituliert vor den massiven Egoismen und Interessen, sondern er kapituliert ja sehr oft auch vor dem Sachverstand dieser Leute. Wir sollten einmal eine extra Tagung machen über den Einfluß des Sachverstandes, des Sachverständigen auf Staatspolitik. Jeder, der Richter ist, weiß, wie ausgeliefert man diesen Leuten ist. Und in Exekutive und Legislative ist es oft nicht anders. Man kann eben keine Notarordnung machen ohne den Notarverband, und der vertritt natürlich seine Interessen. Und wenn Sie ein Hochschulgesetz machen gegen den Sachverstand der Hochschulen, dann geht das schief wie in Hessen.

Wacke: Meine verehrten Kollegen! Ich wollte in einer speziellen Richtung eine ganz bescheidene Ergänzung versuchen. Es war viel die Rede vom Verhältnis von Staat und Gesellschaft, und das ist es, was mich hier interessiert. Herr Leibholz hat dazu gesagt, daß er von Zweckverbänden speziellerer Art sprechen würde, am Eingang sagte er es. Trotzdem ist aber bei ihm und auch bei Herrn Winkler fast ausschließlich von den politischen Parteien und den großen Verbänden des wirtschaftlichen und sozialen Lebens die Rede gewesen. Im Vordergrund standen also Verbände, die handfeste eigene Interessen der Mitglieder verfolgen, und ihr Verhältnis zum Staat. Es ist durchaus verständlich, daß diese Verbände für uns verfassungsrechtlich besonderes Interesse erwecken. Trotzdem kommt mir die Überlegung, ob es nicht auch ganz andere Verbände gibt und ob nicht diese anderen Verbände doch das öffentliche Leben stark ergänzen und bestimmen, Verbände also, die keine egoistischen Interessen verfolgen. Warum eigentlich muß Interesse immer eigennützig sein?

Ich würde also sagen, wir haben bisher fast immer nur von einer Gruppe von Verbänden gesprochen, die wir als die egoistischen bezeichnen könnten, und man könnte diesen die altruistischen Verbände gegenüberstellen. Denken Sie nun nicht, meine Herren, daß ich von dem mageren Institut handeln will, das das bürgerliche Recht die Idealvereine nennt. Von diesen Idealvereinen sind zwar, wenn ich mich recht an meine juristische Jugendzeit erinnere, die wirtschaftlichen Vereine ausgeschlossen, nur die nicht wirtschaft-

lich, auch politisch oder sozialpolitisch arbeitenden Vereine werden darunter verstanden. Das meine ich aber weniger. Mich bewegt vielmehr die Frage: Wie stark wird doch das öffentliche Leben beeinflusst durch Verbände, die Aufgaben aufgreifen, welche der Staat nicht übernehmen will, zu denen er nicht kommt oder zu denen er erst sehr viel später kommt. Diese Seite der Sache sollten wir, glaube ich, auch ein wenig in unsere Überlegungen mit einbeziehen. Gehört haben wir bisher davon nicht viel, und im Schrifttum ist auch nicht viel davon die Rede.

Kürzlich hat unser nicht anwesender Herr Kollege Hans Peters — ich glaube, es war in der Festschrift für Nipperdey — einen Aufsatz geschrieben „Staatliche und öffentliche Aufgaben“, und ich glaube, das ist die jüngste Veröffentlichung zu diesem Thema. Er hat dort in einem interessanten dogmatischen Versuch vier oder fünf Stufen der öffentlichen Aufgaben aufgestellt, die allmählich in ihrer Staatsbezogenheit anwachsen, bis sie schließlich zu staatlichen Aufgaben werden können. Das erste Stadium ist dabei das freie Stadium von Vereinigungen, die sich mit Aufgaben befassen, welche der Staat vielleicht nur beobachtet oder auch nicht einmal bemerkt. Das zweite Stadium wäre das der staatlichen Überwachung, das dritte wäre vielleicht die staatliche Bezuschussung und damit folgende Rechnungskontrolle, und schließlich eventuell die Übernahme dieser öffentlichen Aufgaben als staatliche eigene Aufgaben. Der Ton lag bei dieser Abhandlung von Herrn Peters aber nicht bei den Verbänden; von denen ist dort kaum gesprochen worden.

Was mich nun zu meinem bescheidenen Beitrag hier drängt, ist das Gefühl, daß solche ideellen, uneigennütigen, altruistischen Verbände heute genau wie früher, vor hundert Jahren, oder noch mehr als früher die Aufgaben, die anzupacken not ist, eher erkennen als der Staat; daß sie den Veränderungen der heutigen Zeit, von denen wir immer wieder von den Soziologen hören, weit elastischer folgen können, als es die staatliche Verwaltung zu tun vermag; und daß sie schließlich den Staat hinter sich herziehen, wenn es ein so bedeutendes Gebiet geworden ist, daß der Staat meint, eingreifen zu müssen. Diese Behauptung müßte man nun belegen mit Beispielen. Es fehlt durchaus eine Übersicht auf diesem Bereich, und ich selbst kann auch diese Übersicht nicht bieten, will aber einige Beispiele, die mir eingefallen sind, ohne sie langweilen zu wollen, nennen. Ich betone, es sind rein privatrechtliche Vereinigungen und es sind auch nur Vereinigungen mit freiwilliger Zugehörigkeit.

Ganz kurz also ein Überblick: Als Fachleuten läge uns vielleicht nahe, ressortmäßig, von den Verwaltungsressorts aus, vorzugehen, wenn man einen Überblick gewinnen will. Ich lasse also Arbeit und Wirtschaft ganz beiseite (weil dort die egoistischen Verbände zu Hause sind). Ich lasse auch beiseite die Kirche mit ihren bedeutenden und vielseitigen Verbänden, weil sie uns ja vielleicht geläufig sind, und andere weltanschauliche Verbände.

Aber nehmen wir nun das Kulturressort, das Hochschulwesen. In den Worten des Herrn Vorsitzenden klang es gestern so an, als ob unsere bescheidene Vereinigung auch etwas an öffentlichen Aufgaben wahrnimmt; der Juristentag tut es ja wohl auch, der Hochschulverband, ein eingetragener Verein, der doch nicht glaubt, eine Gewerkschaft zu sein, ebenfalls, die Deutsche Forschungsgemeinschaft eV., die Max-Planck-Gesellschaft (wir haben in den letzten Wochen gehört, wie massive Forderungen diese Verbände angemeldet haben bei unserer Staatsleitung), der Stifterverband der Wissenschaft. Wir können auf das Gebiet von Kunst und Theater gehen. Wir wissen, daß viele Bühnen sich nur halten durch Volksbühnenvereine, viele Orchester durch Konzertvereinigungen.

Denken wir an die Schule und Pädagogik: Wie zeitig sind unsere modernen Schulformen entwickelt worden von maßgebenden Pädagogen, die sich immer dann für die Trägerschaft ihrer Schule eine Vereinigung gegründet haben, denken wir an Gustav Wyneken/Wickersdorf, denken wir an Hermann Lietz mit seinen Landschulheimen, denken wir an Kurt Hahn, Salem. Die Volkshochschulbewegung, das sind alles eingetragene Vereine; überall, in jedem Landkreis, in jeder Stadt haben wir Volkshochschulen. Denken wir in unserem Fach an die Verwaltungsakademien, die es überall in Deutschland als Vereine gibt, — nur dort nicht, wo ich herkomme, dort ist sie 1933 eingegangen — mit einem Bundesverband. Denken wir an Europa-Häuser, an Grenzschulheime, Rüstzeitenheime und was es mehr sein mag.

Ein weiteres Beispiel: das Jugendherbergswerk, ein eingetragener Verein, sein 50jähriges Jubiläum hat es vor einiger Zeit gefeiert, Millionen von Übernachtungen zählt es jährlich; dabei wird er mißbraucht durch den Staat, wenn dieser wochenlang Schulklassen mit Lehrern hinschickt — er müßte sich nämlich sonst selber solche Heime schaffen. Die Turnerschaft seit Turnvater Jahn; von den Sportverbänden war schon in den Referaten die Rede. Denken Sie auch an die Verbände für Kriegsgräberfürsorge.

Ich will Sie, wie versprochen, nicht langweilen. Ich komme auf das Gebiet der Fürsorge. Was die Caritas-Verbände leisten, ist so ungefähr ein Begriff. Von dem Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge war anlässlich des Jubiläums von Herrn Muthesius in diesen Tagen in den Zeitungen die Rede. Am meisten interessieren mich Verbände, die in jüngster Zeit aufgekommene Aufgaben aufgegriffen haben: der Alkoholmißbrauch — wie viele Verbände, Blaukreuz, Abstinenzvereine usw., sind dagegen gegründet worden.

Ich komme zu einem weiteren Gebiet: Entwicklungshilfe. Ich selbst habe an Tagungen privater Vereine über Entwicklungshilfe vor zehn Jahren schon teilgenommen, als der Staat überhaupt noch gar nicht daran dachte. Es gibt zahllose Verbände und Vereine, die dieses dringende Problem sich erarbeitet und damit in der Öffentlichkeit publik gemacht haben. Erst später nahm der Staat sich der Frage an; wir haben jetzt ein Ministerium für Entwicklungshilfe.

Das Ressort Verteidigung in dieser Richtung zu besprechen, ist in Deutschland aus manchen Gründen inopportun. So nehme ich die Demokratie der Schweiz und überlege mir, was die Schützenverbände dort leisten. Sie sollten dort einmal an einer Schützenkonkurrenz der Kantone mit dem Bund, an den Meisterschaften teilnehmen, mit einer riesigen Volksbegeisterung, mit den Reden der leitenden Männer: Übt schießen, schießen, schießen, dann kann Euch nichts passieren.

Das Gebiet der Finanzen: Seit der Bundeshaushalt so hoch ist, haben wir den Bund der Steuerzahler, der steuerpolitische Vorschläge macht und dem Staat auf die Finger sieht. Wir haben etwa ein Dutzend Institute für Finanzen und Steuern, die ähnliche Aufgaben als private Vereine erfüllen.

Ein weiteres Gebiet: Natur und Landschaft. Sie kennen alle die Naturschutzbewegung — ein gutes Beispiel, wie solche Verbandsarbeit den Staat mit seiner Gesetzgebung hinter sich herzieht. Aber es sind uneigennützigere Naturschützer, es sind Studienräte usw., die dieses auf ihr Panier geschrieben haben. Die Naturpark-Bewegung. Sehen Sie sich heute eine Karte an von Deutschland, auf der die Naturparke eingezeichnet sind. Es ist eindrucksvoll, was in den letzten Jahren aus ganz freier Initiative uneigennützigere Bürger entstanden ist. Ein altes Beispiel auf diesem Gebiet waren die Verschönerungsvereine, die Bänke aufstellten, die Naturfreunde, der Alpenverein mit seinen Berghütten, viele andere Berg- und Wandervereine, heute besonders der Harzklub, der

das Problem Wanderer und Auto beantwortet hat durch seine Ringwanderwege mit den Parkplätzen, die er überall geschaffen hat, damit man wieder zum Auto zurückwandern kann, somit also wieder eine neue Frage gelöst worden ist.

Und im Anschluß an den Alpenverein komme ich schon zum letzten Gebiet. Es ist eines, das man immer als unmittelbar staatliches angesehen hat, die Abwehr der Gefahren, um nicht zu sagen: die Polizei. Da sind uns alte Beispiele, wie die freiwillige Feuerwehr, bekannt, die die staatliche Feuerwehr stark entlastet, ähnlich die Wasserwehr, Tierenschutzvereine etwa oder Vereine gegen Vivisektion. Das sind doch öffentliche Aufgaben der Gefahrenabwehr, die hier freiwillig übernommen werden. Denken wir an das Rote Kreuz, an den Arbeiter-Samariterbund; deren Arbeit hat sich in den letzten Jahrzehnten auch gewandelt. Überall bei großen Katastrophen, bei großen Veranstaltungen erscheint er mit seinen Ambulanzen und sorgt dort für die öffentliche Ordnung und die Abwehr von Gefahren. Wie oft lesen wir, daß die Bergwacht einschreitet. Das sind Verbände mit Hunderttausenden von Mitgliedern, die nach ihrer stolzen jährlichen Erfolgsstatistik in Zehntausenden von Fällen einschreiten und leichtsinnig in die Berge gegangene Bürger herunterholen. Aber das alles entstand auch erst in den letzten Jahrzehnten, als diese Gefahren hervorgetreten sind. Ähnliche Aufgaben erfüllt die Wasserwacht, ferner die Lebensrettungsgesellschaft (DLRG), die an den Flüssen und Seen ihre Wacht hält, die Schiffbrüchigen-Gesellschaft, das Technische Hilfswerk (Technische Nothilfe) usw.

Um auf das Gebiet des Straßenverkehrs zu kommen, da kennen Sie alle den ADAC, den AvD usw., die ganz neue Arbeitsformen gegründet haben: die Bundesverkehrswacht eV. und die ADAC-Straßenwacht mit hunderten von Wagen, eine eminent polizeiliche Aufgabe, die hier freiwillig übernommen worden ist. Der Schülerlotsendienst, der unsere Kinder davor bewahrt, auf dem Weg in die Schule in Gefahren zu geraten. Und schließlich die Lärmbekämpfung — gegen diesen modernen Teufel, der uns alle in den Großstädten plagt. Es haben sich viele Verbände gegründet, ein großer Arbeitsring für Lärmbekämpfung ist entstanden, der das zu lösen zu seiner Aufgabe gemacht hat.

Meine Herren, das war nur ein schwacher Versuch eines kleinen Überblickes. Alle diese Verbände erfüllen zwar öffentliche, jedoch nicht staatliche Aufgaben. Aber sie sind trotzdem für den Staat von Belang. Zumeist müßte der Staat in diese Dinge eintreten, wenn die Verbände die

Aufgaben nicht erfüllen würden, oder jedenfalls sehr häufig müßte er das tun. Sie entlasten also den Staat erheblich. Sie verdienen sich daher Dankbarkeit. Sie zeigen schließlich auch dem Staat eigene Aufgaben, wenn die Verbände zu schwach sind, und beeinflussen die Gesetzgebung. Ich möchte dabei nicht, daß ein Mißverständnis aufkommt: Ich habe nicht von Verbänden gesprochen, die der Staat etwa mit eigener Hoheitsgewalt belehnt. Das ist eine ganz andere Frage.

Im Ganzen finde ich, daß es für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft doch etwas beruhigend und tröstlich ist, wenn man einmal diesen Aspekt der Seite sich ansieht. Unsere Gesellschaft ist oft totgesagt worden. Es ist gesagt worden, sie sei funktionslos geworden; sie habe keine eigenen Kräfte mehr. Ich meine, die von mir gezeigten Beispiele zeigen, daß das nicht der Fall ist. Unsere Gesellschaft ist nicht so impotent, wie man sie oft hingestellt hat. Sie erfüllt auch heute noch die echten Aufgaben einer staatsfreien Gesellschaft; aus freier Initiative der Bürger werden Aufgaben aufgegriffen, die auf den Nägeln brennen und die gelöst werden müssen.

Und diese Bürger tun das unter Einsatz ihrer eigenen Person, unter Einsatz ihrer eigenen Mittel, unter Einsatz ihrer eigenen freien Zeit. Die Bergwacht-Männer, das sind keine bezahlten Leute, das sind zumeist Großstädter, die herbeieilen in Katastrophenfällen oder sich in ihrem Urlaub auf den Hütten bereithalten. Sie bilden in diesem Einsatz durchaus ihre eigene Persönlichkeit. Wenn man sie fragt, was sie sind, dann sagen sie nicht „Bankangestellter“ oder „Drogist“, sondern sagen: „Ich bin Bergwacht-Mann“ oder „Ich bin Lebensretter“.

Ich meine also, daß die Gefahren des öffentlichen Lebens, die wir heute sehen, hier durchaus in befriedigender Weise von Seiten der Verbände altruistischer Art, über die ich gesprochen habe, aufgegriffen werden, daß diese Gefahren früher von ihnen erkannt werden als vom Staat, daß die Abwehrkräfte der Gesellschaft nach wie vor da sind bei uns und sich entwickeln, wenn das moderne Leben das nötig macht. Zugleich drängen diese Verbände den Staat wohl auch vielfach zurück. Sie unterstützen die Devise „So wenig Staat wie möglich“ und geben einen kleinen Trost in dem sonst zu bemerkenden Anwachsen des totalen Verwaltungsstaates.

Dürig: Vielen Dank, Herr Wacke, für Ihr sympathisches Plädoyer für die altruistischen Verbände, die in der Tat in

der Diskussion stets zu kurz kommen. Aber es ist wie in der Medizin, wirklich interessant sind halt die pathologischen Fälle.

Schüle: Meine Herren Kollegen! Was ich ausführen wollte, hatte ich schon überlegt, ehe mein Vorredner, Herr Kollege Wacke, gesprochen hat. Schon heute früh hatte ich das Gefühl, daß wir über den e i n e n Begriff unseres Themas, nämlich die „Verbände“, noch weniger Klarheit haben als über den Begriff des Staates. Aus diesem Grunde bin ich der Meinung, daß man zunächst einmal überlegen muß, durch welche Art von Verbänden die Problematik unseres Themas aufgeworfen wird. Herr Wacke hat gemeint, er habe dazu einen schwachen Überblicksversuch gegeben. Ich finde, daß das ein recht kräftiger Versuch war, er hat uns jedenfalls in weitem Umfang gezeigt, was es alles für Verbände gibt. Ich möchte — natürlich ohne ihn verletzen zu wollen — sagen: das alles interessiert hier im Grunde nicht. Denn wesentlich sind allein diejenigen Verbände, von denen Macht auf den Staat ausgeübt wird. Was Herr Wacke überwiegend angesprochen hat, das ist der große Bereich des Art. 9 Abs. 1 und 2 GG. Und wenn man sich hier näher umsieht, so meine ich, daß alles, was auf dem Gebiet des sozialen Zusammenlebens, der menschlichen Geselligkeit, der kulturellen Bestrebungen, des Naturschutzes usw. genannt worden ist, nicht das Zentrum der Dinge darstellt. Dieses liegt m. E. vielmehr bei der Wirtschaft, und zwar bei ihr im weitesten Sinne, nicht nur der gewerblichen Wirtschaft, sondern selbstredend auch bei der Landwirtschaft, dem Handwerk, den Banken und was dergleichen mehr ist. Dabei finden sich wiederum verschiedenartige Gruppen, die auseinander gehalten werden müssen und über deren Funktion und Bedeutung im Rahmen unseres Themas gewisse Feststellungen zu treffen sind.

Einmal sind es — historisch gesehen — zunächst die K a m m e r n gewesen, die als offizielle Wirtschaftsvertretungen entstanden sind, die öffentlich-rechtlich und nur in der amerikanischen Zone nach dem letzten Kriege zeitweise privatrechtlich organisiert wurden, um dann wieder in den alten Status überführt zu werden. Die Kammern, ob das nun Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern oder andere sind, sind jedoch nicht die für uns eigentlich problematischen Organisationen. Infolge der Staatsaufsicht, alter Traditionen und verschiedener anderer Faktoren sind die Kammern immer irgendwie regierungsnah und damit sozusagen „regierungsungefährlich“. Das ist nicht kritisch gemeint, sondern in meinen Augen ein Positivum. Wegen der Zwangsmitglied-

schaft und der gesicherten Position der leitenden Funktionäre liegt hier die Möglichkeit einer allgemeinwirtschaftlichen Orientierung sehr viel näher als irgendwo sonst im Verbandswesen. Nach der Erfahrung der letzten 20 Jahre bei uns wird man kaum sagen können, daß von seiten der Kammern ein irgendwie illegitimer Einfluß auf das Wirken des Staates und seiner Regierung ausgeübt worden ist.

Als zweites sind die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände entstanden. Auf diesem Gebiet, so ist mein Eindruck, sind die Arbeitgeber für uns auch nicht allzu bedeutsam (ganz im Gegensatz zu den Gewerkschaften), und zwar deswegen, weil die Unternehmensleitungen ja neben dem Bereich der Löhne und Gehälter noch die wirtschaftspolitischen Verbände haben, jene dritte Gruppe, die erst in der Weimarer Zeit so hervorgetreten ist, die in der heutigen Praxis nach meinem Urteil die entscheidende Rolle spielt und die damit auch für die gegenwärtigen Überlegungen die entscheidende Problematik abgibt. Unter ihnen hat man wiederum zu scheiden zwischen den kleinen und den großen Verbänden. Das ist natürlich eine etwas grobe Sonderung, aber z. B. der Verband der Peitschenhersteller, dem ich einmal begegnet bin und der leider eingegangen ist, weil eben heute keine Peitschen mehr gebraucht werden, dessen Gewicht gegenüber einem Reichsverband der Deutschen Industrie oder dem heutigen Bundesverband der Industrie — das kann man doch überhaupt nicht im gleichen Atemzug nennen! Worum es also m. a. W. geht, das ist der wirtschaftspolitische Großverband, der entweder fachlich oder über umfassende Wirtschaftszweige hin organisiert ist und der sich bis zu den jeweiligen Bundesverbänden aufbaut: das sind Interessenverbände, und zwar Interessenverbände in dem Sinn, daß sie das Eigeninteresse, das eigene wirtschaftliche Ergehen in dubio in den Vordergrund stellen — sicherlich in vielen Fällen auch aufgeschlossen den gesamtwirtschaftlichen sowie den staatspolitischen Belangen, aber im Grunde doch eindeutig orientiert, wenn nicht am eigenen Nutzen, so doch am eigenen Interesse.

Von hier aus ergibt sich nun eine weitere Überlegung: Wo setzt eigentlich ein solcher Verband gleichsam den Hebel an? Herr Leibholz ist am Ende seines Referats auf das Thema der Mandatsbesetzung und der Unterwanderung der Fraktionen und politischen Parteien eingegangen. Aber im Grunde ist das — Herr Ehmke, Sie haben das ja sehr richtig gesagt — doch nicht das Entscheidende. Wenn man in wirtschaftspolitischer Hinsicht etwas erreichen will, geht man vor allem

anderen zur Exekutive, man orientiert sich etwa beim Referatsleiter, versucht die nächsthöhere Stufe, schließlich den Minister zu gewinnen, vielleicht sogar den Regierungschef. Ich meine also, der wirkliche Adressat der wirtschaftspolitischen Einflußnahme ist eher die Exekutive und weniger das Parlament, wobei ich nicht übersehe, daß es die sogen. Lobbyisten gibt; aber sie betätigen sich ja nicht nur gegenüber den Mitgliedern der parlamentarischen Körperschaften, sondern eben gerade auch gegenüber den Ministerien und der Regierung.

Die beiden Seiten, die bei einer solchen wirtschaftspolitischen Einflußnahme auf den Staat beteiligt sind, sind von höchst verschiedener Qualität. Da ist zunächst einmal der schon öfter vermerkte Sachverstand. Jeder, der in der praktischen Wirtschaft steht, täglich „an der Front“ seine Geschäfte machen, seine Erzeugnisse produzieren und absetzen muß usw., der versteht sachlich a limine mehr als der Gesprächspartner innerhalb der staatlichen Organisation. Auch die ganze Struktur der beteiligten Personen ist von Grund auf verschieden: der bürokratische Beamte — ich bitte, das im guten Sinne zu nehmen — auf der einen und der drahtige, auf Erfolg erpichte, initiative Verbandsvertreter auf der anderen Seite. Die Verbandsvertreter sind in zahlreichen Hinsichten, bei der Vorbereitung, der Durchführung usw., einfach schneller, für die praktischen Zwecke besser und damit natürlich auch irgendwie unentbehrlich. Die staatlichen Instanzen hinken leider auch sehr oft nach. Ich erinnere dafür etwa an das Gastarbeiterproblem, das für die Wirtschaft fast über Nacht zu einem enorm bedeutenden Anliegen geworden ist. Es war schon von ihr weithin in Gang gebracht, als sich der Staat mit seinen Arbeitsämtern, auch mit dem Abschluß von zweiseitigen Abkommen usw. eingeschaltet hatte — fördernd zweifellos, aber doch nicht das Wesentliche bestimmend, sondern mehr in der Art einer Nach- und Mithilfe. Wenn man sich derartiges vergegenwärtigt, dann muß als Kernpunkt unserer ganzen Problematik die Frage dahin gestellt werden, ob und inwieweit es gelingt, den Willen der staatlichen Instanzen durchzusetzen und den der drängenden, impulsiveren, z. T. sogar mächtigeren Kräfte der Wirtschaft zu bändigen. An dieser Stelle liegt unser Problem, allein dort wird das ganze Verhältnis zwischen Staat und Verbänden verfassungstheoretisch und verfassungsrechtlich akut. Auf welche Weise nun diese Bändigung, mindestens Kanalisierung, herbeigeführt werden kann, das ist sicherlich keine einfache Sache. — Ich sage ganz offen, Herr Dürig: Ich halte nicht viel von Versuchen einer organisierten Wirtschaftsvertretung etwa nach

der Art eines Bundeswirtschaftsrats. — Die Erfahrungen mit dem Weimarer Reichswirtschaftsrat haben doch wohl gezeigt, daß diese Einrichtung nicht eben geglückt war — die Gründe würden hier zu weit führen. Ich meine vielmehr, man muß irgendwie von den Kriterien ausgehen, die auch im Antikartellrecht eine Rolle spielen: Marktbeherrschung dort, Politikbeherrschung hier. Freilich, einen Markt kann man noch bis zu einem gewissen Grade erfassen und sagen, 20 %, 40 % gehen noch an, wenn es aber 60 % sind, dann ist das Maß überschritten. Aber gleichviel, der Sachverhalt ist im Grunde ganz der gleiche: Dort im freien Spiel der wirtschaftlichen Vorgänge, hier gleichsam im Widerspiel der Wirtschaft gegenüber dem Staat sollen nicht Machtpositionen erwachsen, die in einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung illegitim sind und die man aus diesem Grunde einzufangen, auch einzudämmen, mindestens publik zu machen versuchen muß.

Wenn ich noch mit einem Wort auf das Referat von Herrn Kollegen Winkler zurückgreifen darf: Ihre Reformvorschläge habe ich mit Interesse gehört und bin zutiefst überzeugt (auch als Ausländer darf ich das vielleicht sagen), daß in Österreich unter den bisherigen Umständen kaum Aussicht besteht, von seiten der staatlichen Instanzen mit den uns beschäftigenden Problemen fertig zu werden.

Seidl-Hohenveldern: Ich wollte nur ganz kurz etwas aus meinem persönlichen Erleben als seinerzeitiger Beamter im österreichischen Bundeskanzleramt zur Illustration der Schwierigkeiten sagen, die sich beim Abschluß des ersten Lohn- und Preisabkommens ergaben, das Herr Winkler eingangs in seinem Referat erwähnt hat. Das ging so vor sich, daß sich in einer wirtschaftlich sehr schwierigen Zeit eines Tages der Präsident des Gewerkschaftsbundes mit den anderen Verbandsspitzen zusammensetzte unter völligem Ausschluß der Regierung und natürlich auch des Parlaments. Diese Herren erreichten eine Einigung, präsentierten sie — ich glaube, es war ein Montag — der Regierung. Die Beamten hatten Bedenken, die Parlamentarier hatten Bedenken. Alle diese Bedenken wurden mit dem Argument niedergewalzt: Wer wagt es, dieser Einigung, die wir als die vernünftigen Sachkenner gefunden haben, zu widersprechen? Können Sie die Verantwortung übernehmen, hier nein zu sagen? Das Resultat war, daß am Mittwoch das gesamte Paket dieser Gesetze durch beide Häuser des Parlaments genehmigt war.

Diese Erinnerung zeigt die Gefahr eines solchen Vorgehens. Ich bin kein so großer Pragmatist, daß ich sagen würde, es sei ganz gleichgültig, wie eine Einigung erzielt wird, Haupt-

sache sei, es werde eine vernünftige Einigung erzielt. Vom Standpunkt des Rechtsstaates und des Verfassungsrechts kann man derartige Dinge natürlich nur mit einigem Unbehagen betrachten. Sie beweisen die Nützlichkeit der Reformvorschläge, die Herr Winkler machte. Hier soll versucht werden, diese Kräfte einerseits an die Kette zu legen, sie aber andererseits dennoch in einem vernünftigen Maße für das politische Leben nutzbar zu machen. Ich möchte jedoch zur Debatte noch die Frage beisteuern, ob durch eine Institutionalisierung dieser Kräfte nicht gerade die Kompromißbereitschaft derartiger Verbände, sich gegenseitig Zugeständnisse zu machen, leiden würde. Ich bin überzeugt, daß mit ein Motiv für die Einigung unter den Verbandsspitzen über das Lohn- und Preisabkommen die Überlegung war: Wir machen etwas, was vernünftig ist, was aber nirgendwo vorgesehen ist. In dem Moment nun, in dem man — was vom Standpunkt des Rechtsstaates aus sicherlich begrüßenswert wäre — hier Verfahrensordnungen vorschreibt, öffentliche Beratungen vorsieht, Kompetenzen abgrenzt usw., fürchte ich, daß gerade diese Dinge, die im Interesse der Zählung, der Verrechtlichung dieser Tendenzen notwendig sind, die sachliche Einigung über solche Interessengegensätze erschweren dürften.

Vogel: Herr Wacke hat soeben von denjenigen Verbänden gesprochen, welche bestimmte im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben wahrnehmen. Ergänzend sollte vielleicht kurz noch daran erinnert werden, daß es auch Verbände gibt, die zwar nicht derartige praktische Aufgaben wahrnehmen, sondern durchaus in der Art von pressure groups „Interessen“ vertreten, deren Besonderheit aber darin liegt, daß diese Interessen keine partikularen Interessen, keine „gesellschaftlichen“ Interessen im Sinne des Hegelschen „Systems der Bedürfnisse“ sind, sondern Allgemeininteressen — oft freilich wohl nur vermeintliche Allgemeininteressen —, ich will gar nicht unterstellen, daß es gelegentlich etwa auch nur das Publizitätsinteresse ihrer Funktionäre sein könnte. Stichwort: Aktion Saubere Leinwand oder, wenn Sie eine stärkere Institutionalisierung verlangen: der Volkswartbund. Nur eine kurze Frage hierzu an die Herren Referenten: Gehören diese Verbände nicht auch zum Thema? Wenn ja, wo sehen Sie ihren verfassungstheoretischen Ort?

Herrfahrdt: Bei den Ausführungen von Herrn Leibholz habe ich mich öfters gefragt: Gegen wen polemisiert er eigentlich? Gibt es überhaupt Leute, die das vertreten? So etwa die These, daß an die Stelle der bisherigen staatlichen Ordnung eine Ordnung lediglich getragen von Verbänden treten könnte. Es

hängt wohl damit zusammen, daß Herr Leibholz im ganzen immer begrifflich starke Gegensätze herausgestellt hat, was für die Diskussion ja ein großer Vorteil ist. So zu Anfang mit der Gegenüberstellung „Staat und Gesellschaft“ in der deutschen Literatur, verglichen mit der englischen Auffassung des Staates als Funktion der Gesellschaft. Nun hat aber keineswegs das Problem Staat und Gesellschaft unsere Staatsauffassung im ganzen charakterisiert. Das, was Herr Leibholz mit Recht an der britischen geistesgeschichtlichen Entwicklung lobt, daß das mittelalterliche Bild niemals ganz verloren gegangen ist, hat es bei uns doch auch gegeben. Wir haben in der ganzen Zeit eine deutsche Rechtsgeschichte gehabt, in der etwa von Gierke das deutsche Genossenschaftswesen herausgearbeitet worden ist, die Vielfalt, der große Reichtum unserer Kultur infolge der Differenzierung in den Stämmen, aber diese Differenzierung notwendig begleitet von einer Integrierung: der Fürst als Wahrer von Recht und Frieden. Es hat bei uns — vor allem in der katholischen Staatslehre — auch das mittelalterliche Bild der verschiedenen Glieder am Leibe Christi weitergelebt. Vor allem in unserer Staatswirklichkeit — wenn wir an Bismarck denken — ist es einerseits selbstverständlich, daß das ganze wirtschaftliche und kulturelle Leben sich unabhängig vom Staat abspielt und an bestimmten Stellen der Staat berufen ist einzugreifen, wo Spannungen überwunden werden müssen. So etwa der Gegensatz der Interessen zwischen Industrie und Landwirtschaft in der Schutzzollfrage, die ganze Sozialpolitik usw. Daher ist es mir nicht recht verständlich, inwiefern Herr Leibholz dann von einer Kehrtwendung spricht, oder es erklärt sich vielmehr aus dieser Sicht. Es wurden die Namen Scheuner, Werner Weber und Herbert Krüger genannt. Ich würde sagen: Das ist eine Weiterführung des Staatsbildes, wie es Bismarck gehabt hat: ein starkes Eigenleben in Wirtschaft und Kultur und die integrierende Kraft des Staates, im Sinne auch des Subsidiaritätsprinzips: immer nur da, wo es nötig ist; auch die in Spannung zueinander stehenden Verbände, etwa Unternehmer und Arbeiter, sollen so weit wie möglich selbst damit fertig werden.

Herr Leibholz sagt dann: „Volk und Gesellschaft sind nicht identisch.“ Das trifft zu, wenn man bei „Gesellschaft“ an Pluralismus denkt und bei „Volk“ an die Einheit der *volonté générale*. Da, glaube ich, liegt nun einer der entscheidenden Punkte für die Bewältigung unseres Problems, daß wir im Begriff der Demokratie so viele Vorstellungen mit uns herum-schleppen, die von der Illusion einer *volonté générale* ausgehen.

In den Entwicklungsländern Asiens und Afrikas begegnen wir heute, wie bei uns im 19. Jahrhundert, der Illusion eines Volksstaates ohne Obrigkeit. Wie Frhr. vom Stein und Bismarck demgegenüber das Bild eines volksverbundenen Obrigkeitsstaates hatten, so sagte jetzt der thailändische Außenminister Thanat Koman: Wir brauchen eine Autorität, aber nicht eine tyrannische, sondern eine zusammenführende Autorität, um die sich alle Glieder des Volkes scharen können.

Winkler (Schlußwort): Meine Herren! Ich kann es mir mit der Antwort auf die Diskussionsbeiträge verhältnismäßig leicht machen. Denn ich sehe, daß ich im wesentlichen den verschiedenen Teilnehmern an der Diskussion nur für Anregungen zu danken habe, aber auch dafür, daß sie mir gegenüber eine so große Schonung an den Tag gelegt haben. Wer den Verlauf früherer Tagungen kennt und weiß, wie die Diskussionen verlaufen sind, der muß besonders vermerken, daß man Herrn Ipsen und Herrn Ehmke diesen Dank auch persönlich aussprechen muß. Vor allem aggressive Leute wie ich sind dankbar, wenn sie geschont werden. Sodann habe ich Herrn Leibholz, meinem Vorredner, sehr zu danken, daß er mir den allgemeinen Rahmen für die eigentlich sehr alltäglichen und pragmatischen Dinge gegeben hat, die ich vorbrachte, und ich freue mich, feststellen zu können, daß die Divergenzen nicht gar so groß sind; abgesehen davon, daß ich vielleicht die Legitimitätsgrenzen für die Verbände etwas weiter ziehe als Herr Leibholz.

Im übrigen aber möchte ich sagen, daß es sich doch als gut erwiesen hat, die begriffliche Festlegung zu vermeiden, weil die Voraussetzungen für die Diskussion und die Möglichkeiten zu den Vergleichen freigeblieben und nicht von vornherein begriffliche Schranken zu überwinden gewesen sind.

Und noch zwei fragmentarische Bemerkungen: Natürlich muß ich bekennen: Ich habe nicht vom Staat in seiner Ewigkeitsgestalt gesprochen, obwohl ich im Hintergrund darauf bedacht war, sondern ich habe ihn nur in seiner konkreten Gestalt und in den vitalen Gegenwartsproblemen und -aufgaben gesehen, soweit er uns in Österreich entgegentritt.

Vielleicht kann man noch einmal hervorheben, was die Unterschiede und die Gemeinsamkeiten der Probleme in der Bundesrepublik und in Österreich leichter überschaubar macht. Die Verbände sind in Österreich stärker in den Staat eingegliedert. Das ist als Phänomen einfach zu registrieren. Sie sind weitgehend schon in die Publizität gedrängt; das ist als ein Positivum festzuhalten. Dennoch zeigt sich in beiden

Ländern das Problem der Einbindung der Verbände in die Ordnung, der Festlegung der Verbände auf ihre legitimen Interessen und deren Beschränkung. Das Ziel der Diskussion kann wohl damit umschrieben werden, daß man sagt, man muß gegen den totalen Verbändestaat Kräfte mobilisieren und bedenken, daß die Gestalt unserer Demokratie doch wert ist, erhalten zu werden, ohne daß man die Verbände aus dem staatlichen Gefüge zu verbannen braucht.

Auch in Österreich, kann man sagen, ist die Funktion für die Vereine nicht weggefallen. Vereinsmäßige Verbände sind durchaus am Platz, und ich denke nicht daran, etwa vorzuschlagen, die Gewerkschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts einzurichten. Ich habe auch immer zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verbänden unterschieden. Ich habe sie aber unter einem einheitlichen Verbandsbegriff deshalb zusammengefaßt, weil sie eine gemeinsame Beteiligung am Staat haben und vergleichbare Interessenlagen vertreten.

Im übrigen war es mir vor einem größeren Hintergrund darum zu tun, den verbandlich strukturierten Staat der verbandlich strukturierten Gesellschaft gegenüberzustellen. Die Diskussion hat hier sehr wertvolle Ergänzungen ergeben. Unter dem Gesichtspunkt der Staatsnähe wird man freilich noch weiter unterscheiden müssen zwischen den wichtigeren und den weniger wichtigen Verbänden, etwa in der Richtung, wie sie von den Herren Schüle, Ipsen und Rumpf angegeben worden ist.

Und noch eine abschließende Bemerkung: Mein Landesreferat war nur als Diskussionsgrundlage gedacht. Die Vorschläge zur Reform sind provokant formuliert — ich bin mir dessen bewußt. Vielleicht nehmen Sie aus diesen Vorschlägen nur die Vorstellung mit, daß man über diese Punkte im Zusammenhang mit dem Verbandsproblem diskutieren muß. Und, Herr Schüle, unter vier Augen möchte ich Ihnen sagen, daß ich Ihren Pessimismus teile.

Leibholz (Schlußwort): Herrn Kollegen Winkler habe ich für sein schönes Referat zu danken ebenso wie den Kollegen, die sich an der Diskussion beteiligt und die Thematik durch ihre Kritik bereichert haben. Nur scheint es mir, wenn ich daran erinnern darf, daß ich zu Beginn des Referats den betont fragmentarischen Charakter desselben nachdrücklich betont und hinzugefügt habe, daß ich nicht mehr als ein „informal talk“ geben und das Schwergewicht daher auf die Diskussion verlegen möchte, nicht ganz fair zu sein, wenn vereinzelt in der Diskussion die Kritik an dem Grundsatz-

referat mit dem Vorwurf verbunden wurde, daß diese oder jene Frage überhaupt nicht oder unzulänglich behandelt worden sei. Es wäre leicht, weitere zum Thema in innerem Zusammenhang stehende Fragen anzuführen, die aus den von mir erwähnten Gründen — und nicht zuletzt aus Zeitmangel — nicht zum Gegenstand des Referates gemacht werden konnten.

Die Erörterung der Frage, in welchem Verhältnis der Politiker zu den Verbänden steht und wie er sich zu ihnen im einzelnen zu verhalten hat, sollte — so scheint mir — einer besonderen Erörterung vorbehalten bleiben. Herr Ipsen und andere haben bemerkt, daß Verbandseinwirkungen primär gegenüber der Exekutive, d. h. der Regierung erfolgen, und daß es insbesondere die Wirtschaftspolitik ist, in der die Exekutive ohne Inanspruchnahme des Gesetzgebers wirtschaftspolitische Entscheidungen fällt, die durch wechselseitiges Paktieren mit den Verbänden zustande kommen.

So dankenswert dieser Hinweis ist, so bleibt doch das Verhältnis von Parlament und Verbänden auch heute noch einer weiteren Klärung dringend bedürftig. Wie kann der Abgeordnete in Stand gesetzt werden, um mit dem Sachverstand der Verbände konkurrieren zu können? Welche Möglichkeiten bestehen, um sozusagen — schon vom Technischen her gesehen — seine Position zu verbessern? Unter dem Heading „Parlamentsreform“ sollte diese Frage einmal grundsätzlich auch in unserem Kreise erörtert werden. Prominente Parlamentarier haben mich mehrfach gefragt, warum sowohl die Staatsrechtslehrer wie die sog. Politologen in einer so wichtigen Frage das Parlament bisher im Stich gelassen und demselben keine brauchbaren Vorschläge zur Behebung der heutigen mißlichen Lage unterbreitet haben. Dabei sollte man sich nicht darauf beschränken, nur die Situation, wie sie faktisch ist, deskriptiv zu erfassen und zu bewerten. Das Parlament scheint mir einen legitimen Anspruch darauf zu besitzen, mehr zu erfahren¹⁾.

Was die weitere von verschiedenen Kollegen zur Diskussion gestellte Frage anbetrifft, ob und wenn ja, inwieweit das österreichische Beispiel imitiert und die freien Verbände institutionalisiert werden sollten, mit allen Folgen, die einer solchen Institutionalisierung eigen sind, (Staatsaufsicht, Satzungsgewalt, Zwangsmitgliedschaft usw.) und mit der Folge, daß diese — um mit Herrn Dürig zu reden — in die Publi-

¹⁾ In meinem Referat habe ich einige Vorschläge in dieser Richtung gemacht, die wegen Zeitmangels nicht zum Gegenstand des mündlichen Vortrages in Würzburg gemacht werden konnten.

zitätssphäre gehoben werden, so ist gewiß nicht in Abrede zu stellen, daß eine solche Institutionalisierung dazu beiträgt, den allgemeinen politischen Spannungsprozeß zu versachlichen. Doch meine ich nicht, daß die Verbände durch eine solche Institutionalisierung sozusagen in ihrem Charakter oder ihrer Substanz verändert werden. Bei einem vor kurzem vor dem Industrie- und Handelstag in Karlsruhe gehaltenen Vortrag wurde mir entgegengehalten, daß die Institutionalisierung der Industrie- und Handelskammern es nicht möglich mache, sie noch in die Nähe der Verbände „einzurangieren“ und dem Verbandsbegriff unterzuordnen. Sie seien als Staatsorgane dem Zugriff des Staates unterworfen, seinen Zielsetzungen untergeordnet und daher berufen, selbst das staatliche Allgemeininteresse wahrzunehmen. Warum — so fragte ich — legen dann die Industrie- und Handelskammern so entscheidendes Gewicht darauf, daß sie dem Unternehmen als Ganzem dienen, und warum wehrten sie sich so energisch, in paritätische, d. h. in von Unternehmern und Arbeitnehmern gleichermaßen besetzte Wirtschaftskammern umgewandelt zu werden. Auf diese Frage waren die berufenen Sachkenner, nämlich die Geschäftsführer, nicht in der Lage — und wohl nicht von ungefähr — eine Antwort zu geben. Richtig scheint mir nur zu sein, daß eine solche Institutionalisierung die Verbände dem Staate gegenüber ungefährlich macht. Unter dem grundsätzlichen Gesichtspunkt, unter dem wir hier die Dinge erörtern, werden solche Verbände uninteressant. Was allein von Interesse ist, sind in der Tat — wie Herr Schüle mit Recht bemerkt hat — allein die freien wirtschaftlichen Großverbände: Sie sind der Gegenstand meiner Analyse gewesen.

Soweit die Verbände in die Verfassungsapparatur selbst eingefügt worden sind, wie dies z. B. bei dem ausführlich zur Diskussion gestellten bayerischen Senat der Fall ist, so sollte nicht übersehen werden, daß weder der bayerische Senat noch die bestehenden Wirtschaftsräte z. B. in den romanischen Staaten in den funktionellen staatlichen Integrationsprozeß maßgeblich eingeschaltet sind. Sie haben nicht zufällig nur begutachtende Funktionen zu erfüllen (das gleiche gilt von dem früheren Reichswirtschaftsrat), und die Frage, ob die Mitglieder des bayerischen Senates wirklich repräsentative Funktionen für das Ganze ausüben oder allein die Interessen der Verbände vertreten, die sie in den Senat entsenden — nur das eine oder das andere ist letzthin möglich —, ist auch nach der heutigen Diskussion eine offene Frage geblieben. Daß nach alledem der vielfach projektierte Bundeswirtschaftsrat keine großen Aussichten hat, verwirklicht zu werden, und

seine etwaige Etablierung nicht zur Aufwertung unseres Parlamentes führen würde, merke ich nur am Rande an.

Zu der ebenfalls in der Diskussion behandelten Frage, ob die Verbände dadurch, daß sie das, was man gemeinhin unter dem Allgemeinwohl versteht, berücksichtigen, zu verfassungsrechtlichen Integrationsfaktoren, wie etwa die politischen Parteien werden — Herr Kafka hat hierauf hingewiesen —, so kann ich nur Gesagtes wiederholen. Wenn jemand von seinem Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 2 GG in einer Weise Gebrauch macht, daß es „dem Wohl der Allgemeinheit“ dient, so handelt er nicht anders als die Verbände, wenn sie ihre partikularen Interessen unter Berücksichtigung des Gemeinwohls wahrnehmen. Ich bin Herrn Küchenhoff sehr verpflichtet, daß er mich in diesem Zusammenhang auf den § 49 des Betriebsverfassungsgesetzes aufmerksam gemacht hat, nach dem die Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Gemeinwohls ihre Interessen wahrzunehmen haben. Die Sozialpartner werden dadurch, daß sie sich im Rahmen dieser Bestimmung halten, noch nicht zu staatlichen Integrationsfaktoren in dem Sinne, in dem die Parteien im Rahmen des Verfassungsgefüges tätig werden. Der in der Diskussion erörterte Komplex der von der Exekutive zu treffenden wirtschaftspolitischen Planentscheidungen setzt ebenfalls voraus, daß die von den Verbänden vertretenen Interessen erst einmal als öffentliche Interessen honoriert werden. Dies bedeutet nichts anderes, als daß die Verbände sich im Rahmen ihrer durch das Grundgesetz auferlegten Pflichten halten und verantwortungsbewußt für das Ganze handeln. Nichts anderes besagt im Grunde genommen der Art. 9 Abs. 3 GG, wenn er den Sozialpartnern entsprechende Pflichten auferlegt.

In der Diskussion ist das Fremdarbeitsgesetz erwähnt worden. Seine Genese bestätigt die Richtigkeit der im Referat präsentierten Grundkonzeption. War es zunächst Sache der einzelnen Unternehmer und ihrer Organisationen, sich um Mittel und Wege zu bemühen, die zusätzlichen Arbeitskräfte auf privatem Wege zu erhalten, so hat sich später die Situation dadurch geändert, als durch die Zahl der benötigten Arbeitskräfte und die Konsequenzen, die sich aus ihrer Beschäftigung ergaben, sozusagen der gesellschaftliche Rahmen der Arbeitsbeschaffung gesprengt wurde. So trat die „μετάβασις εις άλλο γένος“ ein, durch die das Fremdarbeitsproblem zu einem echten politischen Problem wurde, das die Intervention der staatlichen Instanzen rechtfertigte.

Daß die Verbände, wie in der Diskussion behauptet worden ist, von mir als „schlecht“ bezeichnet worden seien, führe ich

auf einen Verständnis- oder Hörfehler zurück. Genau das Gegenteil ergibt sich aus der mit Nachdruck herausgestellten Unterscheidung zwischen einem legitimen und illegitimen Pluralismus. In diesem Zusammenhang danke ich besonders Herrn Kollegen Rumpf für die zusätzlichen Belege, die er zum Nachweis der Existenz eines solchen illegitimen Pluralismus angeführt hat.

Auch der Hinweis, daß die „Parteienstaattheorie“ im positivistischen Willensdogma verhaftet bleibe, geht fehl. Einmal handelt es sich bei der Frage, wie der Gemeinwille von Volk und Nation in einem Staate zustandekommt, um ein zentrales, vielleicht sogar das zentralste Problem der Staats- und Verfassungslehre und des positiven Verfassungsrechts. Seit jeher knüpft nicht zufällig die Staatsformenlehre an die Art und Weise des Zustandekommens des Gemeinwillens an. Auch ist es kein Zufall, daß der organisatorische verfassungsrechtliche Aufbau, also die Frage, wie der Wille innerhalb des Staates zustandekommt — gleichgültig, ob es sich z. B. um eine plebiszitäre oder eine parlamentarische oder parteienstaatliche Demokratie handelt — seit jeher das Herzstück aller geschriebenen Verfassungen bildet. Und wenn weiter in diesem Zusammenhang von der Notwendigkeit gesprochen wurde, doch des näheren zu untersuchen, wie in unserer Demokratie eigentlich heute „die Lenkungs-, Leitungs-, Koordinierungs-, Führungsfunktionen organisiert“ sind, so kann man nicht umhin zu erwidern, daß es sich bei diesen Funktionen doch selbst wieder um solche handelt, die mit der Willensbildung des Staates aufs engste zusammenhängen.

Zu dem Referat von Herrn Winkler nur noch ein Wort: Es ist ein Irrtum zu vermeinen, als ob die egalitäre Komponente der modernen Demokratie sich nur im Wahlrecht dokumentiere. Vielmehr werden dem Prozeß der Egalisierung fortschreitend immer neue Lebensgebiete unterworfen. Ich brauche in diesem Zusammenhang nur an die tiefgreifenden revolutionären Veränderungen auf sozialem, wirtschaftlichem und bildungsmäßigem Gebiete zu erinnern, die in den meisten westlichen Staaten in den letzten Jahren und Jahrzehnten stattgefunden haben. Mit Hilfe staatlicher Intervention und einer weitgehenden Lenkung der Wirtschaft durch den Staat ist man in einer ständig sich vermehrenden Anzahl von Staaten bereits heute zu einer Art sozialer Homogenität gelangt, die uns berechtigt, auch im Westen nicht nur von einer politischen, sondern auch von einer sozialen und wirtschaftlichen Demokratie zu sprechen.

Und schließlich, wenn Herr Winkler gemeint hat, daß die Autonomie der Verbände von den Freiheitsrechten zu lösen

sei, so würde ich gerade umgekehrt meinen, daß wir von der Autonomie der Verbände heute nicht sprechen könnten, wenn diese nicht mit Hilfe der traditionellen Freiheiten sich diese hätten erkämpfen können.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Gesetzgeber und Verwaltung

1. Bericht von Professor Dr. Klaus Vogel,
Erlangen-Nürnberg

I.

Daß das Verhältnis zwischen dem Gesetzgeber und der Verwaltung heute für uns fragwürdig — nämlich durchaus im Wortsinne: einer Frage würdig — geworden ist, bedarf kaum der Begründung. Das Referat braucht sich hierfür nicht allein auf die schirmende Autorität unseres hochverehrlichen Vorstands zu berufen, der dieses Thema ausgewählt und bestimmt hat; denn schon ein kurzer Blick auf das neuere staats- und verwaltungsrechtliche Schrifttum, nicht zuletzt auch auf die früheren Verhandlungen dieser Vereinigung, zeigt, wie nachhaltig und dringend uns heute in zahlreichen Variationen diese Fragestellung bewegt. Es sei nur etwa erinnert an die Diskussionen über den Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung¹⁾, an die sog. „Krise des Ermessensprinzips“²⁾, an die unmittelbare Einwirkung des Gesetzgebers auf

¹⁾ Vgl. besonders: Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 2. Aufl., Basel und Stuttgart 1962, S. 41 ff.; Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin und Köln 1956, S. 20 ff.; Jesch, Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961, bes. S. 175 ff.; Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 S. 165 ff.; von Münch, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, AöR Bd. 85 (1960) S. 270 ff.; Hans Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 206 ff.; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, S. 113 ff.; Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960 S. 518 ff. und 557 ff. — Für weitere Nachweise vgl. noch unten Fußnote 72.

²⁾ Ronneberger, Die emanzipierte Verwaltung, in: Technik im technischen Zeitalter, hrsg. von H. Freyer, J. C. Papalekas und G. Weippert, Düsseldorf 1965, S. 288 ff. (300). Vgl. ferner besonders: Hans Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, Krefeld 1965, S. 21 ff. Zur Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Ermessensermächtigungen s. u. a.: Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 2. Aufl., Tübingen 1964, S. 225 Nr. 101 (mit

die Verwaltung dadurch, daß bestimmte Verwaltungsentscheidungen von der Zustimmung eines Parlamentsausschusses abhängig gemacht werden³⁾, an die Aporien des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG⁴⁾, an die Problematik der „Maßnahme“-Gesetzgebung⁵⁾, an die immer subtiler geratenden Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Einzelakt⁶⁾ — und so fort. „Auf breiter Front“ (wenn das Referat hier einmal dieses anschauliche, obschon etwas kriegerische Bild übernehmen darf), scheinen heute die beiderseitigen „Linien“ in Bewegung geraten zu sein oder ist — um zu einem weniger kriegerischen Bild überzugehen — an die Stelle des festen Küstenzuges zwischen den beiden formellen „Gewalten“ eine Zwischenzone getreten, nicht mehr Land, aber auch noch nicht Wasser, innerhalb derer sich allenfalls noch einige vereinzelte feste Landzonen ausmachen lassen — aber auch diese schon längst in Gefahr, von der nächsten Sturmflut ebenfalls überspült zu werden.

Mit der sich aus diesem „Deichbruch“ ergebenden Situation befaßt sich nun freilich unsere Vereinigung heute durchaus

Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts); Bettermann, Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, Der Staat Bd. 1 (1962) S. 79 ff.; Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960, S. 7 ff., 21 f.; Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR Bd. 82 (1957) S. 163 ff., hier S. 234 ff.; Obermayer, Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden, NJW 1963 S. 1177 ff., hier S. 1180; Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 309 ff., hier S. 329 ff.

³⁾ Zu dieser Frage nachstehend besonders das Korreferat von Roman Herzog.

⁴⁾ Vgl. insbes. Dürig, Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, JZ 1954 S. 4 ff., hier S. 7; Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 298 f.; ders., Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950 S. 625 ff.; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1957, Art. 19 Erl. III 2; Hans Schneider, Über Einzelfallgesetze, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 159 ff., hier S. 170; Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, Berlin 1962, S. 219 ff., sowie die in der folgenden Note Zitierten.

⁵⁾ Zuerst: Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 221 ff. Aus der folgenden Diskussion: Ballerstedt, Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in: Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 369 ff.; Konrad Huber, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, Berlin 1963; Menger und Wehrhahn, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15 S. 3 ff.; Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre (oben Fußnote 4), S. 741 ff.; Zeidler, Maßnahmegesetz und „klassisches“ Gesetz, Karlsruhe 1961.

⁶⁾ Volkmar, aaO. (oben Fußnote 4), durchgehend.

nicht zum erstenmal. Nicht wenige der in diesem Kreise behandelten Themen hatten es vielmehr bereits, mehr oder weniger explizit, jeweils unter dem Aspekt einer einzelnen speziellen Thematik, aber darum doch nicht weniger nachdrücklich mit jenem Grund- und Leitmotiv des Verhältnisses zwischen Gesetzgeber und Verwaltung zu tun; genannt seien — nur im Sinne einer ganz oberflächlichen Auswahl — etwa: „Das Gesetz als Norm und Maßnahme“⁷⁾, „Das besondere Gewaltverhältnis“⁸⁾, „Die Organisationsgewalt“⁹⁾, „Schranken nichthoheitlicher Verwaltung“¹⁰⁾, nicht zuletzt schließlich auch als ein einzelner konkreter Anwendungsfall unser Kieler Thema: „Verwaltung und Schule“¹¹⁾. Wenn demgegenüber nun heute dieses Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verwaltung nicht wiederum unter einem einzelnen speziellen Aspekt, sondern in seiner vollen — fast möchte man sagen: erschreckenden — Breite zur Diskussion gestellt werden soll, so ist damit offenbar nicht gemeint, daß alle jene Teilthematika als solche wieder aufgerollt werden sollten (obgleich sich das für einzelne von ihnen nicht ganz wird vermeiden lassen), sondern es ist nunmehr das eigentliche Gravitationszentrum sichtbar zu machen, auf welches hin, wenngleich zum Teil noch unausgesprochen, auch schon bislang alle jene Einzelthematika ausgerichtet waren.

In der Natur eines solchen „Gravitationszentrums“ liegt es nun allerdings, daß sich seine Struktur und sein Ort vielfach nicht (oder doch nicht allein) in direktem Zugriff, sondern ganz (oder jedenfalls doch zum Teil) nur durch eine Analyse seines „Kraftfelds“ bestimmen lassen, d. h. also durch eine Analyse der Wirkungen, welche von jenem „Gravitationszentrum“ aus auf die einzelnen, innerhalb seines „Kraftfelds“ gelegenen Gegenstände ausstrahlen. Wenngleich hier also zwar zunächst der Versuch gemacht werden soll, jenes „Gravitationszentrum“ — das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verwaltung in der Gegenwart, verstanden als ein Problem der Staatstheorie — unmittelbar ins Auge zu fassen, so wird es sich doch aller Voraussicht nach auch nicht vermeiden lassen, jedenfalls auch die wichtigsten jener Einzelfragen erneut

⁷⁾ Vgl. oben Fußnote 5.

⁸⁾ Herbert Krüger und Carl Hermann Ule, VVDStRL 15 S. 109 ff.

⁹⁾ Arnold Köttgen und Felix Ermacora, VVDStRL 16 S. 154 ff.

¹⁰⁾ Walter Mallmann und Karl Zeidler, vgl. oben Fußnote 1.

¹¹⁾ Hans-Ulrich Evers und Ernst-Werner Fuß, VVDStRL 23 S. 147 ff.

zu bedenken, in deren Bereich sich uns heute die Problematik jenes Verhältnisses zwischen dem Gesetzgeber und der Verwaltung mit besonderer Nachdrücklichkeit stellt. Gewisse Überschneidungen und Wiederholungen gegenüber Themen, die bereits früher in diesem Kreise behandelt worden sind, lassen sich also nicht vollkommen umgehen, auch wenn dabei freilich die betreffenden Einzelfragen jeweils nur mit sehr breitem Pinsel skizziert werden können; doch wird sich auf der anderen Seite natürlich das Referat in jeder seiner Phasen gewärtig zu halten haben, daß jene Einzelfragen nicht für sich selber Gegenstand und Ziel der Erörterung sind, sondern lediglich Brücken, über die erst das Referat zu seinem eigentlichen Ziel, zur Bestimmung und Analyse ihres gemeinsamen „Gravitationspunkts“, gelangen möchte.

Bei einer derartigen Fragestellung liegt nun freilich der Gedanke recht nahe, das zu erörternde Thema von einem rechtsvergleichenden Standpunkt aus abzuhandeln. Wir könnten auch sicherlich davon ausgehen, daß eine solche rechtsvergleichende Untersuchung uns manche wünschenswerte Aufschlüsse, gerade auch zum Verständnis unserer eigenen Rechtsordnung, geben könnte. Angesichts der besonders weiten Fassung des vorliegenden Themas aber, unter dessen breit ausladendem Dach ja ohne weiteres eine ganze verwaltungsrechtliche Vorlesung Platz finden könnte, wäre im Rahmen eines mündlich vorzutragenden Referats solch ein Vorhaben undurchführbar. Allein schon aus stofflich-thematischen Gründen wird deshalb das Referat in rechtsvergleichender Hinsicht *A s k e s e* zu üben haben; es wird sich darauf beschränken müssen, seine Problematik paradigmatisch am Beispiel nur einer einzigen Rechtsordnung darzustellen — naturgemäß derjenigen, die dem Referenten persönlich am nächsten steht und für die er am ehesten noch konkrete, sachhaltige Aussagen wagen kann: also derjenigen der Bundesrepublik Deutschland. Die Diskussion mag dann vielleicht ergeben, ob und inwieweit sich die Thesen des Referats auch auf die Verfassungen anderer Staaten übertragen lassen; der Referent wäre vor allem besonders dankbar, wenn die Herren Kollegen aus Österreich und der Schweiz das Referat in dieser Hinsicht ergänzen könnten.

Selbst in solcher Beschränkung ist überdies der zu behandelnde Fragenkreis noch zu weit. Eine weitere Ausgrenzung scheint vonnöten:

Versucht man, unser Thema „Gesetzgeber und Verwaltung“ vorsichtig einzukreisen, so wird man alsbald darauf stoßen, daß es sich unter einem doppelten Aspekt sehen läßt; es ist

einerseits die Frage nach der gegenseitigen Abgrenzung zwischen den Sphären jener beiden formellen „Gewalten“ zu stellen, andererseits aber auch die nach den Möglichkeiten und Formen wechselseitiger Einflußnahme und Überwirkung. Beide Fragen lassen sich zwar nicht streng voneinander scheiden; aber sie besitzen doch jeweils einen etwas anders gelagerten Schwerpunkt, von welchem aus sich — nach aller Voraussicht — auch die gemeinsame Gesamtproblematik jeweils unter anderer Beleuchtung darstellen wird. Da nun der Vorstand unserer Vereinigung von jeher den Referenten großzügige Freiheit in der Präzisierung und einverständlichen Abgrenzung ihrer Themen zu lassen pflegt, haben sich Referent und Korreferent dahingehend verständigt, daß das Referat seinen Schwerpunkt auf die Frage nach der Abgrenzung der beiderseitigen Sphären, dagegen das Korreferat den seinen auf die wechselseitigen Ein- und Überwirkungen legen wird. Beide Referenten hoffen, mit dieser Verteilung nicht nur einer besseren Übersicht über die Gesamtproblematik, sondern zugleich auch den Bedürfnissen ihrer Hörer nach einer erträglichen Begrenzung der Referate (nicht zuletzt auch in zeitlicher Hinsicht) zu dienen.

Das vorliegende Referat hat es demgemäß also mit der Abgrenzung zwischen den Sphären des Gesetzgebers und der Verwaltung im besonderen Hinblick auf das geltende Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland zu tun.

II.

Daß diese Abgrenzung heute für uns problematisch geworden ist, ist zu Beginn des Referats bereits dargetan worden. Indessen ist das keineswegs von jeher so gewesen. Das staatsphilosophische und verfassungstheoretische Schrifttum des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts seit Montesquieu hatte vielmehr durchaus eine sehr konkrete und substantielle, keineswegs als unsicher und umstritten empfundene Vorstellung davon, welche Funktionen jeweils der gesetzgebenden Gewalt und welche der ausführenden zugehörig seien. Das gilt, trotz seines zuweilen recht aphoristischen Stils, uneingeschränkt schon für Montesquieu: die Gesetzgebung war für ihn „la volonté générale de l'État“, die Ausführung „l'exécution de cette volonté“¹²⁾; ihr gegenseitiges Verhältnis sei das von „délibération“ und „action“¹³⁾; die Aus-

¹²⁾ Montesquieu, De l'esprit des lois, I. 11 ch. 6, Absatz 16.

¹³⁾ AaO. Absatz 62.

führung insbesondere sei nur auf „choses momentanées“, auf „Augenblicksangelegenheiten“, gerichtet¹⁴); sie habe dadurch „ihre Grenzen schon von Natur aus“ — „ses limites par sa nature“ —¹⁵). Ähnlich substantiell wird die Unterscheidung auch etwa bei K a n t gesehen (der allerdings etwas unglücklich die drei formellen „Gewalten“ mit den drei Stufen des Syllogismus vergleicht¹⁶), weitgehend ferner bei H e g e l: denn wenngleich auch H e g e l bereits erkennt, daß mit der Zuweisung des „Allgemeinen“ an die Gesetzgebung und des „Besonderen“ an die „Bestimmung der Administrativ-Behörden“ die Unterscheidung noch keineswegs „völlig bestimmt“ sei¹⁷), so sind doch die substantiellen Begriffe des „Allgemeinen“ und des „Besonderen“ und damit die grundsätzlichen Bereiche einerseits der gesetzgebenden, andererseits der „Regierungs“-Gewalt für ihn noch deutlich und klar unterschieden¹⁸). Und wenn etwa, selbst zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts, noch G e r h a r d A n s c h ü t z sich im Streit um den Umfang der königlichen Verordnungsgewalt nach preußischem Staatsrecht auf die herkömmlichen Sätze der „konstitutionellen Theorie“ zu berufen und, allein auf sie gestützt, zu begründen vermag, daß dem König der Erlaß von R e c h t s s ä t z e n (außer von Notverordnungen) nur beim Vorliegen einer gesetzlichen E r m ä c h t i g u n g eingeräumt sei¹⁹), so setzt das doch ebenfalls eine — jedenfalls im Prinzip — noch hinreichend klare Vorstellung davon voraus, was, nach Maßgabe dieser „konstitutionellen Theorie“, jeweils Sache der „gesetzgebenden Gewalt“ und was Sache der „vollziehenden“ sei.

Es läge nun nahe, zu behaupten, man habe seinerzeit einfach „das Problem nicht gesehen“. Es ließe sich auch sicherlich zeigen, daß gewisse Aussagen aus diesem Bereich — etwa bei

¹⁴) AaO. Absatz 43.

¹⁵) M o n t e s q u i e u aaO. — Zur Bedeutung des Gesetzesbegriffs im politischen System Montesquieus, s. jetzt besonders auch D r a t h, Bemerkungen zur Theorie des Gesetzgebungsstaats, Kölner Ztschr. Bd. 17 S. 556 ff.

¹⁶) K a n t, Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, zuerst Königsberg 1797 (hier nach: Werke, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Bd. 4, Darmstadt 1956, S. 303 ff.), § 45 (= S. 431 f.).

¹⁷) H e g e l, Grundlinien der Philosophie des Rechts, zuerst Berlin 1821 (hier nach: Sämtliche Werke, hrsg. von Johannes Hoffmeister, Bd. 12, 4. Aufl., Hamburg 1955), § 299 (= S. 259 f.).

¹⁸) H e g e l, aaO. §§ 273, 287 ff., 298 ff. (= S. 235 ff., 252 ff., 259 ff.).

¹⁹) A n s c h ü t z, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901, S. 11 ff.

Montesquieu oder Kant — uneindeutig und vielleicht sogar widersprüchlich gewesen seien. Doch wäre das ungeschichtlich gedacht: wurde damals das Problem „nicht gesehen“, so war es auch nicht vorhanden — d. h. die Unterscheidung zwischen gesetzgebender und ausführender Gewalt beruhte zu jener Zeit offenbar auf gewissen unausgesprochenen Voraussetzungen, über welche Einverständnis bestand und von deren Basis aus man in der Tat auch berechtigt sein konnte, jene Abgrenzung zwischen gesetzgebender und ausführender Gewalt für „eindeutig“ und „selbstverständlich“ zu halten. Demgegenüber sind aber für uns heute jene Voraussetzungen offenbar keineswegs mehr im gleichen Umfange „selbstverständlich“. Das Referat wird deshalb zu fragen haben, um welche Voraussetzungen es sich handelt hat, wie sie entstanden sind und auf welchen unausgesprochenen Vorstellungen und Prinzipien sie beruhen.

Wohl am nachdrücklichsten hat bekanntlich zu dieser Frage Werner Weber die Lehre entwickelt, daß hinter jener Unterscheidung zwischen gesetzgebender und ausführender Gewalt der den konstitutionellen Staat des neunzehnten Jahrhunderts beherrschende Dualismus von Monarch und Volk, anders ausgedrückt: von „Staat“ und „Gesellschaft“ gestanden habe²⁰). Statt um eine Teilung auf drei Gewalten habe es sich demgemäß in Wahrheit um eine Teilung auf zwei Gewalten gehandelt; denn im Gegensatz zur Exekutive und zur Legislative sei die richterliche Gewalt im neunzehnten Jahrhundert politisch „vakant“ gewesen: sie habe keinen eigenen Machtfaktor dargestellt, sei vielmehr in einer Zwischenstellung zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ neutralisiert worden²¹). Aus dem Zusammenbruch der Monarchie am Ende des ersten Weltkriegs erkläre sich demzufolge der heutige Substanzverlust des Gewaltenteilungsprinzips; an die Stelle des durch jenen Zusammenbruch entstandenen „Autoritätsvakuums“ sei heute „eine Vielheit oligarchischer Aktionsgemeinschaften und Einflußgruppen“ getreten, deren politischer Einfluß indessen auf Legislative und Exekutive ohne große Unterschiede im gleichen Umfange wirke²²). — Für diese Interpretation spricht sicherlich, daß in der Tat auch das deutsche staatsrechtliche Schrifttum des neunzehnten Jahrhunderts nahezu einhellig Montes-

²⁰) Werner Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 253 ff., hier S. 256; ders., Art. „Gewaltenteilung“ in HdSW, Bd. 4, Tübingen, Göttingen 1965, S. 497 f.

²¹) Werner Weber, Teilung der Gewalten, aaO. (oben Fußnote 20), S. 256 f.

²²) Werner Weber, Teilung der Gewalten, aaO. S. 258, 260 ff.

quieus Dreigewaltenschema verworfen und an seine Stelle, nach dem Vorgang Hegels, überwiegend eine Zweiteilung nur zwischen Exekutive und Legislative gesetzt hat²³), gelegentlich überbrückt noch durch eine zusammenfassende „fürstliche Gewalt“²⁴), wobei dann die Rechtsprechung in der Regel als Teil der Exekutive betrachtet wurde²⁵) (übrigens findet sich diese Zweiteilung statt der Dreiteilung beiläufig auch bereits einmal bei Kant im Ersten Definitivartikel „Zum ewigen Frieden“²⁶); erst bei Otto Mayer und Gerhard Anschütz taucht dann im deutschen Schrifttum recht unvermittelt wieder das Dreiteilungsschema auf²⁷). — Aber Herr Weber wird es dem Referenten sicherlich nicht verübeln, wenn er es im folgenden dennoch versuchen möchte, jene Fragen mit einigen tastenden Überlegungen noch einmal von neuem zu überdenken:

Es läßt sich in diesem Zusammenhang leider nicht vermeiden, daß das Referat hier — trotz unserer gestrigen Diskussionen — nochmals auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ in Schrifttum und sozialer Wirklichkeit des neunzehnten Jahrhunderts zurückkommen muß. Dabei sei ausgegangen von der Beobachtung — und Behauptung — daß jener Dualismus von „Staat“ und „Gesellschaft“, so wie ihn das Schrifttum des neunzehnten Jahrhunderts seit

²³) Vgl. besonders C. F. Dahlmann, Die Politik auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt, Göttingen 1835, S. 82; Zachariä, Vierzig Bücher vom Staate, 2. Aufl., Heidelberg 1839, Bd. 1, S. 68, Bd. 2, S. 192 ff.; Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 1, Erlangen 1855, S. 273 f. Fußnote 1, mit Nachweisen. — Ferner etwa: v. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, Bd. 2, 2. Aufl., Stuttgart 1840, S. 211 ff.; v. Rönne, Das Staats-Recht der preußischen Monarchie, Bd. 1, 1. Aufl., Leipzig 1856, S. 140 Fußnote 3; v. Stein, Die Verwaltungslehre, Erster Theil: Die vollziehende Gewalt, Erste Abtheilung, 2. Aufl., Stuttgart 1869, S. 8 ff., insbes. S. 13 (s. auch S. 156 zum Dreiteilungsschema Montesquieus); Haenel, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1, Leipzig 1892, S. 121 ff.; u. a. m.

²⁴) Hegel, aaO. (oben Fußnote 17) §§ 273, 275 ff. (= S. 240 ff.); ähnlich auch v. Stein aaO. S. 13 („Das Staatsoberhaupt“).

²⁵) Hegel, aaO. (oben Fußnote 17) § 287 (= S. 252); v. Mohl aaO. (oben Fußnote 23) S. 277; ders., Encyclopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Tübingen 1872, S. 121; v. Rotteck aaO. (oben Fußnote 23) S. 214 ff.; v. Stein aaO. (oben Fußnote 23) S. 11, 13; Haenel, aaO. (oben Fußnote 23) S. 128.

²⁶) Kant, Zum Ewigen Frieden, zuerst Königsberg 1795 (hier nach: Werke, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Bd. 6, Darmstadt 1964, S. 191 ff.), Zweiter Abschnitt, Erster Definitivartikel (= S. 206 f.).

²⁷) Anschütz, aaO. (oben Fußnote 19), S. 10 f.; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl., Leipzig 1895, Bd. 1, S. 4 ff., 67 ff.; s. hierzu auch: Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, Bd. 2, Paris 1922, S. 16 ff.

Schlözer, Saint-Simon und Hegel entwickelt hat²⁸⁾, nicht, wie man gemeinhin annimmt, als ein einheitlich zu bewertendes Phänomen aufgefaßt werden darf, daß sich hinter diesem Begriffspaar vielmehr drei unterschiedliche Sachwirklichkeiten verbergen, die insbesondere auch im Hinblick auf die vielerörterte Frage nach dem Fortbestehen jenes Gegensatzes von „Staat“ und „Gesellschaft“ in der Gegenwart²⁹⁾ jeweils zu einer anderen Beurteilung führen müssen. — Auf einer ersten Ebene bezeichnet die „Trennung von Staat und Gesellschaft“ einen verfassungsrechtlichen Vorgang: während für das Mittelalter und zum Teil noch für den ständischen Staat, wie dies überzeugend vor allem Otto Brunner³⁰⁾ geschildert hat, die innige Verbindung von Recht und Rechtsverteidigung kennzeichnend ist (so daß etwa der deutschrechtliche Begriff der „Gewere“ außer der tatsächlichen Nutzung auch die Fähigkeit voraussetzt, den betreffenden Gegenstand mit Waffengewalt zu behaupten), nimmt der Staat der Neuzeit das Recht zur Ausübung legitimer Gewalt für sich allein in Anspruch; er entläßt damit aus sich die erst von nun an „private“, weil jeglicher „öffentlichen“ Rechtsschutz-Funktion beraubte „Gesellschaft“³¹⁾. — Auf eine zweite Ebene, nämlich die des Begriffs, wird sodann die Unterscheidung bei Hegel und Lorenz von Stein erhoben: die „Gesellschaft“ erscheint hier als das Reich der Sonderinteressen, des Eigennutzes, der sozialen Abhängigkeit;

²⁸⁾ Siehe hierüber besonders: Herbert Krüger, aaO. (oben Fußnote 4), S. 342 f.; Riedel, Hegels „Bürgerliche Gesellschaft“ und das Problem ihres geschichtlichen Ursprungs, ARSP Bd. 48 S. 539 ff.; Scheuner, Hegel und die deutsche Staatslehre des 19. und 20. Jahrhunderts, in: Studium Berolinense, Berlin 1960, S. 129 ff.

²⁹⁾ Zu dieser Frage als erster: Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931, S. 73 ff. (78 f.). — Eine Nachweisung der wichtigsten neueren Stellungnahmen (allerdings völlig ungegliedert) bei: Klaus Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, Frankfurt a. M. und Berlin 1965, S. 236 in Fußnote 114.

³⁰⁾ Otto Brunner, Land und Herrschaft, 4. Aufl., Wien und Wiesbaden 1959, durchgehend, zum Begriff der „Gewere“ S. 252 f.

³¹⁾ Otto Brunner aaO. S. 115; ders., Das Problem einer europäischen Sozialgeschichte, HZ Bd. 177 S. 469 ff., hier S. 489 f. Ferner u. a.: Böckenförde, Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert, Berlin 1961, S. 32 ff.; ders., Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: Festschrift für Otto Brunner, Göttingen 1963, S. 248 ff., hier S. 255 ff.; Conze, Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands, HZ Bd. 186 S. 1 ff.; ders., Das Spannungsverhältnis von Staat und Gesellschaft im Vormärz, in: Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz, hrsg. von Werner Conze, Stuttgart 1962, S. 207 ff.

der „Staat“ dagegen als die „Wirklichkeit der sittlichen Idee“, seine Aufgabe ist es, gegenüber der Gesellschaft Freiheit und Gerechtigkeit sicherzustellen³²). Man würde indes zumal dem realistischen Beobachter Stein ganz sicherlich Unrecht tun, wenn man diese Formulierungen unmittelbar als Aussagen über die soziale Wirklichkeit des neunzehnten Jahrhunderts verstehen wollte; „Staat“ und „Gesellschaft“ sind hier gemeint als ideelle Prinzipien, als Begriffe im Hegelschen Sinne, und keineswegs als ein bloßer Abklatsch der Realität. Wenn ich Herrn Leibholz gestern recht verstanden habe, so ist auch seine Sicht des Verhältnisses zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ auf dieser zweiten Ebene anzusiedeln, nur daß er dabei freilich die „Gesellschaft“ sehr viel positiver bewertet, als es auch heute noch in der Hegelschen Schule geschieht. — Auf einer dritten Ebene ist es nun aber freilich auch möglich, jene beiden Begriffe „Staat“ und „Gesellschaft“ unmittelbar auf jene soziale Wirklichkeit zu beziehen; „Staat“ ist dann der Staatsapparat mit seinen Behörden, Amtsträgern usw., „Gesellschaft“ die „Bürgerliche Gesellschaft“, der „Dritte Stand“³³).

In der Diskussion über das Fortbestehen jenes Gegensatzes von „Staat“ und „Gesellschaft“ in der Gegenwart werden diese drei Begriffsebenen nur selten klar auseinandergehalten. Dennoch ist die Unterscheidung vonnöten, wenn es nicht zu

³²) Hegel aaO. (oben Fußnote 17) §§ 182 ff., 257 ff. (= S. 165 ff., 207 ff.); v. Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Leipzig 1850 (hier nach dem Neudruck München 1921), S. 43 f.; für weitere Nachweise jetzt besonders Herbert Krüger aaO. (oben Fußnote 4) S. 342 ff.

³³) So bereits Bluntschli, Gesellschaft und Gesellschaftswissenschaft, in: Bluntschli/Brater, Deutsches Staatswörterbuch, Bd. 4, Stuttgart und Leipzig 1859, S. 246 ff.: die Gesellschaft ein „Drittenstands-begriff“. — Aus dem neueren Schrifttum im gleichen Sinne etwa: Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931, S. 9 f.; ders., Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Stuttgart 1961, S. 117 f.; Heller, Staatslehre, Leiden 1934, S. 109 ff. Ferner vgl. bes.: Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland, Stuttgart 1956, S. 13 ff. u. öfter; Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied 1962, S. 159 ff.; ders., Theorie und Praxis, Neuwied 1963, S. 163; Landshut, Zum Begriff und Gegenstand der politischen Soziologie, Kölner Ztschr. Bd. 8 S. 410 ff., hier S. 412. — Die moderne empirische Soziologie anglo-amerikanischer Provenienz hat die Unterscheidung ganz aufgegeben und betrachtet sie als „überwunden“; vgl. etwa: Easton, An approach to the analysis of political systems, in: Sociology, the progress of a decade, hrsg. von Lipset und Smelser, Englewood-Cliffs, N. J. 1961, S. 421 ff., hier S. 427 f.; Eisenstadt, The political system of empires, London 1963, S. 5 ff.; Lipset, Political man, The social bases of politics, New York 1963, S. 3.

unauflösbaren Mißverständnissen kommen soll. Denn versteht man die Begriffe „Staat“ und „Gesellschaft“ im Sinne einer rechtstheoretischen Unterscheidung zwischen „öffentlichem“ und „privatem“ Bereich, so wird man wahrscheinlich zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß diese Unterscheidung auch heute noch fortbestehe³⁴); lediglich gewisse Diffusionszonen, so etwa im Arbeitsrecht, lassen zum Teil die Grenzziehung unklar werden³⁵). Folgt man stattdessen aber den Begriffen Hegels und Lorenz von Steins, so dürfte eine realistische Beobachtung unserer Gegenwart doch wohl zu der Auffassung führen, daß heute die „Gesellschaft“, das Reich der Sonderinteressen, vom Staate weitgehend Besitz ergriffen und in sich nach ihrem Bilde umgeformt habe³⁶). Einen besonderen Bezug zur Gewaltenteilung hat dabei freilich keine dieser beiden Auffassungsweisen, insbesondere auch nicht diejenige Hegels und Steins: bei beiden wird, durchaus konsequent, die Unterscheidung zwischen Exekutive und Legislative als eine Unterscheidung innerhalb ihres Begriffs vom „Staat“ vorgenommen³⁷) — und wenn darüber hinaus freilich Stein die Beteiligung des einzelnen Staatsbürgers und somit der „Gesellschaft“ an der Legislative hervorhebt^{37a}), so doch auch ebenso, im Bereich der von ihm sogenannten „freien Verwaltung“, ihre Beteiligung an der ausführenden Gewalt³⁸)!

³⁴) In diesem Sinne ursprünglich auch der Referent selber aaO. (oben Fußnote 29), wobei dort freilich die verschiedenen „Ebenen“ der Unterscheidung von „Staat“ und „Gesellschaft“ noch nicht klar genug auseinandergehalten sind.

³⁵) Die von Barassi (Le zone di confine nelle singole branche di diritto, in: Studi alla memoria di Zanzucchi, Mailand o. J., S. 147 ff.) sehr plastisch sog. „grauen Zonen“ zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.

³⁶) So bedenklich diese Erscheinung, für sich genommen, sicherlich ist, so darf doch der Gerechtigkeit halber auch nicht verschwiegen werden, daß der Wiederaufbau von Staat und Wirtschaft seit 1945, von der Initialzündung durch die amerikanische Marshallplanhilfe abgesehen, in der Bundesrepublik vor allem der in diesem Sinne verstandenen „Gesellschaft“, nämlich der Verfolgung des je eigenen Partikularinteresses zu danken ist. So mit Recht Ernst Forsthoff in verschiedenen Veröffentlichungen; s. etwa: Die Bundesrepublik Deutschland, Umriss einer Realanalyse, jetzt in: Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 197 ff. (200 f.), sowie ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959, S. 14 ff.

³⁷) Hegel aaO. (oben Fußnote 17) § 273 (= S. 235); v. Stein, Verwaltungslehre I/1 (oben Fußnote 23), S. 8 ff.

^{37a}) AaO. S. 85 ff.

³⁸) AaO. S. 121 ff. sowie: Die Verwaltungslehre, Erster Theil, Zweite Abtheilung, 2. Aufl., Stuttgart 1869, S. 7 ff.

Während es aber vom Boden jener beiden hier zunächst zugrundegelegten Auffassungen der Begriffe „Staat“ und „Gesellschaft“ doch noch immerhin möglich ist, von einem prinzipiellen Gegensatz zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ zu sprechen, so ergeben sich für eine Auffassungsweise, die „Gesellschaft“ und „Staat“ als soziale Faktoren begreift, gerade was diese Gegensätzlichkeit anbetrifft, nicht unerhebliche Zweifel — und zwar auch bereits für den konstitutionellen Staat des neunzehnten Jahrhunderts. Denn zum „Staat“ kann doch offenbar auch bei einem solchen Verständnis nicht allein der Monarch, allenfalls noch mit Einschluß der Hofkamarilla, zu rechnen sein; sondern es müssen hierunter notwendig auch seine ausführenden Organe, die Verwaltungsorganisation, die Beamten, mit einbegriffen werden. Was aber deren Position anbetrifft, so haben in neuerer Zeit vor allem die Forschungen Reinhart Koselleks deutlich gezeigt, wie eng bereits in der ersten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts die Beamenschaft dem Bürgertum, also „der Gesellschaft“, verbunden war³⁹⁾: man kann nach jenen Ergebnissen Koselleks durchaus davon sprechen — und Herbert Krüger hat, wie Sie wissen, diese überzeugende Konsequenz auch gezogen —, daß zu jener Zeit das Bürgertum (in diesem Sinne also: „die Gesellschaft“) durch die Beamenschaft an der Konstituierung des Staates teilnahm, ja sich den modernen „Staat“ überhaupt erst schuf⁴⁰⁾. Mit diesem Ergebnis entfällt indessen für uns die Möglichkeit, das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative im konstitutionellen Staat auf einen Gegensatz der politischen Faktoren „Monarch“ und „Volk“ oder „Staat“ und „Gesellschaft“ zurückzuführen — auf der anderen Seite könnte es uns freilich das Verständnis dafür erleichtern, wie es denkbar sein konnte, daß im klassischen Land der Gewaltenteilung, den Vereinigten Staaten, das Gewaltenteilungssystem seit nunmehr fast zweihundert Jahren funktionsfähig blieb, obwohl dort von jeher alle drei Gewalten in der Hand des gleichen politischen „Faktors“ (eben der Gesellschaft) gelegen haben.

Selbst wenn aber alle hier soeben skizzierten Bedenken nicht zutreffen sollten, so könnte doch auch allein jene Zuordnung der beiden formellen Gewalten jeweils zu einem bestimmten politischen Machtpräsidenten uns das Prinzip

³⁹⁾ Koselleck, Staat und Gesellschaft in Preußen 1815—1848, in: Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz (oben Fußnote 31) S. 79 ff., bes. S. 87 ff.

⁴⁰⁾ Herbert Krüger, aaO. (oben Fußnote 4), S. 345 f.

der Abgrenzung noch nicht erklären, also nicht die Frage beantworten, woher seinerzeit die „konstitutionelle Theorie“ ihre Selbstgewißheit genommen hat, mit der sie aus der Fülle der möglichen Tätigkeiten des Staates einzelne der „Gesetzgebung“, andere der „Ausführung“ zuwies — und warum man nicht etwa gar, nach dem Vorschlag des Grafen Destutt de Tracy⁴¹⁾, umgekehrt die Gesetzgebung dem Monarchen und stattdessen die Ausführung der Gesetze, die doch den einzelnen unter Umständen noch wesentlich schwerer treffe, mehreren, also einem Parlament, übertrug. Über das Faktum der sozialen Machtverteilung werden wir also in jedem Falle hinaus — bzw. dahinter zurück — fragen müssen.

Die Antwort ist offenbar im Gesetzesbegriff des neunzehnten Jahrhunderts zu suchen; genauer gesagt: in seinem Begriff des spezifisch „allgemeinen“ Gesetzes. Wie kommt es zu diesem Begriff und darüber hinaus zu der Forderung, daß gerade das in solcher Weise gekennzeichnete „allgemeine Gesetz“ dem Volk — oder seinen Repräsentanten — übertragen werden solle?

III.

Setzen wir bei Kant an, dessen Einfluß auf das politische und staatsrechtliche deutsche Schrifttum in der ersten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts ohnehin kaum hoch genug eingeschätzt werden kann. Im § 46 seiner 1797 erschienenen „Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre“⁴²⁾ findet sich bei ihm der bekannte Ausspruch, daß — ich zitiere —

„nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, sofern ein jeder über alle und alle über einen jeden ebendasselbe beschließen, mithin nur der allgemein vereinigte Volkswille gesetzgebend sein“

könne, und zwar dies mit der Begründung, es sei — ich zitiere wiederum —

„wenn jemand etwas gegen einen anderen verfügt, immer möglich, daß er ihm dadurch unrecht tue, nie aber in dem, was er über sich selbst beschließt (denn *volenti non fit iniuria*)“.

Auf den ersten Blick sind wir heute geneigt, diese Ausführungen Kants für reichlich „formalistisch“ zu halten. Außerdem hat es den Anschein, Kant verkenne hier entweder die

⁴¹⁾ Destutt de Tracy, *Commentaire sur l'esprit des lois de Montesquieu*, Paris 1817, I. 11 ch. 2, zit. nach: von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Bd. 2: *Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre*, Stuttgart 1840, S. 220.

⁴²⁾ Oben Fußnote 16 (= S. 432 der hier benutzten Ausgabe).

Möglichkeit, daß jemand in der Versammlung des Volkes auch überstimmt werden könne, oder aber seine Forderung sei, falls er nämlich mit seiner These für jeden Gesetzesbeschluß Einstimmigkeit verlangen wolle, praktisch undurchführbar und insofern also ebenfalls unrealistisch. Um so mehr muß es dann freilich überraschen, daß selbst bei dem Hegel-Schüler Lorenz von Stein die Forderung nach einer Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung noch in ganz ähnlicher Weise begründet wird⁴³). Offenbar haben wir einen methodischen Fehler begangen: nämlich den, die Überzeugungskraft jener Thesen Kants ohne weitere Reflektion von unserem heutigen Denksystem her zu beurteilen, statt — wie es nun einmal notwendig ist, um mit einem Denker vom Range Kants in ein „Gespräch“ zu kommen — seine Thesen und Begründungen zunächst einmal ernst zu nehmen und sie von ihrem eigenen System und von ihren eigenen Voraussetzungen her zu bedenken.

Sehen wir in diesem Sinne näher zu, so ergibt sich, daß Kant bereits vier Jahre vor Erscheinen seiner „Metaphysik der Sitten“ — in seiner Schrift „Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“ mit unseren Einwendungen schon befaßt hat. Er betont hier, daß in der Tat die Einstimmigkeit aller Bürger erforderlich sei⁴⁴); aber dies freilich nur für den „ursprünglichen Staatsvertrag“, den Kant indessen nicht als ein historisches Faktum, sondern als „bloße Idee der Vernunft“⁴⁵) — wir mögen sagen: als eine zum Verständnis des positiv geltenden Rechts lediglich „vorausgesetzte“ Grundnorm — begreift. Gleichwohl habe jener Gedanke, so fährt Kant fort, eine

⁴³) v. Stein, Verwaltungslehre I/1 (oben Fußnote 23), S. 85 ff. Bei Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958, S. 152 ff., wird diese Seite des Steinschen „institutionellen“ Gesetzesbegriffs — den Böckenförde in einen scharfen Gegensatz zum vernunftrechtlichen Gesetzesbegriff, etwa auch Kants (aaO. S. 94 ff.) stellt — m. E. nicht genügend gewürdigt. Auf Kant, nicht auf Hegel, geht übrigens auch v. Steins Begriff des „Rechtes“ als der „Unverletzlichkeit eines persönlichen Lebens durch die That des andern“ zurück (v. Stein aaO. S. 21, vgl. entsprechend Kant aaO., Einleitung in die Rechtslehre, § B [= S. 337], dagegen Hegel aaO. § 29 [= S. 45]), der für v. Steins weitere Darlegungen, etwa über das Staatsrecht, das Verwaltungsrecht usw. grundlegend ist und von ihm in der Folge immer wieder aufgenommen wird (vgl. etwa aaO. S. 23, 58 und öfter).

⁴⁴) Kant, Über den Gemeinspruch . . ., zuerst Berlinische Monatschrift, September 1793, S. 201 ff., hier nach: Werke, ed. Weischedel, Bd. 6 (oben Fußnote 26), S. 125 ff., II 3 (= S. 152).

⁴⁵) AaO., „Folgerung“ nach II 3 (= S. 153).

„unbezweifelte (praktische) Realität . . . : nämlich jeden Gesetzgeber zu verbinden, daß er seine Gesetze so gebe, als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volkes haben entspringen können . . . Denn das ist der Proberstein der Rechtmäßigkeit eines jeden öffentlichen Gesetzes. Ist nämlich dieses so beschaffen, daß ein ganzes Volk unmöglich dazu seine Einstimmung geben könnte . . .⁴⁶⁾, so ist es nicht gerecht; ist es aber nur möglich, daß ein Volk dazu zusammen stimme, so ist es Pflicht, das Gesetz für gerecht zu halten: gesetzt auch, daß das Volk itzt in einer solchen Lage, oder Stimmung seiner Denkgungsart wäre, daß es, wenn es darum befragt würde, wahrscheinlicherweise seine Beistimmung verweigern würde“.

Kant gibt sodann noch einige Beispiele: so sei etwa eine allen Untertanen gleichmäßig auferlegte Kriegssteuer auch dann gerecht, wenn sie drückend sei und deshalb faktisch wohl kaum von allen Bürgern akzeptiert werden würde; würden aber nur einzelne mit einer solchen Abgabe belastet, so sei offenkundig, daß ein Volk in seiner Gesamtheit dem nicht zustimmen könne⁴⁷⁾.

Hier wird nun freilich deutlich, wie jenes Zitat aus der „Metaphysik der Sitten“ verstanden sein will: nicht im Sinne einer faktischen Übereinstimmung zu jedem Gesetz, sondern im Sinne eines Prinzips für die Gesetzgebung als deren sachlicher Maßstab⁴⁸⁾. Die „Allgemeinheit“ des Gesetzes — daß „ein jeder über alle und alle über einen jeden ebendasselbe beschließen“ — ist also trotz ihres scheinbaren „Formalismus“ in Wahrheit für Kant eine Forderung materiell-

⁴⁶⁾ Zu ergänzen ist: sie nicht einstimmig geben könnte.

⁴⁷⁾ AaO., „Folgerung“ nach II 3, Fußnote (= S. 154).

⁴⁸⁾ Der Referent verdankt Herrn Prof. Helmut Quaritsch, Bochum, den Hinweis, daß Kant hierbei — wenngleich wohl unbewußt — an einen Satz des mittelalterlichen und früh-neuzeitlichen Staatsrechts anknüpfen konnte, dem die ältere Publizistik in Anlehnung an Cod. 5.59.5.2 die Form „quod omnes tangit, ab omnibus comprobetur“ gegeben hatte; vgl. darüber im einzelnen: Quaritsch, Staat und Souveränität, Eine Studie zum Begriff des neuzeitlichen Staates, noch ungedruckte Hamburger Habilitationsschrift, Typoskript S. 228 f. mit Fußnote 1. Für den vorliegenden Zusammenhang ist indessen nicht die „Vorgeschichte“ jenes Gedankens, sondern lediglich dessen Stellung im Gedankensystem Kants von Bedeutung: mochte das mittelalterliche Staatsrecht in der Tat die faktische Beistimmung aller Betroffenen verlangen (natürlich nicht im modern-demokratischen Sinne, sondern nur der „Großen“ des Reiches: so mit Recht auch Quaritsch aaO.), so war dieser Gedanke für eine demokratische — bzw. im Sinne Kants „republikanische“ — Verfassung nicht mehr vollziehbar; er wird ersetzt (und damit völlig verändert) durch das Prinzip einer „möglichen“ Zustimmung aller Bürger, d. h. also durch den kategorischen Imperativ.

ler Gerechtigkeit. Die enge Verwandtschaft dieses Gedankens mit dem „kategorischen Imperativ“ (auch hinsichtlich des „Formalismus“-Vorwurfs) ist unverkennbar; mit vollem Recht hat deshalb unlängst Konrad Huber darauf hingewiesen, daß Kant hier seinen moralischen Gesetzesbegriff in den Bereich des Staatsrechtes übertrage⁴⁹⁾. Dem staatlichen Gesetz wird „Allgemeinheit“ um deswillen vindiziert, weil „Allgemeinheit“ für Kant eben auch die Struktur des Moralisch-Sittlichen ist. Die faktische Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung aber wird keineswegs unbedingt gefordert: sie kann durchaus „Despotismus“ sein — wo nämlich nicht durch Trennung der Gesetzgebung von der Vollziehung die „Allgemeinheit“ des Gesetzes auch förmlich gewährleistet ist⁵⁰⁾ — und erscheint als eine praktische Forderung lediglich deshalb, weil sie in Verbindung mit einem System der Gewaltenteilung am ehesten die materielle „Allgemeinheit“ des Gesetzesbeschlusses und insofern „Freiheit“ — nämlich ein Leben unter gerechten Gesetzen — zu gewährleisten scheint.

Haben wir diese moralische Qualität des „Allgemeinheits“-Begriffes bei Kant erst einmal akzeptiert, so ist es nicht schwierig, die gleiche Übereinstimmung zwischen „moralischer“ und — *sit venia verbo* — „staatsrechtlicher Allgemeinheit“ auch bei den anderen Klassikern der konstitutionellen Lehre zu zeigen. So voran bei Montesquieu, der, noch ganz in der Tradition der Aufklärungsphilosophie, das positive Gesetz als einen unmittelbaren Anwendungsfall der „raison humaine“ begreift⁵¹⁾ und der nur deshalb, weil er in diesem Sinne das „Gesetz“ mit der „Vernunft“ identifiziert, in aller Naivität sagen kann, die politische Freiheit bestehe darin, „de faire tout ce que les lois permettent“⁵²⁾. So möglicherweise selbst auch bei Rousseau, der ebenfalls die Gerechtigkeit der *volonté générale* mit dem Hinweis auf ihre inhaltliche Allgemeinheit begründet und ihr in dieser Form eine „rectitude naturelle“ zuschreibt, die sie sogleich verliere, wenn sie sich auf einen Einzelfall wende⁵³⁾. So sicherlich ferner bei Hegel: die Sittlichkeit ist für ihn die Idee der Freiheit als der sich selbst bestimmenden Allgemeinheit; Aufgabe der Gesetzgebung ist es, dieses Allgemeine (und somit auch Sittliche) „zu bestim-

49) Konrad Huber aaO. (oben Fußnote 5) S. 133 ff., insbes. S. 138.

50) Kant, Zum ewigen Frieden (oben Fußnote 26) aaO.

51) Montesquieu aaO. (oben Fußnote 12) l. 1 ch. 3.

52) AaO. l. 11 ch. 3.

53) Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, l. 2 ch. 4, 5. Absatz.

men und festzusetzen⁵⁴). So schließlich bei Stein, der zwar nicht im eigentlichen Sinne zu den „Klassikern“ des Konstitutionalismus gehört, aber sicherlich dessen bedeutendster Interpret ist: das Gesetz ist für ihn nicht nur der „freie Staatswille“, sondern zugleich auch der „ethische Staatswille“⁵⁵; „das Princip, daß jede Willensbestimmung des Staats ihrem Wesen nach durch Mitbestimmung aller Staatsbürger, ... daß sie ihrer höheren Idee nach ein Gesetz sein solle, ist demnach ein sittliches Princip“⁵⁶).

Es dürfte deshalb wohl gestattet sein, mit aller Vorsicht zu folgern:

Der Unterschied zwischen dem Gesetzesbegriff des Frühkonstitutionalismus und unserem heutigen, weitgehend formalisierten und technisierten Gesetzesbegriff liegt offenbar darin, daß dem „allgemeinen Gesetz“ zu jener Zeit noch ein sittlicher Wert zugeschrieben wurde. Das ist nicht so frappierend, wie es zunächst vielleicht scheinen mag. Wir wissen ja, daß etwa für das Rechtsverständnis des Mittelalters Recht und Sittlichkeit noch durchaus (im Begriff des „guten alten Rechts“) wesentlich und konkret verbunden waren⁵⁷). Dem Rechtsdenken der Neuzeit ist diese unmittelbare Verknüpfung von Recht und Sittlichkeit allerdings verloren gegangen. Doch ist, wie sich zeigt, diese Entwicklung offenbar nicht so zu verstehen, als habe der moderne Gesetzesbegriff das Rechtsverständnis des Mittelalters zu einem bestimmten Zeitpunkt unmittelbar abgelöst und verdrängt: die Entwicklung ist vielmehr stufenweise verlaufen — wobei die Verfassungslehre des Frühkonstitutionalismus eine dieser Entwicklungsstufen repräsentiert, ihr aber noch keineswegs unser heutiges Gesetzesverständnis unterlegt werden darf. Die „Allgemeinheit“ des Gesetzes wurde in dieser Lehre um deswillen vorausgesetzt und gefordert, weil man sich in der Zeit der Aufklärung und noch der deutschen idealistischen Philosophie, bei allen sonst bestehenden philosophischen Auffassungsdifferenzen, doch übereinstimmend das Sittliche nur als ein Allgemeines zu denken vermochte. Auf Grund dieser „Allgemeinheit“ besitzt das Gesetz einen sittlichen

⁵⁴) Hegel aaO. (oben Fußnote 17) §§ 21, 24, 142, 273 (= S. 40, 42 f., 142, 235).

⁵⁵) v. Stein aaO. (oben Fußnote 23) S. 85 ff.

⁵⁶) v. Stein aaO. S. 86.

⁵⁷) Otto Brunner, Land und Herrschaft (oben Fußnote 30), S. 133 ff.; Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl., Göttingen 1958, S. 12 ff.; Fritz Kern, Über die mittelalterliche Anschauung vom Recht, HZ Bd. 115 S. 496 ff.; ders., Recht und Verfassung im Mittelalter, HZ Bd. 120 S. 1 ff.

Rang; dagegen wird der „Ausführung“ jener gleiche Rang nicht zugestanden („Daß es daneben“ — neben dem Gesetz — „auch Verordnungen geben solle“, schreibt Stein, „ist... nur eine wesentlich praktische Forderung“⁴⁸). Die Sicherheit ihrer Grenzziehung nimmt die konstitutionelle Staatslehre also daher, daß für sie die „Setzung“ dieses „Allgemeinen“ und dessen „Ausführung“ im „Besonderen“ etwas — seinem ethischen Range nach — *Verschiedenes* ist; zugleich erklärt sich die Einbeziehung der Rechtsprechung in die Ausführung ohne weiteres daraus, daß ja auch sie es nur mit dem „Besonderen“ zu tun hat, sie also nicht am sittlich höheren Rang des „Allgemeinen“ partizipiert. Im Positivismus der Jahrhundertwende wird diese moralische Allgemeinheit dann freilich zu einer lediglich noch formalen Allgemeinheit verflacht.

Wenn diese Hypothese zutreffend ist, muß sie freilich in der Lage sein, auch den „Substanzverlust“ der Unterscheidung von Legislative und Exekutive in der Gegenwart zu erklären. In der Tat ist das möglich:

Denn trotz aller Auffassungsverschiedenheiten im einzelnen, deren es selbstverständlich in der heutigen Philosophie nicht weniger gibt als früher, scheint doch der Philosophie unserer Gegenwart *der* eine Grundzug gemeinsam zu sein, daß sie, sofern sie sich nur überhaupt mit Fragen des sittlichen Handelns befaßt — und soweit sie Philosophie von Rang ist —, einen unmittelbaren sittlichen Wert heute immer stärker nur noch der einzelnen *konkreten Entscheidung*, nicht aber generellen Prinzipien beizumessen vermag⁴⁹): dabei ist

⁴⁸) v. Stein aaO. (oben Fußnote 23) S. 86.

⁴⁹) Eine abschließende oder auch nur einigermaßen umfassende Nachweisung aller Autoren zu geben, welche sich in neuerer Zeit in diesem Sinne geäußert haben, ist hier selbstverständlich weder beabsichtigt noch auch überhaupt möglich. Lediglich zur näheren Verdeutlichung dessen, was die im Text aufgestellte Behauptung besagen möchte, sollen hier nachstehend einige Namen aufgeführt werden — wobei der Referent in keiner Weise verkennt, daß die vorgenommene Auswahl durchaus willkürlich ist, daß insbesondere auch noch manche andere Autoren hätten genannt werden können, ja vielleicht hätten genannt werden müssen. Vorab ist notwendig des Johannes Climacus (S. Kierkegaard) „Abschließende unwissenschaftliche Nachschrift zu den Philosophischen Brocken“, Kopenhagen 1846, (Übersetzung von H. M. Junghans, Düsseldorf und Köln 1957/58), zu nennen; eine Verweisung auf einzelne Seiten verbietet sich freilich bei diesem Autor von selbst. Sodann aus dem neueren Schrifttum etwa: Buber, *Zwiesprache* (1930), jetzt in: *Die Schriften über das dialogische Prinzip*, Heidelberg 1954, S. 123 ff. (147 ff.); ders., *Die Frage an den Einzelnen* (1936), jetzt aaO. S. 183 ff. (230 ff.); Bultmann, *Das christliche Gebot der Nächstenliebe* (1930), jetzt in: *Glauben und Verstehen*, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen

bezeichnend, daß sowohl überzeugte christliche Denker wie erklärte Atheisten sich in diesem Punkt einig finden. Allenfalls der Thomismus mag, ich möchte das hier dahingestellt lassen, eine Ausnahme machen; im übrigen war aber wohl die Wertphilosophie der letzte Versuch, noch generelle Prinzipien des sittlichen Handelns zu retten. Indessen mit ihr ist, wenn der Jurist insoweit den Worten eines hochangesehenen katholischen Philosophen Glauben schenken darf, schon heute „kein Hund mehr hinter dem Ofen hervorzulocken“⁶⁰⁾. Die Lehren des abgefallenen Hegel-Schülers Søren Kierkegaard haben in diesem Bereich eine Wirkung gehabt, deren ganze Bedeutung wir heute wohl kaum bereits abschätzen können; im Streit um die Verfassungsmäßigkeit des § 25 Wehrpflichtgesetz haben wir eine geringe Kostprobe von der Sprengkraft seiner Ideen bekommen⁶¹⁾.

1958, S. 229 ff. (239); Grisebach, Gegenwart, Halle/Saale 1928, bes. S. 579, 586 ff.; Jaspers, Philosophie, Bd. 2, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1956, S. 354 ff.; Sartre, Das Sein und das Nichts, Versuch einer phänomenologischen Ontologie, Paris 1943, Teil 4, Kap. 1, Abschnitte 2 und 3 (Übersetzung von J. Steller u. a., Hamburg 1962, dort S. 610 ff., 696 ff.). — Auch auf die zunehmende Tendenz des neueren rechtsphilosophischen Schrifttums, dem Begriff der „Gerechtigkeit“ (des „Naturrechts“) einen geschichtlich-konkreten Gehalt zu geben, sei in diesem Zusammenhang hingewiesen; Nachweise hierzu bei Klaus Vogel, aaO. (oben Fußnote 29) S. 141 Fußnote 77; darüber hinaus jetzt bes. auch: Böckenförde, Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: Collegium philosophicum, Studien, Joachim Ritter zum 60. Geburtstag, Basel und Stuttgart 1965, S. 9 ff., hier S. 35 f.

⁶⁰⁾ Max Müller, Philosophische Grundlagen der Politik, in: Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt a. M. 1962, S. 282 ff., hier S. 307.

⁶¹⁾ Vgl. die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. 12. 1960, BVerfGE Bd. 12 S. 45 ff., bes. S. 55: „Eine Gewissensentscheidung wird — das folgt aus ihrem Wesen — stets angesichts einer bestimmten Lage getroffen, in der es innerlich unabweisbar wird, sich zu entscheiden; der Ruf des Gewissens wird dem Einzelnen vernehmbar als eine sittliche und unbedingt verbindliche Entscheidung über das ihm gebotene Verhalten. In diesem Sinn ist die Gewissensentscheidung wesenhaft und immer ‚situationsbezogen‘ ...“, und S. 60 f.: „Es ist nicht anzunehmen, daß ihm (= dem Kriegsdienstverweigerer, Ref.) eine Gewissensentscheidung darüber abverlangt werden solle, ob er sich an einer kriegerischen Auseinandersetzung zwischen irgendwelchen Staaten zu irgendeiner Zeit beteiligen dürfte oder ob gar andere dies tun sollten ... (Hiermit) ... wäre das Gewissen ... überfordert, da es nicht wohl über das Verhalten in einer Situation urteilen kann, deren Eintreten ganz unwahrscheinlich, wenn nicht praktisch unmöglich ist...“. Allerdings betont das Bundesverfassungsgericht aaO. S. 55, daß die Gewissensentscheidung zugleich auch normbezogen sein könne, dies aber doch nur im Sinne einer Beziehung auf solche Normen, die jeweils der einzelne, etwa aus einer grundsätzlichen weltanschaulichen Überzeu-

Aus jener Zuspitzung des Sittlichen auf die einzelne konkrete Entscheidung läßt sich zunächst schon einmal der ungeheure Autoritätsgewinn der rechtsprechenden Gewalt erklären. Das ist keineswegs im Sinne einer Apologie des „Richterstaates“ gemeint: der Referent würde persönlich die beiden anderen Gewalten nicht geringer achten und wäre geneigt, jeder Grenzüberschreitung der „dritten Gewalt“ nachdrücklichst entgegenzutreten. Aber die unmittelbare Verwirklichung der Gerechtigkeit kann eben nach heutigem Verständnis nicht mehr Sache des „allgemeinen Gesetzes“, sie kann vielmehr lediglich noch Sache der Rechtsprechung sein. Peter Schneiders Formulierung von der „bewahrenden“ Aufgabe der Rechtsprechung⁶²⁾ würde ich in diesem Zusammenhang freilich für zu eng halten; beipflichten würde ich ihm aber darin, daß die beiden anderen Gewalten heute vorzugsweise „Gestaltungsaufgaben“ haben: damit erklärt sich zugleich, warum die Verwaltung, obwohl doch ebenfalls überwiegend mit der Entscheidung von Einzelfällen befaßt, an jenem Autoritätsgewinn der rechtsprechenden Gewalt nicht im gleichen Maß teilgenommen hat. Die Gerechtigkeit ist für sie — wie heute ebenso für den Gesetzgeber — nur noch ein Grenz-begriff. Ob es allenfalls möglich ist, den zwischen ihnen und der rechtsprechenden Gewalt bestehenden Unterschied mit den aristotelischen Kategorien der iustitia commutativa und distributiva⁶³⁾ zu veranschaulichen, mag in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben; jedenfalls wären dann aber Legislative und Exekutive an die iustitia distributiva in gleicher Weise gebunden (und wären ihre Maßnahmen unter diesem Aspekt für die Judikative wohl kaum überprüfbar).

Ist aber die Verwirklichung der Gerechtigkeit — d. h. zumindest der iustitia commutativa — von der Gesetzgebung auf die Rechtsprechung übergegangen, so fehlt es heute im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive an dem prinzipiellen Unterschied, welcher seinerzeit der konstitutionellen Verfassungslehre ihre Grenzziehung möglich gemacht hat. Diese Aussage sollte freilich nicht mißverstanden werden. Sie möchte keineswegs besagen, daß hier etwa die Er-

gung oder Glaubenshaltung heraus, seiner Gewissensentscheidung in einer bestimmten Lage zugrundelege. — Siehe ferner zur „situationsbedingten“ Kriegsdienstverweigerung bes. auch die Debatte des Deutschen Bundestags über § 25 WehrpflG am 6. und 7. 7. 1956, Sten. Ber. S. 8836 ff.

⁶²⁾ Peter Schneider, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, AöR Bd. 82 S. 1 ff., hier S. 12 ff.

⁶³⁾ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V Kap. 5 ff., 1130 b ff. Vgl. hierüber jetzt statt aller Zippelius, Das Wesen des Rechts, München 1965, S. 88 ff.

gebnisse einer bestimmten philosophischen Richtung zum verbindlichen Maßstab für die Auslegung des Verfassungsrechtes gemacht werden sollten. Nur: wenn wir die kühne These Hegels ernst nehmen, daß die Rechtswissenschaft „ein Teil der Philosophie“ sei⁶⁴), wenn wir ferner in maßgebenden Bereichen unserer Gegenwartsphilosophie einen Konsens feststellen, durch welchen die entscheidenden Voraussetzungen der klassischen Trennung zwischen Exekutive und Legislative außer Kraft gesetzt werden, wenn wir schließlich zu konstatieren haben, daß gleichzeitig offenbar auch der Rechtswissenschaft die Grenzziehung zwischen diesen beiden Gewalten problematisch geworden ist — dann liegt die Folgerung nicht so fern, daß zwischen diesen beiden Vorgängen ein objektiver und verifizierbarer Zusammenhang besteht: daß die „Selbstbewegung des Geistes“ in eine neue Phase getreten ist, in welcher bestimmte selbstverständliche Voraussetzungen der älteren Lehre, ob mit oder ob ohne Philosophie, offenbar nicht mehr nachvollzogen werden können. Nicht mehr, aber auch nicht weniger, möchte die hier vorgetragene Hypothese besagen.

Ist aber eine prinzipielle Grenzziehung zwischen Legislative und Exekutive nach dem Vorgang der konstitutionellen Verfassungstheorie nicht mehr möglich, so kann die Frage heute lediglich noch dahin gestellt werden, ob — und in welchem Sinne — sich etwa auf Grund unseres positiven Verfassungsrechts eine derartige Grenzziehung zwischen den Sphären des Gesetzgebers und der Verwaltung vornehmen läßt.

IV.

Eindeutig und unmißverständlich fixiert ist durch das Grundgesetz lediglich das Rangverhältnis der beiden Gewalten: die Bindung der Verwaltung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG), also der „Vorrang des Gesetzes“ im Sinne der anschaulichen Terminologie Otto Meyers⁶⁵).

Diese grundsätzliche Überordnung des Gesetzgebers über die Verwaltung wird freilich heute bei uns unter dem Einfluß Merkl's und Kelsens (sowie überdies auch einer fast hundertjährigen verfassungsrechtlichen Tradition) vielfach bereits als etwas ganz Selbstverständliches, als der Ausfluß eines „rechtslogisch“ oder rechtstheoretisch vorgegebenen Rangver-

⁶⁴) Hegel, aaO. (oben Fußnote 17) § 2 (= S. 19).

⁶⁵) AaO. (oben Fußnote 27) S. 72 ff.; 3. Aufl., Berlin 1923, Bd. 1 S. 65 (im folgenden wird lediglich noch nach der 3. Aufl. zitiert).

hältnisses unter den Rechtsnormen angesehen⁶⁶). Es mag deshalb hier Anlaß für den ausdrücklichen Hinweis bestehen, daß nach Auffassung des Referenten gerade umgekehrt erst der verfassungsrechtliche Vorrang des Gesetzes dessen logischen Vorrang konstituiert. Das Gesetz ist nämlich den Rechtsakten der Verwaltung *logisch* lediglich insofern vorgeordnet, als es die Geltungsbedingungen der von der Verwaltung gesetzten Rechtsakte festlegt⁶⁷). Das braucht indessen keineswegs notwendig der Fall zu sein; denn es ist ohne weiteres denkbar, daß eine Verfassung, wie etwa Art. 37 der geltenden französischen Verfassung von 1958, den Verwaltungsorganen *unmittelbar* die Befugnis zum Erlaß von Verordnungen und Verwaltungsakten einräumt. Selbst auch im deutschen Verfassungsrecht haben sich, wie des näheren noch zu zeigen sein wird, gewisse Bereiche einer solchen verfassungsunmittelbaren Regelungsbefugnis der Verwaltung erhalten. In derartigen Fällen besteht aber ein *logischer* Vorrang des Gesetzes überhaupt nur insoweit, als es zulässigerweise — und dann freilich auf Grund seines positiv-rechtlichen Vorrangs mit bindender Wirkung auch für alle Verwaltungsbehörden — bestimmte Geltungsbedingungen für die betreffenden Rechtsakte der Verwaltung normiert.

Der verfassungsrechtliche Vorrang des Gesetzes gegenüber den Rechtsakten der Verwaltung ist überdies auch *unabhängig* vom logischen Rangverhältnis der Normen. So nimmt etwa ohne logischen Widerspruch die heutige französische Verwaltungsrechtslehre an, daß doch auch selbst nach dem geltenden Verfassungsrecht Frankreichs dem Gesetz ein Vorrang gegenüber allen Rechtsakten der Verwaltung, also auch gegenüber den „autonomen“ *règlements* des Art. 37 zuzuerkennen sei⁶⁸). Praktisch würde sich dieser Vorrang insbesondere dann äußern, wenn ausnahmsweise einmal ein Gesetz entgegen den Art. 34 und 37 im Bereich des ausschließlichen

⁶⁶) Sog. „Stufenbau der Rechtsordnung“; vgl. statt aller: M e r k l, Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig und Wien 1923, S. 207 ff.; d e r s., Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Festschrift Hans Kelsen, Wien 1931, S. 252 ff.; K e l s e n, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl., Tübingen 1928, S. 118 f. Fußnote 2; d e r s., Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 234, 248 ff.; d e r s., Reine Rechtslehre, Wien 1960, S. 196 ff., 228 ff.

⁶⁷) Im einzelnen hierzu: Klaus Vogel, aaO. (oben Fußnote 29), S. 245 ff., bes. S. 264 ff.

⁶⁸) D e L a u b a d è r e, Traité élémentaire de droit administratif, 3. Aufl., Paris 1963, Bd. 1, S. 76 f.; R i v e r o, Droit administratif, 3. Aufl., Paris 1965, S. 60 f.; W a l i n e, Droit administratif, 9. Aufl., Paris 1963, S. 130.

pouvoir réglementaire der Verwaltung zustandekäme: auch ein solches Gesetz würde den règlements der Verwaltung vorgehen⁶⁹⁾. Der Vorrang des Gesetzes beruht deshalb in keiner Weise auf einem logischen Prinzip, sondern allein auf einer politischen Verfassungsentscheidung, die freilich rechtsstaatlich-demokratischen Verfassungstraditionen entspricht und deshalb auch vom Verfassungsgeber des Grundgesetzes als eine verfassungspolitische „Selbstverständlichkeit“ in das Grundgesetz übernommen wurde.

Andererseits unterliegt, auch nach geltendem deutschen Recht, der Gedanke der Überordnung des Gesetzgebers über die Verwaltung einer bedeutsamen Einschränkung: ein Verwaltungsakt, der gegen das Gesetz verstößt, ist in der Regel gleichwohl vorläufig gültig und bleibt unter Umständen gültig, wenn die Anfechtungsfrist versäumt wird. Hier verzichtet also das Gesetz selber auf seinen Vorrang; ein allgemeiner gesetzlicher „Fehlerkalkül“, eine „Rechtskraftnorm“ im Sinne Schreiers⁷⁰⁾, sichert selbst auch dem gesetzwidrigen Verwaltungsakt seinen Bestand.

Ist somit das Rangverhältnis zwischen Gesetzgeber und Verwaltung nach geltendem Recht geklärt, so gilt das für die sonstige Abgrenzung leider nicht in gleicher Weise. Diese Frage soll hier zunächst mit Bezug auf die der Verwaltung, sodann mit Bezug auf die dem Gesetzgeber — möglicherweise — gezogenen Grenzen erörtert werden.

V.

Die wichtigste der Verwaltung in materieller Hinsicht gezogene Grenze sieht die überkommene deutsche Lehre im sog. „Vorbehalt des Gesetzes“; auch dieser Ausdruck, der bewußt jenen „Vorbehalt“ gleichwertig neben den „Vorrang des

⁶⁹⁾ Daß ein Gesetz im Vorbehaltsbereich des Art. 37 ergehen kann — wenn nämlich die Regierung von ihrer verfassungsrechtlichen Befugnis, im parlamentarischen Verfahren die Unzulässigkeit eines solchen Gesetzes geltend zu machen, keinen Gebrauch macht —, ist bei der Ausarbeitung der Verfassung von 1958 ausdrücklich erwo-gen worden. Der Art. 37 bestimmt für diesen Fall, daß die Regierung ein solches Gesetz erst nach vorgängiger Entscheidung des Conseil constitutionnel abändern könne, d. h. also, daß es bis zu einer solchen Entscheidung auch für sie verbindlich ist. Vgl. darüber bes. Waline aaO. S. 130 f.

⁷⁰⁾ Merkl, Rechtskraft (oben Fußnote 66), S. 293; Schreier, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, Leipzig und Wien 1924, S. 183 f.

Gesetzes“ zu stellen sucht, geht, wie Sie wissen, auf Otto Mayer zurück⁷¹). Die Reichweite jenes „Vorbehalts“ ist jedoch seit einer Reihe von Jahren umstritten; wegen der Einzelheiten kann hier auf die Kölner Beratungen dieser Vereinigung, insbesondere auf das grundlegende Referat von Herrn Mallmann, verwiesen werden⁷²). In der Zwischenzeit ist die Diskussion vor allem durch Dietrich Jesch⁷³) und Hans Heinrich Rupp⁷⁴) entscheidend gefördert worden. Auch die gewichtigen Argumente dieser beiden Autoren wird man aber wohl nicht als eine abschließende Klärung der Problematik betrachten können: ihrer Argumentation aus der „Verfassungsstruktur“ hat bereits Konrad Huber entgegengehalten, daß sich bei Veränderungen der Verfassungsstruktur „zwar der Sinn einer überkommenen Institution für das Ganze, nicht notwendig aber deren innere Struktur ändern“ müsse⁷⁵). Darüber hinaus wird man auch zu bedenken haben, daß jene von Jesch sog. „Verfassungsstruktur“, also das verfassungsrechtlich „vorgegebene“ Verhältnis von Parlament und Exekutive, doch gerade auch durch die Frage nach der Notwendigkeit einer Ermächtigung für bestimmte Verwaltungsmaßnahmen ganz wesentlich mitbestimmt wird; es scheint deshalb methodisch nicht ganz unbedenklich, wenn hier von einer — erst zu ermittelnden — „Verfassungsstruktur“ her rückschließend dann wiederum der Umfang jenes „Gesetzesvorbehalts“ überhaupt erst bestimmt werden soll⁷⁶).

⁷¹) AaO. (oben Fußnote 65), S. 65, 70 mit Fußnote 11.

⁷²) Vgl. oben Fußnote 1. — Aus dem nach jenen Kölner Referaten erschienenen Schrifttum sind außer den oben aaO. schon genannten Veröffentlichungen noch die folgenden besonders hervorzuheben: Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961 S. 161 ff.; Flehingham, Die Bundesfondsverwaltung, Verfassungsrechtliche Probleme der staatlichen Verwaltung durch Vergabe von Subventionen und Zuschüssen, Diss. München 1962; Gröpl, Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz, BayVBl. 1962 S. 193 ff.; Schilling, Rechtsfragen der Fondswirtschaft, BayVBl. 1962 S. 196 ff.; Völcker, Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und die Leistungsverwaltung, Diss. München 1960, insbes. S. 74 ff. Ferner vgl. bes. HessVGh, Ur. v. 29. 11. 1962, DVBl. 1963 S. 443; zum erstinstanzl. Ur. des VG Frankfurt kritisch Menger VerwArch. Bd. 52 (1961) S. 196 (197 f.). Vgl. jetzt auch: Köttgen, Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965, S. 57 ff.

⁷³) Gesetz und Verwaltung (vgl. oben Fußnote 1).

⁷⁴) Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre (vgl. oben Fußnote 1).

⁷⁵) AaO. (oben Fußnote 5) S. 175 Fußnote 3.

⁷⁶) Hierzu auch kritisch Rupp aaO. (oben Fußnote 1) S. 132 und ff., der sich dann freilich im folgenden auch seinerseits — wenngleich unter Vermeidung jenes Zirkelschlusses — auf die „Verfassungs-

Abgesehen von dieser Frage nach seinem Umfang und seiner Tragweite wird aber jener Grundsatz vom „Vorbehalt des Gesetzes“ im heutigen deutschen Schrifttum praktisch einhellig als ein dem „Vorrang des Gesetzes“ gleichwertiger und ihn ergänzender Grundsatz unseres Verfassungsrechts anerkannt. Das ist um so überraschender, als es sich hier um eine spezifisch deutsche Rechtsfigur handelt, die im Verfassungs- und Verwaltungsrecht anderer Staaten rechtsstaatlich-demokratischer Verfassungstradition, etwa demjenigen Frankreichs⁷⁷⁾, völlig unbekannt ist. Vielleicht sollte man deshalb doch einmal die Frage aufwerfen, ob jene Konstruktion eines allgemeinen „Vorbehalts des Gesetzes“ wirklich auch heute noch unserer Verfassungsrechtslage entspricht, ob es vor allem nicht etwa möglich ist, den durch jenen Grundsatz bezeichneten Sachverhalt auch durch eine andere, möglicherweise dogmatisch weniger belastete Konstruktion zum Ausdruck zu bringen.

Die Entstehung der Lehre vom „Vorbehalt des Gesetzes“ darf hier als bekannt vorausgesetzt werden⁷⁸⁾. Das Erfordernis eines Gesetzes für Eingriffe in „Freiheit und Eigentum“ taucht zum erstenmal in einer Reihe von Verfassungsurkunden nach dem Wiener Kongreß auf, entwickelt sich im Laufe der Zeit zum anerkannten Mindestinhalt aller „landständischen“ Verfassungen und wird gegen Ende des Jahrhunderts bereits als selbstverständlicher Bestandteil auch derjenigen deutschen Verfassungen angesehen, die, wie die Reichsverfassung, einen ausdrücklichen Vorbehalt nicht enthielten. Von dieser Grundlage aus liegt die verfassungsrechtliche Funktion der Lehre vom „Vorbehalt des Gesetzes“ zu jener Zeit darin, den in der Reichsverfassung gar nicht, in Verfassungen der Bundesstaaten nur unvollkommen und lückenhaft vorgesehenen Grundrechtsschutz zu ergänzen: wie die Einzelgrundrechte der bundesstaatlichen Verfassungen, aber weit umfassender als sie, verbürgt der „Vorbehalt“ Schutz gegen Eingriffe der Verwaltung in „Freiheit und Eigentum“; wie sie läßt er dagegen Eingriffe des Gesetzgebers — oder auf gesetzlicher Grundlage — unbeschränkt zu. Mit vollem Recht konnte deshalb Gerhard Anschütz in seinem Kommentar zur Preußischen Verfassungsurkunde sagen, durch die Grundrechte seien, genau genommen, nur einzelne „Hauptpunkte“ der der staatlichen Exekutive auch bereits durch den allgemeinen Ge-

struktur“ beruft. Soweit Rupp seine Argumentation darüber hinaus noch auf Art. 80 GG stützt, vgl. dazu noch unten bei Fußnoten 120 f.

⁷⁷⁾ Vgl. bes. Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in: Conseil d'État, *Études et documents*, 1957 S. 25 ff.

⁷⁸⁾ Im einzelnen vgl. JeschaaO. (oben Fußnote 1) S. 108 ff.

setzesvorbehalt gezogenen Grenzen bezeichnet⁷⁹⁾; mit gleichem Recht konnte — noch zur Weimarer Zeit — Richard Thoma die Ansicht vertreten, durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung werde das in der Weimarer Verfassung nicht ausdrücklich genannte allgemeine Freiheitsgrundrecht verbürgt⁸⁰⁾.

Diese Doppelfunktion des Grundsatzes als Kompetenznorm und als Gewährleistung — eine Doppelfunktion, die er mit den Einzelgrundrechten jener Zeit teilt — hat bereits Dietrich Jesch zutreffend erkannt und hervorgehoben⁸¹⁾. Von hier

⁷⁹⁾ Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat, Bd. 1, Berlin 1912, S. 96 ff. (hier S. 98); ähnlich auch noch ders., Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933 (Neudruck Darmstadt 1960), S. 511: „ . . . eine kasuistisch gefaßte Darlegung (sic!) jenes allgemeinen formalen Prinzips, wonach die Verwaltungsorgane, dem Leitgedanken des Rechtsstaates entsprechend, in Freiheit und Eigentum des einzelnen nur auf Grund und innerhalb der Schranken des Gesetzes eingreifen dürfen . . .“

⁸⁰⁾ Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hrsg. von H. C. Nipperdey, Bd. 1, Berlin 1929, S. 1 ff., hier S. 15 f.; ähnlich auch bereits ders., Grundrechte und Polizeigewalt, in: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925, S. 183 ff., hier S. 185 f.

⁸¹⁾ Jesch, aaO. (oben Fußnote 1) S. 124 ff. — Es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß das 18. und 19. Jahrhundert zwischen Grundrechten und verfassungsorganisatorischen Grundsatznormen noch keineswegs mit der gleichen dogmatischen Schärfe unterschieden haben, mit der dies heute bei uns zu geschehen pflegt. Demgemäß enthalten alle „klassischen“ Grundrechts-erklärungen, wie selbstverständlich, auch verfassungsorganisatorische Sätze; vgl. etwa aus der Virginian Bill of Rights: section 2 (power), section 3 (form of government), section 5 (separation of powers), section 6 (election), section 7 (execution of laws), section 13 (militia); aus der französischen Déclaration des droits de l'homme et du citoyen: Art. 8 (peines), Art. 14 (contribution publique), Art. 15 (demande compte au argent public); aus der Frankfurter Reichsverfassung: § 132 Satz 3 (Reichswahlgesezt), § 133 Abs. 2 (Ausführungsgesetze), § 136 Abs. 2 („Auswanderungsangelegenheit“), § 150 (Zivil-ehe), § 151 (Personenstandsrecht), § 160 (Immunität der Beamten), § 167 (Patrimonialrechte), § 168 (Reallasten), § 173 (Steuergleichheit), § 174 (Gerichtsbarkeit), § 178 (Gerichtsverfahren), § 181 (Gewalten-teilung), § 187 (Volksvertretung) usw. Diese „Zusammenordnung“ von Grundrechten und verfassungsorganisatorischen Grundsatznormen ist sachlich durchaus berechtigt, wenn man bedenkt, daß schließlich beide im System der Verfassung dem gleichen Ziel dienen sollen: nämlich die Stellung des Staatsbürgers im Verhältnis zur Staatsgewalt — als Aktivbürger und Untertan — zu umschreiben und sicherzustellen. Demgegenüber wird man die heute übliche scharfe dogmatische Trennung, wo sie überspannt wird, als verfehlt zu betrachten haben.

aus ist es indes nur noch ein kleiner Schritt zu der Folgerung, daß, nachdem heute das allgemeine Freiheitsrecht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Art. 2 GG⁸²⁾, das Eigentum in Art. 14 GG gewährleistet ist, der „Vorbehalt des Gesetzes“ als ein besonderer Grundsatz neben dem Grundrechtssystem entbehrlich geworden ist. Denn bereits aus dem Vorrang der Grundrechte gegenüber der Verwaltung ergibt sich — auch das hat Jesch schon gesehen — die Folgerung, daß ein Eingriff der Verwaltung in den Grundrechtsbereich nur zulässig ist, wenn ein Gesetz (auf Grund eines verfassungsrechtlichen Regelungsvorbehalts) diesen Eingriff legitimiert⁸³⁾; die Lehre vom „Vorbehalt des Gesetzes“ wiederholt hier im Grunde nur, was sich auch unmittelbar bereits aus den Grundrechtsartikeln entnehmen läßt. Entschließen wir uns aber, auf dieses — freilich liebgewordene — Inventar zu verzichten, so ergeben sich unversehens neue Ansatzpunkte auch für die Frage, ob und in welchem Umfang für Maßnahmen der staatlichen Leistungsverwaltung eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich sei.

Statt — wie bisher — zu fragen, ob heute der „Vorbehalt des Gesetzes“ außer für Eingriffe in „Freiheit und Eigentum“ etwa auch für staatliche Leistungen gelte und insofern zu „erweitern“ sei, werden wir nunmehr so fragen müssen: Ist es denkbar, daß Maßnahmen der staatlichen Leistungsverwaltung als „Eingriffe“ in die Grundrechtssphäre des Bürgers, anders ausgedrückt: als Regelungen im Grundrechtsbereich⁸⁴⁾ erscheinen und insofern von einer gesetzlichen Ermächtigung abhängig sind? Sicherlich stellen sie keine Eingriffe in die Rechtsstellung des durch die Leistung Begünstigten dar — es sei denn, er werde zur Annahme der Leistung gezwungen —; aber wäre es möglich, daß in einer von Seiten des Staates gewährten Begünstigung ein „Eingriff“ in die Rechte der nichtbegünstigten Dritten, der Mitwettbewerber des Begünstigten, in ihr Eigentum (etwa ihre Erwerbsaussichten), in ihre Wettbewerbsfreiheit, ihren Anspruch auf Gleichbehandlung zu sehen sein könnte?

Bis noch vor etwa zehn Jahren hätte man diese Frage sicherlich schlechtweg verneint. Insbesondere in der Enteignungs-

⁸²⁾ Urteil vom 16. 1. 1957, BVerfGE Bd. 6 S. 32 ff.

⁸³⁾ Jesch aaO. (oben Fußnote 1) S. 31 f.

⁸⁴⁾ Die Vorstellung eines „Eingriffs“ in Grundrechte ist neuerdings bekanntlich durch Peter Häberle scharf angegriffen worden; vgl. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962, bes. S. 134 ff. Das vorliegende Referat möchte indes zu dieser Frage nicht Stellung nehmen; es stellt deshalb bewußt die beiden im Text gebrauchten Formulierungen als — für seine Zwecke — gleichwertig nebeneinander.

dogmatik konnte es als ausgemacht gelten, daß eine Enteignungsentschädigung nur beim Vorliegen eines unmittelbaren Eingriffs, d. h. eines Eingriffs in die Substanz des geschützten Rechtsguts, zu beanspruchen sei⁸⁵). Neuerdings läßt sich indes nicht verkennen, daß die Rechtsprechung mehr und mehr dazu übergeht — wohl zunächst im Anschluß an entsprechende Entwicklungen im Zivilrecht —, einen „Eingriff“ in subjektive Rechte auch dort anzunehmen, wo das Eigentum oder die freie Willensbestimmung nicht in direktem Zugriff, sondern lediglich mittelbar durch die Zufügung wirtschaftlicher Nachteile beeinträchtigt worden sind. Für die Enteignungsrechtsprechung ist in dieser Hinsicht kennzeichnend vor allem das vielerörterte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. 1. 1957⁸⁶), welches Ernst Forsthoff unlängst zum Anlaß genommen hat, den Gedanken einer „öffentlich-rechtlichen Vorteilsausgleichung“ zu entwickeln⁸⁷). Aber auch für den Bereich des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes hat das Bundesverfassungsgericht bereits frühzeitig den „Eingriffs“-Charakter solcher mittelbaren Beeinträchtigungen bejaht: zunächst stillschweigend, so etwa in seinem Beschluß über die Ehegattenbesteuerung⁸⁸); sodann ausdrücklich im Beschluß über die Schankerlaubnissteuer (im Anschluß an ein Gutachten von Gerhard Wacke⁸⁹); schließlich mit besonderer Folgerichtigkeit in seinem Zwischenurteil über die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen die umsatzsteuerliche Organschaft⁹⁰). Das Bundesverfassungsgericht betont in dieser letztgenannten Ent-

⁸⁵) Noch: BGH, Urt. v. 4. 2. 1957, BGHZ Bd. 23 S. 235 ff. (Veränd. der Wohnlage bei Mietobjekt), und Urt. v. 18. 9. 1959, BGHZ Bd. 31 S. 1 ff. (Verlust des Arbeitsplatzes durch Verbot der KPD); vgl. ferner bes. die Beispiele bei Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 8. Aufl. München und Berlin 1961, S. 305, sowie bei Jaenicke, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? Zur Haftung des Staates ohne Verschulden, VVDStRL 20 S. 135 ff., hier S. 162 f.

⁸⁶) BGHZ Bd. 23 S. 157 ff. Ferner vgl.: BGH, Urt. v. 2. 7. 1959, BGHZ Bd. 30 S. 241 ff.; BayObLG, Urt. v. 31. 1. 1964, MDR 1964 S. 597; BGH, Urt. v. 5. 7. 1965, DVBl. 1965 S. 908.

⁸⁷) Forsthoff, Die öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung, DÖV 1965 S. 289 ff. Zur Kritik am Urt. des BGH v. 28. 1. 1957 (Bremer Bauzaun-Fall) ferner: Bettermann, Anm. zu diesem Urteil, MDR 1957 S. 672 ff.; Thomä und Wolter, Zweckentfremdung und Enteignung, dargestellt an zwei Urteilen des Bundesgerichtshofs, MDR 1958 S. 203 ff.

⁸⁸) Beschluß vom 17. 1. 1957, BVerfGE Bd. 6 S. 55 ff.

⁸⁹) Beschluß vom 30. 10. 1961, BVerfGE Bd. 13 S. 181 ff., hier S. 185 f.

⁹⁰) Urteil vom 6. 5. 1964, BVerfGE Bd. 18 S. 1.

scheidung ausdrücklich, für die Annahme einer „Beschwer“ — also nach § 90 BVerfGG einer Grundrechtsverletzung! — müsse es

„genügen, daß die als nichtig gerügte Steuernorm... den Konkurrenten der Beschwerdeführer rechtliche Vorteile bringt, die die Wettbewerbsfähigkeit der Beschwerdeführer mindern, und daß die darin liegende Benachteiligung der Beschwerdeführer wegfallen würde, wenn die Steuernorm für nichtig erklärt würde⁹¹⁾.“

In der Tat läßt sich kaum bestreiten, daß dieser geschilderten Entwicklung der neueren Rechtsprechung ein berechtigtes Bedürfnis zugrundeliegt. Die moderne Wirtschaftspolitik hat sich heute ein so vielfältiges Arsenal indirekter Einwirkungsmöglichkeiten geschaffen, daß es einer Kapitulation des Grundrechtsgedankens gleichkäme, wenn die Verfassungsrechtsprechung hier lediglich deshalb ihren Rechtsschutz versagen würde, weil es an einem „unmittelbaren Eingriff“ in Grundrechte fehlt. Mag es auch bedauerlich sein, daß der Begriff des „Eingriffs“ vorübergehend durch diese Entwicklung seine überkommenen scharfen Konturen verloren hat⁹²⁾, so ist doch ein solches Ergebnis noch sehr viel eher in Kauf zu nehmen, als gegenüber allen derartigen „indirekten“ staatlichen Einwirkungen in den Grundrechtsbereich ein genereller Verzicht auf den Rechtsschutz. Ohnehin wird es selbst bei einer solchen erweiternden Auslegung des Begriffes „Eingriff“ — oder, wenn man diese Ausdrucksweise vorzieht, des Begriffes „Regelung im Grundrechtsbereich“^{92a)} — noch immer zahlreiche wirtschaftslenkende Maßnahmen geben, welche sich schon ihrer Natur nach jedem verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz entziehen: man denke nur etwa an den Fall, daß die Bundesregierung einen Gesetzentwurf ankündigt, der bei seiner Verwirklichung verfassungswidrig sein würde —

⁹¹⁾ AaO. S. 12.

⁹²⁾ So besonders in der Enteignungsrechtsprechung des BGH durch den — nun allerdings gerade zur Einschränkung allzu ausgedehnter Enteignungsansprüche entwickelten — außerordentlich vagen Begriff der „Pflichtigkeit“; vgl. hierzu: BGH GSZ, Beschl. v. 10. 6. 1952, BGHZ Bd. 6 S. 270 ff. (287 f.); BGH, Urt. v. 26. 11. 1954, BGHZ Bd. 15 S. 268 ff. (271 ff.), v. 20. 12. 1956, BGHZ Bd. 23 S. 30 (33 f.) und v. 30. 9. 1963, BGHZ Bd. 40 S. 355 ff. (360 f.). Ferner Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Köln, Berlin, München, Bonn 1961, S. 47 f.; sowie mit berechtigter Kritik: Egon Schneider, Eingriffsschwere oder Einzelakt? Die hintergründigen Entscheidungskriterien in der Enteignungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DÖV 1965 S. 292 ff., hier S. 296; Wagner, Eingriff und unmittelbare Einwirkung im öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrecht, NJW 1966 S. 569 ff.

^{92a)} Vgl. oben Fußnote 84.

die wirtschaftlichen „Signalwirkungen“ einer solchen Maßnahme, d. h. die unmittelbaren Reaktionen der Marktbeteiligten auf diese Ankündigung hin, kann selbstverständlich auch ein Verfassungsgericht nicht mehr rückgängig machen. Um so mehr sollte man aber dem verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz doch jedenfalls dort Raum geben, wo dies durch eine erweiternde Auslegung des Begriffes „Eingriff“ (bzw. der „Regelung im Grundrechtsbereich“) noch immerhin möglich ist — wobei freilich zugleich die Rechtswissenschaft doch auch mit allem Nachdruck darum bemüht sein sollte, auch diesem erweiterten „Eingriffs“-Begriff für die Zukunft wiederum scharfe justitiable Konturen zu geben⁹³).

Sind wir aber nach dem Ausgeführten genötigt, unter Umständen auch in einer Begünstigung eine „Regelung im Grundrechtsbereich“, einen „Eingriff“ zu sehen — nämlich einen Eingriff gegenüber dem nicht begünstigten Dritten, dem Mitwettbewerber —, so ergibt sich daraus zugleich, daß auch die Gewährung einer Begünstigung, wo immer sie auf der anderen Seite die Beeinträchtigung eines „Dritten“ bedeutet, nicht anders als ein „unmittelbarer“ Eingriff in die Grundrechtssphäre dieses betreffenden „Dritten“ einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Sehen wir genau zu, so liegt gerade dieser Gedanke einer notwendigen Verknüpfung zwischen Begünstigung und Belastung ursprünglich auch der Lehre vom „erweiterten Vorbehalt des Gesetzes“ zugrunde⁹⁴); der Verzicht auf die Rechtsfigur des „Gesetzesvorbehalts“ be-

⁹³) Die Rechtsprechung des BGH, der von der Rechtsfigur des „Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ ausgeht, mag es zunächst nahelegen, den Schutz gegen indirekte Eingriffe auf wirtschaftliche Benachteiligungen, auf eine Beeinträchtigung der Stellung des Unternehmers im Markt zu beschränken. Doch wird man wahrscheinlich, wie schon das Ehegattenbesteuerungsurteil (oben Fußnote 88) zeigt, darüber hinausgehen müssen; auch sonstige nichtwirtschaftliche Grundrechte können „indirekt“ beeinträchtigt werden, die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) überhaupt nur in dieser Weise. Zum Begriff des „mittelbaren Eingriffs“ jetzt auch F a e h l i n g, Die Eigentumsgewährleistung durch Art. 14 des Grundgesetzes als Schranke der Besteuerung, Diss. Hamburg 1965, S. 52 ff., 69 ff.

⁹⁴) So besonders deutlich bereits bei I m b o d e n aaO. (oben Fußnote 1) S. 42: „... muß es sich angesichts der inneren Einheit der Rechtsordnung, der Interdependenz von Eingriffen und Leistungen als inkonsequent erweisen, nur Eingriffe dem Gesetz im formellen Sinne vorzubehalten. Was im heutigen Wirtschaftsstaat für die einen Vergünstigung und Gewährung bedeutet, erweist sich für andere direkt oder indirekt, offen oder versteckt, vielfach als Last...“. Vgl. jetzt etwa auch K ö t t g e n, Das Bundesverfassungsgericht und die Organisation der öffentlichen Verwaltung, AöR Bd. 90 S. 205 ff. (214).

freit uns aber von den methodischen Aporien, welche die Diskussion über jene Fragen bislang so unerquicklich gestaltet hatten. Eine gesetzliche Ermächtigung ist nach allem besonders im Bereich der staatlichen Subventionsverwaltung zu fordern; wo dagegen eine Maßnahme der Verwaltung Grundrechte auch nicht indirekt anzutasten vermag, besteht auch kein Anlaß, für derartige Maßnahmen eine gesetzliche Grundlage zu verlangen — dies zumal, da ja der Gesetzgeber jederzeit die Möglichkeit hat, das betreffende Sachgebiet an sich zu ziehen und es, auch ohne daß die Verfassung dies ausdrücklich verlangte, gesetzlich zu regeln.

Der Referent hofft, mit diesen bewußt nur skizzierenden Bemerkungen immerhin doch gezeigt zu haben, daß in der Tat ein Verzicht auf die Rechtsfigur des „Gesetzesvorbehalts“ für die hier soeben erörterten Fragen einen sinnvollen neuen Ansatz zu eröffnen vermag. Lediglich am Rande sei noch vermerkt, daß sich ähnliches wohl auch für die Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag zeigen ließe: die Frage, ob es für einen verwaltungsrechtlichen Subordinationsvertrag stets einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfe⁹⁵⁾, würde sich dann unschwer auf die allgemeinere Frage zurückführen lassen, ob und in welchem Umfang es dem durch das Grundrecht Berechtigten überlassen sein könne, von sich aus auf seine Grundrechtsposition zu verzichten⁹⁶⁾. Beim gegenwärtigen Stand unserer Lehre vom Grundrechtsverzicht hieße das freilich einstweilen, eine Unbekannte durch eine andere zu ersetzen; doch dürfte ein Fortschritt auf diesem bislang noch recht wenig beackerten Feld unserer Grundrechtsdogmatik vielleicht doch noch eher zu erwarten sein, als auf den inzwischen recht ausgetretenen Pfaden der Lehre vom „Vorbehalt des Gesetzes“.

⁹⁵⁾ Beinhart, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht — eine rechtsvergleichende Betrachtung, VerwArch. Bd. 55 (1964) S. 151 ff. und 210 ff., hier S. 214, insbes. S. 231 ff.; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962, S. 248 ff.; Gitzinger, Verwaltungsakt auf Unterwerfung, antragsbedingter Verwaltungsakt oder öffentlichrechtlicher Vertrag, Diss. Saarbrücken 1963, S. 18 f.; Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958, S. 66 f.; Krüger, Allgemeine Staatslehre aaO. (oben Fußnote 4), S. 908 ff.; Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958, S. 113 ff.; Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch. Bd. 49 (1958) S. 106 ff., hier S. 114 ff. m.w.N.

⁹⁶⁾ Vgl. dazu etwa: Maunz, Deutsches Staatsrecht, 14. Aufl., München und Berlin 1965, S. 125 f.; Krüger, Allgemeine Staatslehre (oben Fußnote 4), S. 789.

Als Ergebnis sei festgehalten: der sog. „Vorbehalt des Gesetzes“ bezeichnet in Wahrheit heute lediglich noch die Tatsache, daß die Verwaltung an die Grundrechtsartikel unbedingt gebunden ist, auch dort, wo die Verfassung dem Gesetzgeber eine Befugnis zur Ausgestaltung und Beschränkung der Grundrechte einräumt. Es handelt sich hier also nur um einen Anwendungsfall der durch Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 GG ausgesprochenen Bindung der Verwaltung an Gesetz und Verfassung: begrenzt ist die Verwaltung nur durch die Grundrechtsartikel selber, ebenso wie durch jeden anderen Verfassungsartikel, der eine bestimmte Regelung allein dem Gesetzgeber vorbehält⁹⁷⁾. Diese Begrenzung unterscheidet sich allenfalls nach ihrem Gewicht, nicht jedoch nach ihrer Struktur, von derjenigen Begrenzung, die auch jedes einfache Gesetz der Verwaltung aufzuerlegen vermag; daraus erklärt es sich, daß das ausländische Verfassungsrecht einen „Vorbehalt des Gesetzes“ nicht kennt, ohne dadurch den Rechtsschutz des Bürgers im mindesten zu verkürzen. Der „Vorbehalt des Gesetzes“ geht hier auf im „Vorrang des Gesetzes“, im „*principe de légalité*“. Auch das deutsche Verfassungsrecht sollte auf diese Rechtsfigur, als überflüssig, verzichten.

VI.

Eine Begrenzung der Verwaltung hinsichtlich der Form ihrer Maßnahmen sieht man bei uns auch heute noch darin, daß sie nicht von sich aus gemeinverbindliche Rechtsnormen setzen könne, daß für sie vielmehr hierzu stets eine besondere Ermächtigung durch den Gesetzgeber nötig sei. Zwar erläßt die Verwaltung sog. „Verwaltungsverordnungen“ („allgemeine Verwaltungsvorschriften“, „Verwaltungsrichtlinien“ usw.); diese werden aber, im Gegensatz zu den gemeinverbindlichen „Rechtsverordnungen“, als lediglich für die nachgeordneten Verwaltungsorgane verbindlich betrachtet; eine Verbindlichkeit im Verhältnis zu dem von ihnen betroffenen Bürger entstehe durch

⁹⁷⁾ Vgl.: GG Art. 80 Abs. 1 Satz 1, 84 Abs. 5 Satz 1, 87 Abs. 3 Satz 1, 87 b Abs. 1 Satz 3, 87 b Abs. 2 Satz 1, 87 c, 87 d Abs. 2, 94 Abs. 2, 95 Abs. 4, 96 Abs. 2 Satz 2, 96 a Abs. 2 Satz 3, 97 Abs. 2 Satz 2, 98 Abs. 1, 98 Abs. 3 Satz 1, 99, 101 Abs. 2, 104 Abs. 2, 106 Abs. 4 Satz 1, 106 Abs. 5 Satz 2, 106 Abs. 6 Satz 5, 107 Abs. 1 Satz 2, 107 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1, 108 Abs. 1 Satz 2, 108 Abs. 3 Satz 2, 108 Abs. 5, 110 Abs. 2 Satz 1, 114 Abs. 2 Satz 3, 115 Satz 2, 118 Satz 2, 131 Satz 1, 134 Abs. 4 und 6, 135 Abs. 4, 135 Abs. 5, 135 a, 137 Abs. 1, 143.

solche „Verwaltungsrichtlinien“ nicht⁹⁸⁾. Im Gegensatz zu einer auf Laband zurückgehenden Lehre, die den Verwaltungsverordnungen sogar schlechtweg den Rechtssatzcharakter absprach⁹⁹⁾, ist allerdings heute bei uns die Auffassung im Vordringen begriffen, daß auch die Normen der Verwaltungsverordnungen echte „Rechtssätze“ im rechtstheoretischen Sinne seien¹⁰⁰⁾; diese Ansicht berührt jedoch nicht die hier zu erörternde Frage ihrer „Außenverbindlichkeit“: denn — wie vor allem Ernst-Wolfgang Böckenförde mit Recht

⁹⁸⁾ D e n n e w i t z, Verwaltung und Verwaltungsrecht, Wien 1944 S. 92 f.; F o r s t h o f f, Verwaltungsrecht (oben Fußnote 85) S. 127, (vgl. aber noch unten Fußnote 100); N e b i n g e r, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949, S. 192 f.; P e t e r s, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949, S. 77; S c h o r n, Art. „Gesetz, Gesetzgebung“, in: Staatslexikon, 5. Aufl., Freiburg 1927, S. 635 ff., hier S. 642; v. T u r e g g / K r a u s, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962, S. 70, 219; H a n s J. W o l f f, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München und Berlin 1965, S. 99 f. Aus dem älteren Verwaltungsrechtlichen Schrifttum vgl. ferner vor allem: O t t o M a y e r aaO. (oben Fußnote 65) Bd. 1 S. 125 f.; F l e i n e r, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 62 ff.; W a l t e r J e l l i n e k, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1931, S. 126.

⁹⁹⁾ G e o r g J e l l i n e k, Gesetz und Verordnung, Freiburg 1867, S. 338; L a b a n d, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Tübingen und Leipzig 1911, Bd. 2 S. 85 ff., 165, 180 f. — Der dieser Lehre zugrundeliegende Rechtssatzbegriff (Recht als Abgrenzung zwischen den Sozialsphären verschiedener Rechtssubjekte) wird im neueren deutschen Schrifttum vielfach als „einseitig individualistisch“ gebrandmarkt. Indessen sollte es doch wohl zu denken geben, daß sich die gleiche, auf K a n t zurückgehende Definition des „Rechtes“ selbst auch bei dem Hegelianer Lorenz von Stein finden läßt (vgl. oben Fußnote 43). Versucht man, sie nicht voreilig abzuweisen, sondern denkend nachzuvollziehen, so erkennt man, daß sie letzten Endes auf dem Gedanken beruht, daß Fragen des Rechtes, d. i. der Gerechtigkeit, erst jeweils bei einer Kollision der „Sphären“ verschiedener Rechtssubjekte auftauchen können. Gar so abwegig — und vor allem: so besonders individualistisch — ist das sicherlich nicht!

¹⁰⁰⁾ So uneingeschränkt vor allem jetzt: B r o h m, Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 1964 S. 238 ff., hier S. 248 f., 251. Mit gewissen Einschränkungen ferner u. a.: B a c h o f, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in: Festschrift für Laforet, München 1952, S. 285 ff., hier 293 f. und 304 f.; d e r s., Anm. zu BVerwG, Urt. v. 27. 6. 1955, JZ 1956 S. 33 (35); F o r s t h o f f aaO. (oben Fußnote 85) S. 129; K r ü g e r, Allgemeine Staatslehre (oben Fußnote 4), S. 744; d e r s., Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in: Festgabe für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 211 ff., hier S. 230; O b e r m a y e r, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart, München, Hannover 1956, S. 168 f., 173; d e r s., Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, DVBl. 1959 S. 354 ff., hier S. 356, Anm. 26; K a r l S c h m i d t, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Preisrechtsfällen, NJW 1955 S. 401 ff.

betont hat — aus solch einer rechts theoretischen Qualifizierung der Verwaltungsverordnung als „Rechtssatz“ lassen sich noch keineswegs irgendwelche verfassungsdogmatische Folgerungen herleiten¹⁰¹⁾. Für den Bereich der Verfassungsdogmatik ist denn auch einstweilen bei uns die Lehre noch unangefochten, daß die Verwaltungsverordnungen — klammert man hier zunächst die sog. „Sonderverordnungen“ (Hans J. Wolff¹⁰²⁾) aus, die im „besonderen Gewaltverhältnis“ sich an den Gewaltunterworfenen als Person wenden und für die der Wandel in der Beurteilung der „besonderen Gewaltverhältnisse“ auch einen Wandel ihrer rechtlichen Qualifizierung mit sich gebracht hat¹⁰³⁾ —, daß also, abgesehen von diesen „Sonderverordnungen“, sich die Verwaltungsverordnungen lediglich an die nachgeordneten Behörden als Institutionen wenden und daher nur für sie, nicht dagegen im Verhältnis zum betroffenen Bürger verbindlich seien.

Lediglich im steuerrechtlichen Schrifttum hat sich bereits seit langem eine unterschwellige, in der Zeit des Nationalsozialismus zwar vorübergehend zur Herrschaft gelangte, heute allgemein aber wieder in den Vorhof verfassungspolitischer Überlegungen verwiesene Tendenz halten können, auch den Verwaltungsvorschriften, insbesondere den Veranlagungs- und Bewertungsrichtlinien, echte Gemeinverbindlichkeit zuzuerkennen. Deutlich sichtbar wird das etwa an den Schriften Enno Beckers, des „Vaters der Reichsabgabenordnung“, späteren Senatspräsidenten am Reichsfinanzhof und führenden Kommentators der AO und des EStG. Enno Becker knüpft zwar, was das theoretische System anbetrifft, zunächst ganz unkritisch an Laband¹⁰⁴⁾ an; er wird aber, aus der Erfahrung der Praxis heraus, doch immer wieder von der Frage beunruhigt, ob nicht vielleicht doch den Richtlinien eine gewisse Verbindlichkeit im Verfahren vor den Finanzgerichten eingeräumt werden müsse: „Wenn die Richtlinien für die Finanzgerichte rechtlich bedeutungslos sind, kann eine einzige Entscheidung eines Finanzgerichts alles das, was zur Erzielung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung ... in ernster

¹⁰¹⁾ Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964, S. 61 ff., bes. S. 68 f.

¹⁰²⁾ Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, aaO. (oben Fußnote 92) S. 111.

¹⁰³⁾ Brohm aaO. (oben Fußnote 100) S. 243 f.; Obermayer aaO. (oben Fußnote 100) S. 173 f.

¹⁰⁴⁾ Enno Becker, Reichsabgabenordnung, 7. Aufl., Berlin 1930, § 2 Anm. 2.

Arbeit aufgebaut ist, zunichte machen¹⁰⁵).“ So erwägt Enno Becker etwa, ob eine Verbindlichkeit der Richtlinien nicht zumindest dort anerkannt werden müsse, wo eine an sich zweifelhafte gesetzliche Vorschrift durch die Richtlinien in einer für den Steuerpflichtigen günstigen Weise ausgelegt worden sei¹⁰⁶). Ähnlich hat auch der Bundesfinanzhof, der allerdings in seiner Stellungnahme immer wieder erheblich geschwankt hat, noch in einer Entscheidung aus dem Jahre 1963 die Ansicht vertreten, daß Verwaltungsvorschriften, die „eine rechtlich vertretbare Auslegung des Gesetzes“ enthielten, auch von den Finanzgerichten angewandt werden müßten¹⁰⁷). Die gleiche Auffassung vertritt mit Nachdruck, wengleich ohne eine zusätzliche Begründung, auch Alfred Riewald in seinem Kommentar zur AO¹⁰⁸). Noch weitergehend hat Ottmar Bühler in einem Vortrag vom Jahre 1958 versucht, die rechtliche Verbindlichkeit aller steuerlichen Verwaltungsvorschriften mit der Konstruktion eines „besonderen Gewaltverhältnisses“ zwischen Finanzverwaltung und Steuerpflichtigem zu begründen¹⁰⁹); Gerhard Wacke ist dieser mit rechtsstaatlichen Grundsätzen schlechthin unvereinbaren Lehre allerdings alsbald — und mit Recht — entgegengetreten¹¹⁰). Immerhin bleibt aber festzuhalten, daß offenbar die steuerliche Verwaltungspraxis ein nachdrückliches Bedürfnis empfindet, eine gewisse Bindungswirkung der Richtlinien auch im „Außenverhältnis“, trotz aller verfassungsdogmatischen Bedenken, anzuerkennen und beizubehalten¹¹¹).

Ob dieser Gedanke wirklich so etatistisch und rechtsstaatswidrig ist, wie es zunächst zwar den Anschein hat, mag uns bei näherer Überlegung zweifelhaft werden:

¹⁰⁵) Enno Becker, Grundfragen der neuen Steuergesetze, Steuer und Wirtschaft 1926 Sp. 241 ff. (259).

¹⁰⁶) Enno Becker, Grundlagen der Einkommensteuer, München, Berlin 1940, S. 139 f.

¹⁰⁷) BFH, Urt. v. 30. 8. 1963, BStBl. 1963 III S. 582.

¹⁰⁸) Becker/Riewald/Koch, Reichsabgabenordnung, 9. Aufl., Bd. 1, Köln, Berlin, Bonn, München 1963, zu § 1 StAnpG Erl. 4.

¹⁰⁹) Bühler, Grundsätzliche Fragen der Neuordnung der Finanzgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1958, S. 13 f.

¹¹⁰) Wacke, Die Erstattung von Gutachten durch den Bundesfinanzhof, AöR Bd. 83 S. 309 ff. (332 f.).

¹¹¹) Einen umfassenden Überblick über Rechtsprechung und Schrifttum des Steuerrechtes zur Rechtsnatur und Verbindlichkeit von Verwaltungsrichtlinien geben Jaenke, Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht, Düsseldorf 1959, sowie Tipke/Kruse, Reichsabgabenordnung, 2. Aufl., Köln 1965 (Loseblattwerk), zu § 2 AO Erl. 27 ff., auf die hier statt aller verwiesen sei.

Selbstverständlicher und unverrückbarer Ausgangspunkt aller derartigen Überlegungen muß es uns freilich sein, daß die Verwaltungsverordnung nicht das Gesetz ändern kann; das ergibt sich aus dem „Vorrang des Gesetzes“, Art. 20 Abs. 3 GG, und soll selbstverständlich auch hier nicht in Zweifel gezogen werden. Innerhalb des Rahmens, der der Verwaltung hierdurch gezogen ist, bleiben indes noch zahlreiche Fälle, in denen eine Bindung an die Richtlinien auch im „Außenverhältnis“ keineswegs sinnlos wäre und gerade auch durch das Rechtsschutzinteresse des Bürgers gefordert sein kann. Das gilt zuvor dort, wo der Verwaltung ein Ermessensspielraum eingeräumt ist; wenn hier die von der Verwaltungsspitze erlassenen „Ermessensrichtlinien“ für den Bürger günstig sind, so hat er ein berechtigtes Interesse daran, daß ihm gegenüber gemäß jenen Richtlinien auch verfahren werde; in der Tat erreicht die heute herrschende Lehre eine derartige Bindung, ja einen Rechtsanspruch auf richtliniengemäße Entscheidung, auf dem Wege über Art. 3 GG¹¹²⁾. Sind dagegen im Einzelfall die Richtlinien für den Bürger ungünstig, so kann er sich ohnehin nicht gegen deren Anwendung wenden, insbesondere nicht geltend machen, daß die nachgeordnete Behörde ihm gegenüber kein „eigenes Ermessen“ ausgeübt habe; das Bundesverwaltungsgericht hat mit Recht entschieden, daß der Ermessensspielraum in solchen Fällen der Verwaltung als Einheit eingeräumt sei, daß also die vorgeordnete Behörde berechtigt sei, die Ermessensausübung — durch Erlaß von Richtlinien — an sich zu ziehen¹¹³⁾. Erst dort, wo hierbei die vorgeordnete Behörde ihrerseits ermessensfehlerhaft handelt, wird eine Nachprüfung jener Richtlinien möglich und für den Betroffenen relevant. In ihrer praktischen Auswirkung sind also auch be-

¹¹²⁾ Bachof aaO. (oben Fußnote 2) S. 226; Jesch, Gesetz und Verwaltung (oben Fußnote 1), S. 231, Anm. 255; Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1964, zu Art. 19 Abs. 4, Erl. 31; H. J. Mertens, Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes, Hamburg 1963, S. 13 Anm. 12; Obermayer, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 23. 2. 1961, JZ 1962 S. 64. — Nach Auffassung des Referenten ist diese Argumentation aus Art. 3 GG zwingend; sie führt dann freilich dazu, wie im folgenden noch des näheren darzulegen sein wird, auch derartigen Richtlinien echte Gemeinverbindlichkeit zuzuerkennen, wodurch dann im Ergebnis der „Umweg“ über Art. 3 GG wieder entbehrlich wird. Lehnt man allerdings diese Anwendung des Art. 3 GG ab (wie etwa Brohm aaO. [oben Fußnote 100] S. 243 f., sowie Rupp aaO. [oben Fußnote 1] S. 118 ff.), so mag man auch hinsichtlich der „Gemeinverbindlichkeit“ der Verwaltungsrichtlinien zu anderen Ergebnissen kommen.

¹¹³⁾ Urteil vom 27. 6. 1955, BVerwGE Bd. 2 S. 163 (167 f.).

reits nach der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung jene „Ermessensrichtlinien“ bindend.

Gehen wir nunmehr über zum Fall der Auslegung des Gesetzes durch die Richtlinien (wobei entgegen einer neueren Lehre¹¹⁴⁾ unterstellt werden soll, daß zwischen Ermessensausübung und Auslegung ein qualitativer Unterschied besteht; der Referent würde persönlich diesen Unterschied darin sehen, daß die Auslegung lediglich die Wertungen des Gesetzes, wenngleich unter dem Gesichtspunkt der *iustitia commutativa*, vollzieht, hierbei aber keine eigenen Wertungen einführen darf — darin liegen die der Rechtsprechung gegenüber Legislative und Exekutive gezogenen Grenzen¹¹⁵⁾ —, während das Wesen der Ermessensausübung gerade in dieser Einführung eigener Wertungen liegt):

Im Bereich der Auslegung, so argumentiert — etwas vereinfacht dargestellt — die überkommene Lehre, könne jeweils nur eine Interpretation richtig sein; treffe die Richtlinie diese Interpretation, so wiederhole sie nur, was das Gesetz implizit schon enthalte; verfehle sie sie, so verstoße sie gegen das Gesetz — in beiden Fällen sei im Ergebnis die Richtlinie unbeachtlich. Indessen bestehen doch wohl erhebliche Zweifel, ob das hier vorausgesetzte dogmatische Postulat, daß jeweils nur eine Auslegung richtig sein könne, in solcher Verallgemeinerung wirklich zutreffend ist. Wenn etwa der Steuerrechtler auf Grund des § 6 EStG bestimmte Wirtschaftsgüter bewertet, nach § 7 EStG Absetzungen für Abnutzung vornehmen soll usw., so ist dabei eine gewisse Variationsbreite in der Subsumtion unter das Gesetz unvermeidbar: es bleibt deshalb nur die Möglichkeit, die Entscheidung entweder dem Steuerpflichtigen zu überlassen — was aber nur in gewissen Grenzen denkbar sein kann — oder die Verwaltung entscheiden zu lassen. Wählt der Gesetzgeber diesen letzteren Weg, so räumt er damit einen „Beurteilungsspielraum“¹¹⁶⁾ ein; gerade bei hochdifferenzierten

¹¹⁴⁾ Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 35 f.; Ehmké, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff aaO. (Fußnote 2) S. 33 f.; Rupp aaO. (oben Fußnote 1) S. 196 ff.

¹¹⁵⁾ Im einzelnen: Klaus Vogel aaO. (oben Fußnote 29) S. 359 ff., bes. S. 372 f.

¹¹⁶⁾ Hierzu vor allem: Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955 S. 97 ff. (98); ders., Anm. zu BVerwG, Urt. v. 11. 10. 1956, DVBl. 1957 S. 786 (790); Jesch aaO. (oben Fußnote 2) S. 211 ff., insbes. S. 220 f.; Rüdiger Klein, Die Kongruenz des verwaltungsgerichtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR Bd. 82 (1957) S. 75 ff., hier S. 77. — Zur Kritik vgl. bes. die oben in Fußnote 114 angeführten Autoren, ferner: Ja-

technischen Regelungen wie etwa im Steuerrecht wird man in der Tat in nicht unerheblichem Umfang — wenngleich auf der anderen Seite auch keineswegs generell — derartige „Beurteilungsspielräume“ der Verwaltung anzuerkennen haben. Bei einer solchen Regelung dürfte es aber immerhin doch noch wesentlich sinnvoller sein, wenn, soweit möglich, die Entscheidung generell nach einem einheitlichen Maßstab erfolgt, als wenn sie sich in eine Vielzahl von Einzeldezsionen der Finanzämter und Finanzgerichte verflüchtigt. Der Gesetzgeber wäre hier mit einer generellen Regelung, etwa mit dem Erlaß von AfA-Richtlinien, überfordert; würde man gleichwohl auf einer Regelung durch Gesetz beharren, so würde das in der Praxis doch nur darauf hinauslaufen können, daß das Parlament die ihm von der Verwaltung vorgelegten Entwürfe in Bausch und Bogen und ohne nähere Prüfung beschließt. Man wird also der Verwaltung, ebenso wie den Erlaß von Ermessensrichtlinien, auch die Möglichkeit genereller „Beurteilungsrichtlinien“ im Rahmen des Gesetzes einräumen müssen. Im Hinblick auf ihre Verbindlichkeit kann dann aber für jene „Beurteilungsrichtlinien“ nichts anderes gelten als für die Ermessensrichtlinien: auch hier hat der Bürger ein berechtigtes Interesse an einer Anwendung der Richtlinien, soweit sie ihm günstig sind — und die herrschende Lehre würde diesem Interesse auf dem Wege über Art. 3 GG gerecht werden müssen —, auch hier hat er andererseits keine Möglichkeit, die Anwendung einer Richtlinie zu verhindern, die sich im Einzelfall zu seinen Ungunsten auswirkt, soweit nicht diese Richtlinie das Gesetz verletzt, also den durch das Gesetz gezogenen „Subsumtionsrahmen“ überschreitet¹¹⁷⁾.

In Anbetracht all dieser Vorgegebenheiten sollte man sich aber entschließen, die Verbindlichkeit derartiger Richtlinien auch im „Außenverhältnis“, also deren „Gemeinverbindlich-

rosch, Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, DVBl. 1954 S. 521 ff., hier S. 522; Less, Begriffsherrschaft und Verwaltungstätigkeit, DÖV 1957 S. 418 ff.

¹¹⁷⁾ Allerdings wird auch vom Boden der hier vertretenen Auffassung aus die Möglichkeit gerichtlicher Auseinandersetzungen über Fragen der Gesetzesauslegung sicherlich nicht geringer sein als bisher: stritt man bislang über die Auslegung des Gesetzes schlechthin, so wird man nunmehr darüber streiten können, ob das Gesetz im jeweils betreffenden Einzelfall der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum gewähre. Doch dürfte jedenfalls die hier vertretene Ansicht weit eher eine dogmatisch saubere und überzeugend begründete Entscheidung derartiger Streitfragen möglich machen als die bisherige Praxis (zumal der Steuergerichte), welche zwar vorgibt, das Gesetz auszulegen, aber dann doch im Zweifel der Auffassung der Verwaltungsrichtlinie den Vorzug zu geben pflegt.

keit“, offen anzuerkennen, statt weiterhin den recht gekünstelten Umweg über den Gleichheitsgrundsatz zu nehmen. Gerade das Rechtsschutzinteresse des Bürgers fordert diese Bindung der Verwaltung an die von ihr erlassenen Richtlinien — unter der selbstverständlichen Voraussetzung allerdings, daß die Verwaltungsverordnung das Gesetz nicht verletzt. Daß durch Verwaltungsverordnung dem Bürger neue, im Gesetz nicht begründete Pflichten auferlegt werden könnten, ist nicht zu befürchten, da eine solche Regelung dann den Grundrechtsbereich berühren würde und hierfür nach unserer Verfassung allerdings ein Gesetz erforderlich ist (Art. 2 GG!). Auch der Rechtsschutz des Bürgers würde in keiner Weise verkürzt, da eine Prüfung der Verwaltungsverordnung auf etwaige Ermessensfehler vorbehalten bliebe. Allenfalls ließe sich fragen, ob vom Boden der hier vertretenen Auffassung aus nunmehr die Behörde auch einen Verwaltungsakt als rechtswidrig aufheben könne, welcher zugunsten des Bürgers von einer Richtlinie abgewichen sei¹¹⁸⁾ — da aber die neuere Rechtsprechung eine Aufhebung rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte ohnehin nicht mehr uneingeschränkt für zulässig hält, böte auch insoweit ein Festhalten an der bisherigen Übung keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Schließlich braucht auch nicht befürchtet zu werden, daß der Gesetzgeber bei Anerkennung der hier vertretenen Ansicht zur Umgehung des Art. 80 GG künftig stärker auf Ermessensermächtigungen ausweichen würde; denn die Rechtsprechung stellt heute an die Bestimmtheit einer Ermächtigung zum Erlaß von Ermessensakten im wesentlichen die gleichen Anforderungen, wie sie der Art. 80 für die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen vorsieht¹¹⁹⁾.

Ein darüber hinausgehendes „Rechtssetzungsmonopol“ des Gesetzgebers¹²⁰⁾ ist dem Art. 80 GG nach Meinung des Referenten nicht zu entnehmen: das Grundgesetz stellt in dieser Bestimmung lediglich Anforderungen an die Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung, spricht sich aber in

¹¹⁸⁾ Nach bisheriger Auffassung war ein richtlinienwidriger Verwaltungsakt nicht als rechtswidrig zu betrachten, er unterlag daher nicht den Regeln über die „Rücknahme“ fehlerhafter, sondern denen über den „Widerruf“ gültiger Verwaltungsakte; so besonders: Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913, S. 223; sowie: Forsthoff aaO. (oben Fußnote 85) S. 226.

¹¹⁹⁾ BVerfG, Urt. v. 16. 1. 1957, BVerfGE Bd. 6 S. 32 (42), Beschl. v. 12. 11. 1958, BVerfGE Bd. 8 S. 274 (325 f.); BVerwG, Urt. v. 20. 5. 1955, BVerwGE Bd. 2 S. 114 (116), Beschl. v. 4. 7. 1956, BVerwGE Bd. 4 S. 24 (38), st. Rspr.

¹²⁰⁾ Rupp aaO. (oben Fußnote 1) S. 115, 117, 134 ff. und öfter.

keiner Weise darüber aus, in welchen Fällen eine Rechtsverordnung erforderlich sei^{120a)}. Hierüber läßt sich vielmehr nur den einzelnen „speziellen Gesetzesvorbehalten“ des Grundgesetzes etwas entnehmen — so wendet mit Recht etwa Hans J. Wolff den Art. 80 auf die von ihm sog. „Sonderverordnungen“ im „besonderen Gewaltverhältnis“ nicht an¹²¹⁾. Allerdings bedarf die Abgrenzung zwischen Verwaltungsverordnung und Rechtsverordnung vom Boden der hier vertretenen Auffassung aus einer Neuformulierung, damit insbesondere Klarheit über die Anwendbarkeit der für Rechtsverordnungen geltenden Form- und Publikationsvorschriften besteht: eine Rechtsverordnung wird man im Zweifel dort anzunehmen haben, wo der Gesetzgeber von vornherein die Verwaltung nur zur Setzung genereller Normen ermächtigt, eine Verwaltungsverordnung dagegen dort, wo das Gesetz der Verwaltung die Wahl zwischen einer Entscheidung im Einzelfall und einer generell typisierenden Regelung durch Richtlinien überläßt. Dabei erklären sich die strengeren Anforderungen an Form und Publikation der Rechtsverordnungen daraus, daß die Form der Rechtsverordnung anders als die der Verwaltungsverordnung auch für Regelungen im Grundrechtsbereich in Betracht kommt; doch wird man freilich eine Publikation, wenngleich nicht in bestimmter gebundener Form, aus Gründen der Rechtssicherheit auch für die Verwaltungsverordnungen fordern müssen¹²²⁾.

Von der neueren Rechtsprechung wird die hier vertretene Ansicht, daß den Verwaltungsverordnungen echte Gemeinverbindlichkeit auch im „Außenverhältnis“ zuerkannt werden müsse, im Grunde bereits seit langem, wenngleich unausgesprochen, zugrundegelegt. So räumt etwa das Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit ein, daß sich öffentlichrechtliche Ansprüche auch aus einer Verwaltungsvorschrift ergeben

^{120a)} So weitgehend jetzt auch bereits das BVerwG, Urt. v. 25. 6. 1964, BVerwGE Bd. 19 S. 48 (54 ff.), zur Rechtsnatur der Beihilfegrundsätze. Wenn es dort S. 56 heißt: „... so hängt ihre Rechtsnatur allein davon ab, was sie nach dem Willen der normsetzenden Stelle ist“, so wird dabei freilich zu stark auf einen subjektiven Gesichtspunkt abgestellt. In Wirklichkeit läßt aber das BVerwG aaO. nicht den „Willen der normsetzenden Stelle“, sondern die Art der Publikation, also einen objektiven Umstand, entscheiden.

¹²¹⁾ Hans J. Wolff aaO. (oben Fußnote 98) S. 111 f. — Auch diejenigen Autoren, welche den Verwaltungsrichtlinien jedenfalls im verfassungstheoretischen Sinne Rechtssatzcharakter zubilligen, ziehen daraus bislang mit Recht keine Konsequenzen im Sinne einer Anwendbarkeit des Art. 80 GG: vgl. dafür statt aller Obermayer aaO. (oben Fußnote 100) S. 174.

¹²²⁾ Über die rechtsstaatlichen Gründe der Publikationspflicht vgl. bereits v. Mohl, Encyklopädie (oben Fußnote 25), S. 149 f.

könnten¹²³), und es interpretiert demgemäß, darauf hat H a n s H e i n r i c h R u p p mit Recht hingewiesen, neuerdings selbst ein ministerielles Rundschreiben exegetisch „wie ein Gesetz“¹²⁴). Und das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus sogar, mit im einzelnen freilich bedenklicher Begründung, selbst die Abänderung eines Gesetzes durch eine Verwaltungsvorschrift bei entsprechender Ermächtigung für zulässig angesehen¹²⁵).

Nun könnte es freilich noch immer den Anschein haben, als beruhe doch selbst auch bei jenen Ermessens- und Beurteilungsrichtlinien deren Gemeinverbindlichkeit letztlich auf einer Ermächtigung durch Gesetz, die bei ihnen lediglich, anders als bei der Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung, durch die Einräumung eines Ermessens- oder Beurteilungsspielraums erfolge. Indessen diese Erwägung ist irreführend. Denn bedenkt man den Fall, daß eine Regelung durch Verwaltungsvorschrift, die nicht schon deshalb einer gesetzlichen Grundlage bedarf, weil sie die Grundrechtssphäre berührt — z. B. eine Zuständigkeitsregelung — auf Grund des Art. 3 GG gleichmäßig angewandt werden muß, so ergibt sich, daß auch eine solche Verwaltungsvorschrift als „gemeinverbindlich“ zu betrachten sein würde. Das zeigt, daß die Verwaltung in diesen Fällen, wie nicht anders bei den „organverbindlichen“ Normen, auf Grund einer ursprünglichen eigenen Regelungsgewalt tätig wird, die hier unmißverständlich und m. E. unbestreitbar auch im „Außenverhältnis“ zur Wirksamkeit kommt. Ist das aber richtig, so wird man auch die Ermessens- und Beurteilungsrichtlinien der Verwaltung auf diese Regelungsgewalt zurückführen können, die bei ihnen — bildlich gesprochen — in die vom Gesetz gelassene „Regelungslücke“ lediglich „eintritt“: jedenfalls wird man eine derartige Konstruktion im Verhältnis zu derjenigen einer „Ermächtigung via Ermessenseinräumung“ als — zum mindesten — gleich-

¹²³) Urteile vom 18. 10. 1960, NJW 1961 S. 137, vom 30. 4. 1962, DVBl. 1963 S. 182, vom 26. 10. 1962, DVBl. 1963 S. 104, vom 25. 6. 1964 aaO. (oben Fußnote 120 a) usw.

¹²⁴) Urteil vom 30. 10. 1963, BVerwGE Bd. 17 S. 111; dazu R u p p aaO. (oben Fußnote 1) S. 122.

¹²⁵) Beschluß vom 6. 5. 1958, BVerfGE Bd. 8 S. 155 (169 ff.). Zur Kritik: J e s c h, Zulässigkeit gesetzesvertretender Verwaltungsverordnungen, AöR Bd. 84 (1959) S. 74 ff., hier S. 81 ff.; M a u n z / D ü r i g aaO. (oben Fußnote 112) Art. 80 GG Erl. 1 Fußnote 1; O b e r m a y e r, Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, Kritische Bemerkungen zu BVerfG, Beschluß vom 6. 5. 1958, DVBl. 1959 S. 354 ff. Dagegen tritt B ö c k e n f ö r d e, Organisationsgewalt (oben Fußnote 101), S. 93 Fußnote 15, dem BVerfG „entschieden bei“.

berechtigt und gleichwertig ansehen müssen. Die Annahme einer gesetzlichen Ermächtigung ist also auch bei den Ermessens- und Beurteilungsrichtlinien keineswegs zwingend geboten. (Nur am Rande sei schließlich vermerkt, daß sich wohl auch die „Sonderverordnungen“ im „besonderen Gewaltverhältnis“ vielfach einfacher und leichter auf solch eine Regelungsgewalt der Verwaltung als auf eine besondere gesetzliche Ermächtigung würden zurückführen lassen, für die dann ja doch erst ad hoc jeweils ein „Gewohnheitsrecht“ konstruiert werden muß — dies zumal dort, wo der „Gewaltunterworfene“ freiwillig in das „Unterwerfungsverhältnis“ eintritt, also auch nicht eine Rechtsnorm, die ihm den Eintritt in das Gewaltverhältnis zur Pflicht macht, sich in eine „Ermächtigung“ umdeuten läßt.)

Es folgt somit, daß nach unserem geltenden Verfassungsrecht auch von einem Rechtssetzungsmonopol des Gesetzgebers keineswegs mehr die Rede sein kann. Die Verwaltung hat vielmehr ein ursprünglich eigenes Recht, sowohl organverbindliche wie gemeinverbindliche Normen zu setzen. Diese Regelungsgewalt der Verwaltung findet lediglich dort ihre Grenze, wo die Verfassung, besonders im Grundrechtsbereich, bestimmte Regelungen dem Gesetzgeber vorbehält oder wo der Gesetzgeber von sich aus einzelne Fragen abschließend schon normiert hat. Es ist deshalb auch hier wiederum allein der „Vorrang des Gesetzes“ — einschließlich der Verfassung —, nicht aber ein allgemeines förmliches Begrenzungsprinzip, welches die der Verwaltung gezogenen Grenzen bestimmt.

VII.

Das Referat wird sich nunmehr der Frage zuwenden müssen, ob und in welchem Sinne unsere Verfassung dem Gesetzgeber Grenzen in seinem Verhältnis zur Exekutive zieht. Das systematische Gegenstück zum — nicht mehr bestehenden — Rechtssetzungsmonopol des Gesetzgebers wäre insoweit die Monopolisierung des Einzelakts bei der Exekutive, also die Lehre, daß der Gesetzgeber nicht lediglich für den Erlaß genereller Rechtsnormen allein kompetent, sondern auch von Verfassungs wegen allein auf den Erlaß solcher generellen Normen beschränkt sei. Diese These entspricht, wie gezeigt, dem „klassischen“ Gewaltenteilungsprinzip, wenngleich dabei freilich berücksichtigt werden muß, daß bei den „Klassikern“ jener Begriff des „allgemeinen“ Gesetzes noch keineswegs, wie heute, als eine rein formale Kategorie be-

trachtet wurde. Ihre positivrechtliche Verbindlichkeit war indes schon in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs umstritten; insbesondere Laband vertrat die Ansicht, daß das Gesetz zwar in der Regel einen allgemeinen Rechtsatz zum Inhalt habe, daß es aber durchaus auch einen Rechtsatz aufstellen könne, der „nur auf einen einzigen Tatbestand anwendbar“ sei. Das Gesetz bilde dann aus diesem einen, unwiederholbaren Tatbestand „eine Kategorie für sich“; damit erschöpfe sich in derartigen Fällen die Tragweite der gesetzlichen Regel „in ihrer Anwendung auf den einen konkreten Fall“¹²⁶⁾.

Diese Lehre Labands hatte sich bereits in der Zeit der Weimarer Verfassung weitgehend durchgesetzt¹²⁷⁾. Demgegenüber verlangt zwar heute Art. 19 Abs. 1 GG für Gesetze, durch die oder auf Grund deren ein Grundrecht beschränkt wird, daß ein solches Gesetz „allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten solle“; von diesem Sonderfall des Art. 19 GG sowie dem des Art. 101 Abs. 1 abgesehen, wird aber heute bei uns kaum noch in Zweifel gezogen, daß der Gesetzgeber in den Grenzen des Art. 3 GG auch Einzelfallgesetze erlassen könne¹²⁸⁾. Vor allem Hans Schneider, Herbert Krüger und Konrad Huber haben dieser Frage noch in neuester Zeit eingehende und tiefgründige Untersuchungen gewidmet; es wird genügen, an dieser Stelle auf jene Untersuchungen zu verweisen¹²⁹⁾. Als Ergebnis sei festgehalten, daß nach unserem geltenden Verfassungsrecht der Gesetzgeber einer allgemeinen formellen Begrenzung seiner Rechtssetzungsbefugnis nicht unterliegt.

¹²⁶⁾ Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht (Das öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 1), 7. Aufl., Tübingen 1919, S. 115; ebensoders., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Tübingen und Leipzig 1911, Bd. 2, S. 2 insbes. Fußnote 2; anders z. B. noch Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. (oben Fußnote 27), S. 5, 97 ff.; Seligmann, Der Begriff des Gesetzes, Berlin und Leipzig 1886, S. 61 f.

¹²⁷⁾ Ebers, Art. „Gesetz und Gesetzgebung“, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. von Stier-Somlo und Elster, Bd. 2, Berlin und Leipzig 1927, S. 857 ff., hier S. 860; Schorn, Art. „Gesetz, Gesetzgebung“, in: Staatslexikon, 5. Aufl., Freiburg 1927, Bd. 2, S. 635 ff., hier S. 639.

¹²⁸⁾ Ballerstedt aaO. (oben Fußnote 5) S. 369 ff., hier S. 386 f.; Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze (oben Fußnote 5), S. 232; Ipsen, Gleichheit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 111 ff., hier S. 189; Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre (oben Fußnote 4), S. 626.

¹²⁹⁾ Hans Schneider, Über Einzelfallgesetze (oben Fußnote 4), S. 159 ff.; Herbert Krüger aaO. (oben Fußnote 4) S. 296 ff.; Konrad Huber aaO. (oben Fußnote 5), bes. S. 168 ff., 174 ff.

Demgegenüber mag jedoch die Frage gestellt werden, ob etwa das Grundgesetz dem Gesetzgeber materiell eine Schranke zieht, über die hinaus er mit seinen Regelungen in den Bereich der Verwaltung nicht eingreifen darf. Diese Frage ist durchaus aktuell: es steht allen vor Augen, in welchem Ausmaß heute eine noch ständig wachsende Flut von Gesetzen auf vielerlei Gebieten den Spielraum freien Verwaltungshandelns eingeschränkt hat. Auch sonst fühlt sich die Verwaltung in ihrer herkömmlichen Handlungsfreiheit vielfältig eingekreist und beengt. Hans Peters hat in seiner Kölner Rektoratsrede die hier in Betracht kommenden Faktoren recht deutlich beim Namen genannt: parteipolitische Einflußnahme; der unmittelbare Einfluß des Parlaments im Bereich der Verwaltung; die Maßnahmegesetzgebung; die Lehre vom generellen Gesetzesvorbehalt; die Hypertrophie des Rechtsschutzes, insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG; die Umdeutung von Ermessensbegriffen in Rechtsbegriffe; die Anerkennung eines Rechtes auf fehlerfreie Ermessensausübung usf.¹³⁰⁾ Zu fragen ist deshalb: Gibt es eine verfassungsrechtliche Grenze, jenseits deren die gesetzliche Reglementierung und „Knebelung“ des Verwaltungshandelns als verfassungswidrig bezeichnet werden müßte? Anders ausgedrückt: Gibt es einen verfassungsrechtlichen Vorbehaltsbereich der Verwaltung — zwar nicht im Sinne der französischen Verfassung von 1958, die bestimmte sachliche Materien dem *pouvoir réglementaire* vorbehält, wohl aber im Sinne eines Ermessens- und Handlungsspielraums, über den hinaus die Verwaltung durch den Gesetzgeber nicht beschränkt werden dürfte¹³¹⁾?

Aus dem Wortlaut des Art. 20 GG läßt sich diese Frage nicht entscheiden; das Gewaltenteilungsprinzip, nach welchem — in der Formulierung des Abs. 2 — die drei formellen Gewalten als gleichgeordnete Repräsentanten des Volkes erscheinen, und die Bindung der Verwaltung an das Gesetz gemäß Abs. 3 sind hier völlig unverbunden nebeneinandergestellt, ohne daß der Verfassungstext auch nur den geringsten Anhalt für eine Auflösung dieses Widerspruchs gäbe. Auch allgemeine

¹³⁰⁾ Hans Peters aaO. (oben Fußnote 2) S. 19 ff. Zur „Gesetzesinflation“ im Verwaltungsrecht etwa auch: Erich Becker, Wandlungen der öffentlichen Verwaltung im Hinblick auf Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13), Berlin 1962, S. 17 ff., bes. S. 26 ff.; Eichler, Das Wesen des Gesetzes, Köln und Berlin 1959, S. 7; u. v. a. m.

¹³¹⁾ In diesem Sinne besonders Bullinger aaO. (oben Fußnote 95) S. 93 ff., bes. S. 95: „Eine Degradierung der Verwaltung zum bloßen Befehlsempfänger des Parlaments wäre als Eingriff in den Kernbereich der Exekutive verfassungswidrig“.

Prinzipien, wie etwa „Rechtsstaatlichkeit“ und „Demokratie“, lassen sich hierfür nicht heranziehen; denn wenn man diese Begriffe nicht bereits von vornherein als inhaltslose Leerformeln auffaßt, sie vielmehr aus ihrem traditionellen Gehalt heraus auszulegen versucht, so steht ihrer Anwendung auf das hier zu erörternde Problem doch schon entgegen, daß es sich dabei um eine neuartige Situation handelt, die sich unter lediglich traditionell verstandene Kategorien nicht subsumieren läßt. Es bleibt deshalb nur die Möglichkeit, hier zu fragen, welche der beiden denkbaren Auflösungen jenes Widerspruchs in ihrem Ergebnis den Intentionen des Grundgesetzes am besten entspricht. Dabei soll davon ausgegangen werden, daß die gemeinsame, sowohl dem Abs. 2 wie dem Abs. 3 des Art. 20 zugrunde liegende „Intention“ — also Zielvorstellung — das Prinzip der „Repräsentation“ in dem Sinne ist, in welchem uns Herbert Krüger dieses Prinzip formuliert hat¹³²): daß nämlich sowohl die Aufteilung der staatlichen Funktionen auf drei verschiedene selbständige Funktionsträger wie andererseits auch die Bindung der Verwaltung an das Gesetz nicht ihrerseits Selbstzweck sind, daß sie vielmehr der „Aufbereitung“ und „Besserung“ des „natürlichen Volkswillens“ (und „Organwallerwillens“) mit dem Ziel dienen sollen, zu einer im Ergebnis möglichst sachrichtigen — gerechten, fruchtbaren, zweckmäßigen — Entscheidung und Aktion zu gelangen.

Eine Argumentation, die so explizit das Ergebnis der Verfassungsauslegung in Betracht zieht und wertet, könnte freilich unter methodischen Gesichtspunkten als bedenklich erscheinen. Es mag deshalb angebracht sein, hier kurz darauf hinzuweisen, daß die juristische Hermeneutik auch sonst in nicht wenigen Fällen das mögliche Ergebnis als einen legitimen Gesichtspunkt im Rahmen des Interpretationsvorganges betrachtet: so etwa beim „argumentum ad absurdum“¹³³), bei der „verfassungskonformen Gesetzesauslegung“¹³⁴), bei den — in ihrer Relevanz allerdings umstrittenen — „in-dubio“-Sätzen

¹³²) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre (oben Fußnote 4), S. 236 ff.

¹³³) Etwa: Hans J. Wolff aaO. (oben Fußnote 102), S. 129.

¹³⁴) BVerfG, Urteil vom 23. 10. 1951, BVerfGE Bd. 1 S. 14 (32 f.), Beschluß vom 7. 5. 1953, BVerfGE Bd. 2 S. 266 (282), Urteil vom 17. 12. 1953, BVerfGE Bd. 3 S. 213 (220), st. Rspr. — Vgl. hierzu besonders: Imboden, Normenkontrolle und Verfassungsinterpretation, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 133 ff. (138 ff.); sowie Haak, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Bonn 1963.

(„in dubio pro libertate“¹³⁵), „in dubio pro communitate“¹³⁶) — usf. Widerspricht auch diese Berücksichtigung des Ergebnisses der herkömmlichen Vorstellung einer linearen Folgerung von bestimmten Voraussetzungen erst zum Ergebnis hin (als Student habe ich noch gelernt, der Jurist „schiele“ nur „mit einem Auge“ — also gleichsam mit schlechtem Gewissen — auf das Ergebnis: eine Vorstellung, die sich im Grunde an der klassischen Mechanik Galileis orientiert), so gibt uns demgegenüber doch die moderne „Steuerrechtswissenschaft“, die Kybernetik, in ihrer Figur des „Regelkreises“¹³⁷) ein Denkmodell an die Hand, mit dessen Hilfe wir ohne weiteres einzusehen vermögen, wie es denkbar sein kann, daß das Ergebnis seinerseits unter den Bestimmungsgründen erscheint, auf Grund deren es selber — das Ergebnis — doch, scheinbar „anschließend“, überhaupt erst ermittelt werden soll¹³⁸). In diesem Sinne sind wir also methodisch berechtigt, zu fragen, welche der beiden hier zuvor ins Auge gefaßten Möglichkeiten — diejenige einer unbeschränkten Regelungsbefugnis des Parlaments oder diejenige eines „Vorbehalts der Verwaltung“ — dem Repräsentationsgedanken des Grundgesetzes am besten entspricht. Freilich bedingt, wie sich ergeben wird, dieser Ansatzpunkt einen etwas anderen „Argumentationsstil“, als er hier bislang beobachtet werden konnte.

Für die Erwägung, der Einwirkung des Gesetzgebers auf die Exekutive eine verfassungsrechtliche Grenze zu ziehen, jenseits deren dann der Verwaltung ein Kernbereich eigener freier Verantwortlichkeit und Entscheidung gewährleistet wäre, scheinen vor allem zwei Argumente zu sprechen: einmal die (vermeintlich) größere Sachlichkeit, zum anderen die größere Sachkunde der Verwaltung. Für eine zutreffende Bewertung dieser beiden Gesichtspunkte wird es allerdings unerlässlich sein, zuvor einen Blick auf die Wirklichkeit der heutigen Verwaltung zu werfen. Eine wissenschaftlich exakte Beweisführung wird uns freilich dadurch erschwert, daß

¹³⁵) Ueber, Freiheit des Berufs, Hamburg 1952, S. 28; Peter Schneider, In dubio pro libertate, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. 2, Karlsruhe 1960, S. 263 ff.; ders., Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 S. 1 ff. (31 ff.).

¹³⁶) Ipsen, Haager Kongreß für Europarecht, NJW 1964 S. 342.

¹³⁷) Vgl. etwa: Wiener, Kybernetik, 2. Aufl. 1961 (Übersetzung von E. H. Serr, Düsseldorf und Wien 1963, dort S. 145 ff.); Lexikon der Kybernetik, hrsg. von A. Müller, Quickborn 1964, S. 132 ff., m. N.

¹³⁸) In Übernahme eines kybernetischen terminus technicus könnte man hier vielleicht von „rückkoppelnder Gesetzesauslegung“ („feedback interpretation“) sprechen.

Politikwissenschaft und Verwaltungslehre zur heutigen Situation der Verwaltung in Deutschland, von wenigen Ansätzen abgesehen, noch kaum empirisch verifizierbare und insoweit außer Streit gestellte Untersuchungsergebnisse vorgelegt haben¹³⁹). Immerhin wird es aber doch möglich sein, hier auf eine Reihe von Beobachtungen hinzuweisen, die auch ohne nähere Untersuchung für jeden zutageliegen, Beobachtungen zudem, für die sich das Referat auf eine Reihe maßgebender Autoren — nicht zuletzt aus diesem Kreise — berufen kann:

Was zunächst die behauptete Sachlichkeit der Verwaltung angeht, so ist daran zwar möglicherweise so viel richtig, daß die sachfremden Einflüsse der Verbände und Interessentengruppen ihre unmittelbare Angriffsfläche vor allem im Parlament, also im Bereich des Gesetzgebers, haben¹⁴⁰). Doch auf der anderen Seite ist bei unserer heutigen Verfassungslage die gegenseitige Verzahnung von Legislative und Exekutive so eng, daß die organisierte Vertretung derartiger partikularer Interessen ihren Einfluß durchaus auch ohne solchen Umweg unmittelbar auf die Exekutive nehmen kann und auch nimmt; Herr Schüle hat gestern sogar gemeint, daß heute die Exekutive für den Interessenvertreter der primäre Gesprächspartner sei^{140a}). Allein schon die Tatsache, daß die

¹³⁹) Vgl. jetzt besonders Ellwein, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Köln und Opladen 1965, S. 345 ff.

¹⁴⁰) Breitling, Die Verbände in der Bundesrepublik, Meisenheim am Glan 1955, S. 93 ff.; Donner, Die sozial- und staatspolitische Tätigkeit der Kriegsofferverbände, Ein Beitrag zur Verbandsdiskussion, Berlin 1960, S. 25 f.; Eschenburg, Herrschaft der Verbände? Stuttgart 1955, S. 87; Hirsch-Weber, Some remarks on interest groups in the german federal republic, in: Interest groups on four continents, hrsg. v. Ehrmann, Ann Arbor, Mich. 1958, S. 96 ff., hier S. 109 ff.; Hans Huber, Staat und Verbände, Tübingen 1958, S. 16; Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956, S. 255 ff.; Karstens, Wirkung und Wirkungsmöglichkeiten der Verbraucherverbände in Deutschland, Berlin 1964, S. 131 ff.; Herbert Krüger, Die Stellung der Interessenverbände in der Verfassungswirklichkeit, NJW 1956 S. 1217 ff., hier S. 1219; Schmölder, Das Selbstbild der Verbände, Berlin 1965, S. 140 ff.; Stammer u. a., Verbände und Gesetzgebung, Die Einflußnahme der Verbände auf die Gestaltung des Personalvertretungsgesetzes, Köln und Opladen 1965, durchgehend; Werner Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951, S. 139 ff.; Wittkämper, Grundgesetz und Interessenverbände, Die verfassungsrechtliche Stellung der Interessenverbände nach dem Grundgesetz, Köln und Opladen 1963, S. 173 ff. u. a. m.

^{140a}) In diesem Sinne besonders auch Hennis, Verfassungsordnung und Verbandseinfluß, Politische Vierteljahresschrift 1961 S. 23 ff., hier S. 25 f., der u. a. darauf hinweist, daß vom Bundesverband der Deutschen Industrie in den Jahren von 1949 bis 1958 jähr-

Regierung als Spitze der Exekutive auf eine Bestätigung in den jeweils nächsten Wahlen Wert legen muß, macht sie geneigt, den Wünschen der Interessentenverbände, besonders im Hinblick auf die hinter ihnen stehende Wählerschaft, zu entsprechen; auch die Frage nach der Finanzierung des Wahlkampfes mag in solchen Situationen gelegentlich eine nicht unerhebliche Rolle spielen¹⁴¹⁾. Beispiele für einen solchen, teils legitimen, teils illegitimen Einfluß der Interessenten lassen sich, wie bekannt, in nicht unbeträchtlichem Umfang gerade auch aus dem Bereich der Bundesverwaltung nennen; in unseren gestrigen Verhandlungen ist ja von diesen Dingen bereits ausführlich die Rede gewesen. — Berücksichtigt man ferner noch, wie gering nach den Untersuchungsergebnissen von Hofstätter und Tack im Autostereotyp selbst der Beamten des höheren Dienstes die rationalen Werte der „Intelligenz“ und der „Ordnung“, wie hoch dagegen bei ihnen die emotionalen Werte des „Gemüts“, der „Liebe“ usw. eingestuft werden¹⁴²⁾ (für wie wenig „sachlich“ sich die Beamten also offenbar selber halten), so dürfte es im Ergebnis doch wohl recht zweifelhaft werden, ob wirklich nun die Entscheidung einer Frage durch die Verwaltung uns eine größere Sachlichkeit der Entscheidung als deren Regelung durch ein Gesetz gewährleisten kann. Helmut Schelskys Vision eines Zukunftsstaates, in dem die objektivierte sachliche Entscheidung des Fachmanns jedwede politische Entscheidung verdrängt und entbehrlich macht¹⁴³⁾, dürfte schon unter diesem Gesichtspunkt recht problematisch sein.

Demgegenüber ist es allerdings sicherlich richtig, daß die Sachkunde der Verwaltung diejenige des Gesetzgebers weit überwiegt: dies in einem Maße, daß nicht selten der Gesetzgeber heute auf die fachlichen Kenntnisse der Verwaltung und ihrer Experten schlechterdings angewiesen, ja von ihnen abhängig ist. Doch darf man andererseits nicht verkennen, daß diese größere Sachkunde der Verwaltung, gerade auch vom Standpunkt der „Richtigkeit“ der zu treffenden Entscheidung her gesehen, keineswegs unbedingt nur ein Vorzug ist. Nur

lich im Durchschnitt 82,8 % aller Eingaben an Behörden der Exekutive, dagegen an die Legislative nur 7 % gerichtet worden seien.

¹⁴¹⁾ Zum Einfluß der Parteien und Verbände auf die Exekutive s. ferner auch Eschenburg, Ämterpatronage, Stuttgart 1961, S. 62 ff.; Werner Weber, Gegenwart und Zukunft des höheren Beamtentums, Vortrag vom 30. 3. 1962, S. 6 ff.

¹⁴²⁾ Hofstätter/Tack, Das Bild des Beamten in der Öffentlichkeit, Eine sozialpsychologische Untersuchung, Bad Godesberg 1963, S. 52 ff., 58 f.

¹⁴³⁾ Schelsky, Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation, Köln und Opladen 1961, S. 23.

allzu leicht führt die fachliche Spezialisierung, die mit jeder größeren Sachkunde ja nun einmal notwendig verbunden ist, zu einer gefährlichen Verengung des Anschauungsfeldes, die den Blick auf alle fachfremden rechtlichen und sozialen Momente des zu regelnden Falles verstellt: Ernst Forsthoff hat das vor einigen Jahren in seiner Studie über den „lästigen Juristen“ am Beispiel des Fachbeamten anschaulich dargestellt, der sich — notwendig und verständlicherweise — in der Verwaltung vor allem als Anwalt „seiner Sache“ versteht und von diesem Standpunkt aus dann die formalen Beschränkungen, die der Verwaltung im Rechtsstaat nun einmal auferlegt sind, lediglich als Hindernisse auf dem Wege zu einer optimalen Erfüllung gerade seines speziellen „Auftrags“ empfindet¹⁴⁴). Zudem trifft heute diese Diagnose nicht mehr allein auf den Fachbeamten im engeren Sinne zu, auf den in der Verwaltung tätigen Ingenieur, Mediziner und Pädagogen; sondern auch die Beamten mit juristischer Vorbildung, und gerade die besten unter ihnen, lassen nicht selten Symptome des gleichen „Krankheitsbildes“ erkennen. Es genügt hierfür, etwa einen Blick in das Fachschrifttum auf dem Gebiet des Steuerrechtes zu werfen, soweit es — wie heute nahezu überwiegend — von Beamten der Finanzverwaltung bestritten wird; die Tendenz, der „Aufgabe“ und ihrer Verwirklichung einen Vorrang vor den rechtsstaatlichen Sicherungen unserer Verfassung zu geben, ist hier unverkennbar¹⁴⁵). Helmut Quaritsch hat uns vor einigen Jahren ein anderes kennzeichnendes Beispiel aus dem Bereich des hamburgischen Bauplanungsrechts vor Augen geführt¹⁴⁶). Übereifer und extreme Verfassungsblindheit treten heute vielfach etwa auch bei den Maßnahmen in Erscheinung, die unsere Strafverfolgungsbehörden bei der Bekämpfung vermeintlicher Verfassungsgefährdung für notwendig halten: die „Verfassungsgefährdung“, die jene Behörden verhindern sollen, wird hier zuweilen durch ihre Maßnahmen überhaupt erst bewirkt. Stichworte: der Reißwolf im Keller der Staatsanwalt-

¹⁴⁴) Forsthoff, Der lästige Jurist, jetzt in: Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 57 ff., bes. S. 60 f.

¹⁴⁵) Für Beispiele und Nachweisungen vgl. vor allem: Klaus Vogel, Verwaltungsrecht und Allgemeines Abgabenrecht, DVBl. 1963 S. 235 ff.

¹⁴⁶) Quaritsch, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, 2. Aufl., Hamburg 1961; s. hier besonders auch die Stellungnahme von Haas, S. 46 ff. Ob in der neuerdings von Blümel, Zur inhaltlichen Überprüfung des Bebauungsplanes im nachfolgenden Enteignungsverfahren, DÖV 1965 S. 297 ff., hier S. 298, referierten „hamburgischen Auffassung“ zur Auslegung der §§ 87, 88 BBauG ein weiteres Beispiel für diese im Text gekennzeichnete Einstellung gesehen werden kann, mag im vorstehenden Zusammenhang dahingestellt bleiben.

schaft, das fehlende Grundgesetz „unter dem Arm“ des Verfassungsschützers. —

Über das alles hinaus wird man aber auch zu bedenken haben, ob denn überhaupt auf der Seite der Exekutive ein wirkliches Bedürfnis danach besteht, von Einwirkungen des Gesetzgebers zumindest in einem „Kernbereich“ freigehalten zu werden. Franz Ronneberger hat neuerdings mit Recht darauf hingewiesen, daß jene Einengung des Verwaltungsermessens ja keineswegs allein von der Seite des Gesetzgebers her betrieben wird, daß sie vielmehr offenbar auch einem nachdrücklichen Bedürfnis der Verwaltung selber entspricht¹⁴⁷⁾. Und selbst dort, wo heute durch Gesetz das Verwaltungsermessen eingeschränkt und an eng umschriebene Tatbestände gebunden wird, sind es doch in aller Regel Verwaltungsbehörden gewesen, die dieses Gesetz entworfen, wenn nicht sogar parlamentarisch durchgesetzt haben¹⁴⁸⁾. Besonders in den Ländern liegt es heute bekanntlich meist so, daß die Verwaltung die Gesetze entwirft und diese ihre Gesetzesentwürfe dann von den Landtagen schon um deswillen ohne große Änderungen verabschiedet werden, weil es den Abgeordneten unvermeidlich an den für eine Überprüfung erforderlichen fachlichen Informationen fehlt, etwaige Bedenken des Abgeordneten von der Verwaltung, eben auf Grund dieses ihres fachlichen Übergewichts, auch in der Regel ohne Schwierigkeit überspielt werden können. Im Bund ist zwar bislang der Einfluß des Parlaments noch relativ größer; aber auch hier muß sich der Abgeordnete notgedrungen auf die „großen Fragen“ beschränken, während in den Detailfragen — etwa über die beliebten „Formulierungshilfen“ — nicht selten dann doch der Fachverstand der Bürokratie siegt¹⁴⁹⁾. So bindet sich also die Verwaltung auf

¹⁴⁷⁾ Ronneberger aaO. (oben Fußnote 2), S. 295; vgl. ferner etwa auch Rupp aaO. (oben Fußnote 1) S. 127. Über die Gründe dieser Einstellung einiges bei Ellwein aaO. (oben Fußnote 139), bes. S. 350, 358.

¹⁴⁸⁾ Zum folgenden besonders Ellwein aaO. (oben Fußnote 139) S. 235 f.

¹⁴⁹⁾ Diese Umstände vermögen indes noch keineswegs Gewähr für eine sachliche Qualität der in solcher Weise erlassenen Gesetze zu geben. Vgl. etwa Herbert Jäger, Motive des neuen Strafrechts, in: Strafrechtspflege und Strafrechtsreform, Wiesbaden 1961, S. 63 ff. „Hoffentlich wird eine Zeit kommen, welche es ganz unbegreiflich finden wird, wie man jemals Gesetze machen konnte ohne statistische Vorarbeiten, ohne parlamentarische Enqueten, ohne Anhören, wohl gar gegen den Rath, von Sachverständigen; also ohne irgend eine sichere Kenntniß der Thatsachen und der Bedürfnisse. Itzt freilich werden noch genug Gesetze ohne solche Vorbereitung gemacht; sie sind aber auch darnach“ (v. Mohl, Encyclopädie, S. 157).

diesem Wege mit großer Akkuratess e ihre eigenen H ä n d e : da wir uns hier auf bayerischem Boden befinden, mag es genügen, in dieser Hinsicht auf das bayerische Polizeiaufgabengesetz hinzuweisen, dessen maßgebende Verfechter gerade auch in der Verwaltung jene Ausformung der polizeilichen Befugnisse in Spezialtatbeständen immer wieder mit Nachdruck als eine rechtsstaatliche Notwendigkeit verteidigt haben¹⁵⁰) (ohne damit allerdings, wie ich inzwischen erfahren habe, bislang schon alle meine bayerischen Kollegen voll überzeugt zu haben). — Daß auf der anderen Seite freilich der geschilderte Einfluß der Verwaltung auf das Gesetzgebungsverfahren ihr für die Einengung ihrer Ermessensfreiheit eine nicht unerhebliche Kompensation gibt, sei hier einstweilen nur am Rande vermerkt.

Ein „Vorbehalt der Verwaltung“, d. h. also ein verfassungsrechtlich geschützter Bereich eigener, freier Verantwortlichkeit der Verwaltungsbehörden, ist aber unter diesen geschilderten Umständen weder erforderlich, noch vermag er im Verhältnis zu einer gesetzlichen Regelung der betreffenden Fragen Gewähr für eine größere „Richtigkeit“ der jeweils zu treffenden Entscheidung zu bieten. Im Gegenteil wird man annehmen dürfen, daß die relative Öffentlichkeit, die das Gesetzgebungsverfahren immerhin noch verbürgt, d. h. also die Notwendigkeit, sich einer öffentlichen Kritik auszusetzen, doch noch weit eher eine sachgerechte Entscheidung verbürgt als eine Regelung derartiger Fragen allein im Schoß der Verwaltung. Gerade vom Gesichtspunkt der Repräsentation her wird man deshalb das Recht des Gesetzgebers, sämtliche Fragen zu regeln und an sich zu ziehen, die ihm hierfür geeignet erscheinen, mit allem Nachdruck verteidigen müssen.

VIII.

Der erste Teil dieses Referats schloß mit dem Ergebnis, daß mit dem Verlust des „moralischen Gesetzesbegriffs“ der deutschen idealistischen Philosophie — und wegen dieses Ver-

¹⁵⁰) Franz Mayer, Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht, München 1958; ders., Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, in: Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl., München 1964, S. 362 ff., hier S. 376 ff.; Samper, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, München 1965, S. 2 (Vorwort), S. 60 ff., Erl. 3 bis 8; Schiedermaier, Einführung in das bayerische Polizeirecht, München und Berlin 1961, S. 8 f., insbes. S. 47 ff.

lustes — heute eine prinzipielle rechtstheoretische Unterscheidung zwischen den Sphären des Gesetzgebers und der Verwaltung nicht mehr möglich ist. Unsere weiteren Überlegungen haben nun inzwischen ergeben, daß sich auch nach positivem deutschem Verfassungsrecht eine derartige prinzipielle Grenze nicht ziehen läßt. Das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verwaltung wird heute vielmehr, wenn man von bestimmten, hier schon genannten Spezialvorbehalten zugunsten des Gesetzgebers wie gelegentlich auch der Verwaltung absieht, allein durch den „Vorrang des Gesetzes“, d. h. durch die *Ü b e r o r d n u n g* des Gesetzgebers über die Verwaltung bestimmt. Für die *V e r f a s s u n g s t h e o r i e* entsteht mit diesem Ergebnis nun freilich die Frage, ob man bei einer solchen Sachlage überhaupt noch von einer „Dreigewaltenteilung“ im Sinne *M o n t e s q u i e u s* sprechen kann, ob nicht vielmehr in Wahrheit heute bei uns an die Stelle der das neunzehnte Jahrhundert bestimmenden „Zweigewaltenteilung“ zwischen Legislative und Exekutive¹⁵¹⁾ ein neues System der Zweigewaltenteilung getreten ist — als deren Träger dann offenbar auf der einen Seite Legislative und Exekutive (die beiden „gestaltenden Gewalten“¹⁵²⁾) als *E i n h e i t*, auf der anderen Seite die rechtsprechende Gewalt zu betrachten wären. Hierzu, nur zum Abschluß, noch einige kurze, skizzierende Bemerkungen:

In der Tat läßt ein rechtsvergleichender Überblick heute unschwer eine Tendenz erkennen, die Staatsgewalt in diesem Sinne auf nur zwei oberste Funktionsträger, Rechtsprechung und „gestaltende Gewalt“, zu verteilen. Das gilt insbesondere für die Verfassungen einer Reihe von afrikanischen Staaten, in denen die Unterordnung des Parlaments unter den Willen der Exekutive mit Hilfe der verfassungsrechtlichen Institution des „Einparteiensystems“ bewirkt wird, das oberste Gericht aber noch ein unabhängiger Gegenspieler der Regierung geblieben ist¹⁵³⁾; es gilt ferner, wie Sie wissen, für die „präföderalen“ Verfassungsgebilde der Europäischen Gemeinschaften; es gilt schließlich der Tendenz nach zum Teil auch bereits für die französische Verfassung der V. Republik. Trotz aller vermeintlichen Übereinstimmung im formalen Prinzip wird sich aber die Verfassungsordnung des Grundgesetzes mit diesen genann-

¹⁵¹⁾ Vgl. oben S. 131 f.

¹⁵²⁾ Vgl. oben Fußnote 62.

¹⁵³⁾ *H a m o n*, Les tendances constitutionnelles des états ayant nouvellement accédés à l'indépendance, in: *Études de Droit Contemporain, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, Bd. XXIII, Paris 1962, S. 409 ff., hier S. 417 ff., 423 f.

ten Verfassungen doch nicht vergleichen lassen. Es liegt dies nicht so sehr am Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 GG, dessen Aussage man wohl kaum besonderes Gewicht würde beimessen können, wenn er zum sachlichen Regelungsgehalt des Grundgesetzes in einem offenkundigen Widerspruch stünde; sondern es liegt dies daran, daß man von einer Einheit der „gestaltenden Gewalt“ zwar dort sprechen kann, wo die Exekutive der Legislative übergeordnet ist, nicht aber — jedenfalls nicht unter den Bedingungen der Gegenwart — dort, wo Verfassungsgesetz und Verfassungsrealität den herkömmlichen Vorrang der Legislative vor der Exekutive noch aufrechterhalten¹⁵⁴).

Denn ist die Legislative der Exekutive nachgeordnet, so scheidet sie zwar als deren selbständiger Gegenspieler im Sinne eines „system of checks and balances“ aus. Für die unter den Willen der Legislative gestellte Exekutive gilt das indes nicht in gleicher Weise. Die Exekutive im Staat der Gegenwart, d. h. die Exekutive als Verwaltung, besitzt heute eigenes Gewicht, auch über den Verfassungswortlaut hinaus. Sie zieht dieses ihr Gewicht aus der Bedeutung der ihr übertragenen Aufgaben, aus ihrer fachlichen und sachlichen Unentbehrlichkeit, nicht zuletzt schließlich auch aus ihrer Verfügung über die zur Lenkung eines modernen Gemeinwesens nun einmal notwendig erforderlichen sachlichen Informationen^{154a}). Von dem Einfluß, den die Verwaltung heute selbst auf die Gesetzgebung ausübt, auch ohne besondere verfassungsrechtliche Legitimation, wurde hier schon gesprochen. Die Verwaltung vermag diesen Einfluß zu nutzen, um ihr Imperium noch weiterhin auszubauen: so ist dies etwa sehr nachdrücklich neuerdings in den beklemmenden sog. „einfachen“ Notstandsgesetzen geschehen, mit ihren nahezu unbegrenzten Auskunfts- und Prüfungsermächtigungen an die Verwaltung¹⁵⁵)

¹⁵⁴) Anders offenbar Werner Weber aaO. (oben Fußnote 141) S. 12 f.

^{154a}) Hierzu etwa Bendix, Bureaucracy and the problem of power, Public Administration Review 1945, S. 194 ff., der von einem „monopoly of skill“ der Verwaltungsbehörden spricht; Eisenstadt, Bureaucracy and political development, Princeton 1963, S. 96 ff., hier S. 107 f.; La Palombara, Bureaucracy and political development, aaO., S. 34 ff., hier S. 55 ff.

¹⁵⁵) Z. B. Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sowie des Geld- und Kapitalverkehrs (Wirtschaftssicherstellungsgesetz) vom 24. 8. 1965, BGBl. I S. 920, § 19; Gesetz zur Sicherstellung des Verkehrs (Verkehrssicherstellungsgesetz) vom 24. 8. 1965, BGBl. I S. 927, § 16; Gesetz über die Sicherstellung der Versorgung mit Erzeugnissen der Ernährungs- und Landwirtschaft sowie der Forst- und Holzwirtschaft

und ihrer Einbeziehung auch noch des letzten Bürgers, selbst schon im Frieden, in ein an Orwellsche Phantasien erinnerndes hyperperfektioniertes „Selbstschutz“-System¹⁵⁶). Die Verfassungsmäßigkeit dieser Gesetze ist hier nicht zu erörtern (das würde eine Tagung für sich erfordern); sie sind hier einstweilen nur als ein Beleg dafür interessant, daß die Verwaltung, bei aller verfassungsrechtlichen Unterordnung unter den Willen der Legislative, doch gleichwohl ein selbständiger Verfassungsfaktor von eigener Mächtigkeit ist — und daß es deshalb verfassungstheoretisch gerechtfertigt ist, auch für unsere geltende Verfassungsordnung noch von einem echten System der „Dreigewaltenteilung“ zu sprechen.

Es ist sicherlich nicht zu erwarten, daß sich dieses Verhältnis in Zukunft zuungunsten der Verwaltung verschieben wird. Weit eher wird das Gegenteil zu erwarten sein: der Umfang und das Gewicht der Verwaltungsaufgaben und damit die effektive Macht der Verwaltung werden auch weiterhin zunehmen¹⁵⁷); mit Recht wendet neuerdings die Wissenschaft insbesondere auch dem Phänomen der Planung ihre Aufmerksamkeit zu¹⁵⁸). Gleichzeitig steigt die Intensität der Verwaltungstechniken, ihrer offenen und verdeckten Beeinflussungsmöglichkeiten¹⁵⁹). Hier entstehen für die Zukunft zahlreiche neue Probleme, gerade auch für das Verhältnis von Gesetzgeber und Verwaltung.

(Ernährungssicherstellungsgesetz) vom 24. 8. 1965, BGBl. I S. 938, § 16; Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der Wasserwirtschaft für Zwecke der Verteidigung (Wassersicherstellungsgesetz) vom 24. 8. 1965, BGBl. I S. 1225, § 18.

¹⁵⁶) Gesetz über den Selbstschutz der Zivilbevölkerung (Selbstschutzgesetz) vom 9. 9. 1965, BGBl. I S. 1240.

¹⁵⁷) Bedenkt man etwa, daß nach einer Berechnung Jean Fourastiés bei einem weiteren Anwachsen der Weltbevölkerung im gegenwärtigen Maßstab auf dem gesamten Erdball bereits in etwa 300 Jahren die heutige Bevölkerungsdichte der Stadt New York erreicht werden wird (Fourastié, Die große Metamorphose des 20. Jahrhunderts, dtsh. Übersetzung Düsseldorf und Wien 1964, S. 23 f.), so wird deutlich, daß diese Entwicklung nahezu unausweichlich ist. Der „Sozialstaat“ ist unter diesen Umständen, pointiert ausgedrückt, weit weniger die Folge einer positiven Verfassungsentscheidung als vielmehr eine unausweichliche Notwendigkeit. Vgl. hierzu auch Freyer, Die Situation der Bürokratie in der Mitte des 20. Jahrhunderts, in: Mitteilungen der kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung, Sonderdruck Juni 1961, bes. S. 5 ff.

¹⁵⁸) Vgl. jetzt besonders die Beiträge von Joseph H. Kaiser, Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung, und anderen in: Planung I, hrsg. von J. H. Kaiser, Baden-Baden 1965.

¹⁵⁹) Ronneberger aaO. (oben Fußnote 2) S. 298 ff.

Die Bewältigung dieser Probleme muß freilich Sache der Zukunft bleiben. Immerhin besteht Anlaß, hier an das Wort **Montesquieus** zu erinnern:

*„Comme toutes les choses humaines ont une fin, l'État dont nous parlons perdra sa liberté, il périra. Rome, Lacédémone et Carthage ont bien péri. Il périra lorsque la puissance législative sera plus corrompue que l'exécutrice.“*¹⁶⁰

¹⁶⁰) „Da alles Menschenwerk ein Ende hat, wird auch der Staat, von dem wir sprechen, seine Freiheit verlieren, er wird zugrundegehen. Rom, Sparta und Karthago sind auch zugrundegegangen. Er wird zugrundegehen, wenn die gesetzgebende Gewalt verderbter (vielleicht auch zu übersetzen: schwächer) geworden sein wird als die ausführende Gewalt“. — AaO. (oben Fußnote 6) l. 11 ch. 6, viertletzter Absatz.

Leitsätze des Berichterstatters über

Gesetzgeber und Verwaltung

(Das Referat beschränkt sich auf die Frage nach der Abgrenzung der beiderseitigen Kompetenzsphären)

1. Die Abgrenzung zwischen „gesetzgebender“ und „ausführender Gewalt“ beruht im staatsphilosophischen und verfassungstheoretischen Schrifttum seit Montesquieu, besonders dem der deutschen idealistischen Philosophie, darauf, daß dem „allgemeinen Gesetz“ — eben auf Grund dieser seiner „Allgemeinheit“ — ein *moralischer* Rang zugeschrieben wird; dagegen wird der „Ausführung“ des Gesetzes im „Besonderen“ jener gleiche Rang nicht zuerkannt. Von hier aus gewinnt die Abgrenzung für die frühkonstitutionelle Verfassungslehre ihre „Selbstverständlichkeit“ und Substanz.

2. Von den philosophischen Grundlagen des Gegenwartsdenkens aus ist jene Auffassung indes nicht mehr möglich. Die Abgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung hat dadurch — im Grunde schon in der Zeit des Positivismus — ihren prinzipiellen Charakter verloren. Für die Gegenwart kann sie lediglich noch als eine Frage des positiv geltenden Verfassungsrechtes erörtert werden.

3. Unbezweifelbar — und unbezweifelt — ist für den Bereich der Bundesrepublik allerdings nach wie vor die grundsätzliche *Überordnung* des Gesetzgebers über die Verwaltung, der „Vorrang des Gesetzes“ (Art. 20 Abs. 3 GG). Demgegenüber sind jedoch heute alle Aussagen problematisch geworden, die, über einzelne ausdrückliche Verfassungsvorbehalte hinaus, dem Gesetzgeber oder der Verwaltung, sei es für bestimmte Arten von Rechtsakten, sei es für bestimmte sachliche Materien, einen prinzipiellen Vorbehaltsbereich zugestehen wollen.

4. Aufzugeben ist zunächst die Lehre vom „Vorbehalt des Gesetzes“. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung für Regelungen im Grundrechtsbereich ergibt sich heute lediglich unmittelbar aus den Grundrechtsartikeln, auf dem Wege

über die Anerkennung „indirekter Eingriffe“ (BVerfGE 13, 185 f.; 18, 12) freilich auch für Maßnahmen der leistenden Verwaltung. Der sog. „Vorbehalt des Gesetzes“ ist somit nur noch ein *Anwendungsfall* der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Verfassung, des „*principe de légalité*“ (s. These 3).

5. Aufzugeben ist ferner die Lehre, daß die Verwaltung gemeinverbindliche Rechtsnormen nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen könne. Die Verwaltung besitzt vielmehr eine ursprüngliche eigene *Regelungsgewalt*, auf Grund deren sie innerhalb der ihr durch Verfassung und Gesetze gezogenen Grenzen (also nicht contra, wohl aber intra und praeter legem) gemeinverbindliche Rechtsnormen setzen kann. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen der Verwaltung durch Gesetz ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum — steuerliche Bewertungsrichtlinien! — eingeräumt worden ist. Die Form der Rechtsverordnung (Art. 80 GG) ist nur dort erforderlich, wo das Grundgesetz eine Regelung durch (materielles) Gesetz vorsieht; im übrigen ist sie fakultativ.

6. Umgekehrt unterliegt heute auch der Gesetzgeber keiner allgemeinen formellen Begrenzung seiner Kompetenz in dem Sinne, daß er etwa nur generelle Normen erlassen könnte. Von den Sonderfällen des Art. 19 Abs. 1 sowie des Art. 101 Abs. 1 GG abgesehen — und in dem Rahmen, den Art. 3 GG zieht — sind vielmehr auch Einzelfallgesetze gestattet.

7. Auch ein materieller „Vorbehaltsbereich der Verwaltung“ im Sinne eines Kernbereichs eigenen verantwortlichen Verwaltungshandelns, in welchen der Gesetzgeber nicht eingreifen dürfte, ist nach geltendem Verfassungsrecht nicht anzuerkennen. Dem Prinzip der „Repräsentation“ (im Sinne Herbert Krügers) vermag eine Regelung bestimmter Fragen durch die Verwaltung weder mit Rücksicht auf deren größere Sachkunde noch wegen ihrer (vermeintlich) größeren „Sachlichkeit“ notwendig besser gerecht zu werden als eine Regelung durch Gesetz. Im übrigen ist es heute weitgehend die Verwaltung selber, die die Einengung ihres eigenen Ermessens- und Entscheidungsspielraums betreibt.

8. Das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verwaltung wird somit gegenwärtig — von einzelnen Spezialvorbehalten zugunsten des Gesetzgebers wie der Verwaltung abgesehen — allein durch den „Vorrang des Gesetzes“, d. h. durch die grundsätzliche *Überordnung* des Gesetzgebers über die Verwaltung bestimmt. Das effektive Gewicht der Verwaltung, ihre Unentbehrlichkeit sowie ihr faktisches

Informationsmonopol machen sie für den Gesetzgeber dennoch zu einem (mindestens) ebenbürtigen Gegenspieler, so daß die Verfassungstheorie — trotz jener Unterordnung — berechtigt ist, das gegenwärtige Verfassungssystem in der Bundesrepublik als ein echtes System der „Dreigewaltenteilung“ zu werten.

Gesetzgeber und Verwaltung

2. Mitbericht von Privatdozent Dr. Roman Herzog,
München

Die gegenseitige Beeinflussung von Gesetzgeber und Verwaltung ist ein unermeßliches Thema. Es führt den Betrachter aus der Geborgenheit eines scheinbar gesicherten Rechtswissens vor die Fülle der ungelösten Probleme, die diese zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts vor dem Menschen ausbreitet. Denn was immer diese Epoche an Umwälzungen im Leben der Gesellschaft und des Staates, in Wirtschaft und Technik vor unseren Augen in Gang setzt — es findet Niederschlag auch im Phänotyp dieser beiden gestaltenden Staatsgewalten und damit folgerichtig auch in ihrem Verhältnis zueinander.

Der Berichterstatter, der in einer knappen Stunde die Dimensionen einer solchen Entwicklung ausloten soll, steht deshalb vor einer unlösbaren Aufgabe, zumal wenn er sie selbst nur während einer sehr kurzen Zeitspanne mit offenen Augen verfolgen konnte. Er ist schwerlich zu mehr imstande als zum Nachweis der augenfälligsten Entwicklungslinien und zur Andeutung der wichtigsten Antworten. Im übrigen, so scheint es, gibt es für ihn nur einen Trost: den beträchtlichen Rest einer hilfreichen Diskussion zu überantworten.

I. Die Einwirkung des Gesetzgebers auf die Verwaltung

1. Ein weithin durchforstetes Terrain betritt unsere Untersuchung in ihrem ersten Abschnitt, der sich mit den Einwirkungen des Gesetzgebers auf die Verwaltung befassen soll. Wir wissen um jene Einwirkung, die darin besteht, daß der Gesetzgeber im Bereich des Gesetzesvorbehalts schweigt und damit eine ungeduldig Gewehr bei Fuß stehende oder auch eine erleichtert aufatmende Verwaltung zur Untätigkeit veranlaßt. Und wir wissen auch um jene Form der Einwirkung, bei der der Gesetzgeber die Schranke des Gesetzesvorbehalts hebt und der Verwaltung ein Tätigwerden freistellt, ohne doch selbst ein Interesse an einem bestimmten Verhalten zu

bekunden¹⁾. Aber diese Einwirkungen, bei denen der Gesetzgeber selbst im Grunde passiv bleibt, bei denen er nicht „Farbe bekennt“, sollen im weiteren gar nicht verfolgt werden. Sondern es geht darum, jene Maßnahmen des Gesetzgebers zu sichten und darzustellen, durch die er die Verwaltung aktiv zu einem bestimmten, von ihm jedenfalls in Umrissen angegebenen Verhalten veranlaßt, durch die — von der anderen Seite gesehen — die Verwaltung nicht zu einem völlig eigenverantwortlichen Verhalten ermächtigt, sondern zu einem bestenfalls teilweise eigenverantwortlichen Vollzug gesetzgeberischer Befehle, Anregungen, Projekte aufgerufen wird. Gegenüber dem Bürger gibt es bei all diesen Einwirkungen nur eine schroffe Alternative: „Du mußt gehorchen, wenn die Verwaltung von dir das und das verlangt“ — oder: „Du brauchst nicht zu gehorchen.“ Aber die Verwaltungsrechtsnorm hat neben dieser Komponente noch eine zweite, kraft deren der Gesetzgeber auf Grund seiner hervorragenden Stellung in der Staatsorganisation der Verwaltung Weisungen erteilen kann. Die Bindung an diese Imperative ist der eigentliche Sinn des Art. 20 Abs. 3 GG, der der Verwaltung nicht nur, im Sinne der ursprünglichen Lehre vom Vorrang des Gesetzes, die Freistellung vom Gesetz verweigert, sondern sie zugleich auch zum Gehorsam gegenüber den verwaltungspolitischen und verwaltungstechnischen Entscheidungen des Gesetzgebers verpflichtet²⁾. Um die Bindung an diese legislatorischen Initiativen geht es im folgenden. Die Frage, die hier zu beantworten ist, lautet also: wie weit darf der Gesetzgeber rechtlich und wie weit kann er tatsächlich den Anstoß zu bestimmten Verhaltensweisen der Verwaltung geben? — oder umgekehrt: Besteht die Verwaltung ausschließlich im Gesetzesvollzug oder räumen ihr Verfassung

¹⁾ Es ist denkbar, daß es derartige Rechtssätze heute gar nicht mehr gibt. Dafür spricht zumindest die von Franz Mayer, *Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung*, 1963, S. 21 ff., 25 ff. zu treffend beobachtete Tatsache, daß die Verwaltung schon in den — von Mayer so genannten — Aufgabennormen in gewissem Sinne das Gesetz ihres Handelns erfährt. Selbst beim Haushaltsvollzug ist heute zweifelhaft, ob die Aufnahme in das Haushaltsgesetz der Verwaltung nur eine Möglichkeit einräumt; vgl. dazu etwa Th. Maunz, in: Maunz-Dürig, *Das Grundgesetz*, Art. 110, Randnr. 10 (m. Lit.).

²⁾ Diese beiden Elemente des Vorrangs des Gesetzes gilt es klar zu unterscheiden: mit dem grundsätzlichen Verbot, gegen das Gesetz zu handeln, ist nicht notwendig die Verpflichtung verbunden, vom Gesetzgeber auch grundlegende Zielsetzungen entgegenzunehmen; gerade solche könnten ihm im gewaltenteilenden Staat durchaus verboten sein.

und Natur der Sache Bereiche eigenständigen Entscheidens und Gestaltens ein?

2. Die Arten gesetzgeberischer Einwirkung auf die Exekutive sind im wesentlichen bekannt und bedürfen daher nur kurzer Erwähnung.

a) Was die Form der Einwirkung anbelangt, so ist damit die Unterscheidung zwischen dem Gesetz und dem sog. schlichten Parlamentsakt angesprochen. Die Gesetzesbindung der Verwaltung ist, jedenfalls dem Grunde nach, unproblematisch und gibt nur in einzelnen Fällen Anlaß zu Zweifeln³⁾. Dagegen ist die Bindung an sonstige Äußerungen des Parlaments weithin noch umstritten. Obwohl sie in gewissem Sinne außerhalb des gestellten Themas liegt, weil das Parlament hier eben gerade nicht als Gesetzgeber tätig wird, soll auf sie hier doch kurz eingegangen werden. Man wird sich dabei vor Augen halten müssen, daß das Parlament weder beim Gesetz noch beim schlichten Beschluß eine rechtsförmige Möglichkeit zur selbständigen Durchsetzung seines Willens hat. Weder im einen noch im anderen Falle kann es etwa den Gehorsam der Verwaltung gerichtlich einklagen⁴⁾. Beim Gesetz kann es die Durchsetzung mittelbar am besten dadurch erreichen, daß es dem Bürger ein subjektiv-öffentliches Recht einräumt, so daß dieser die Einhaltung des Gesetzes vor den Verwaltungsgerichten erzwingen kann. Weitere Wege der Durchsetzung sind die Anordnung von Kriminal- und Disziplinarstrafen⁵⁾ und von Schadensersatzpflichten für den Fall der Zuwiderhandlung von Verwaltungsorganen⁶⁾ und schließlich der Sturz einer Regierung, die die Durchführung der Gesetze nicht sicherstellt. Ja dort, wo das Gesetz nicht durch ein Recht des Bürgers „bewehrt“ ist, ist der Gesetzgeber vollends auf die beiden zuletzt genannten Maßregeln angewiesen, von denen noch dazu allein der Regierungsturz ganz in seiner Entscheidung steht. Sieht man die Dinge so,

³⁾ Stichworte: Einzelfallgesetz — Normenkontrollbefugnis der Verwaltung u. ä.

⁴⁾ Ein Recht des Parlaments, die Durchführung seiner Gesetze im Organstreitverfahren (im Bund: Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG) durchzusetzen, ist bisher, soweit ersichtlich, nirgends behauptet worden. Allenfalls könnte wohl der allgemeine Grundsatz der Gesetzesbindung verfassungsgerichtlich durchgefochten werden, nicht aber — worauf es praktisch ankäme — Auslegungstreitigkeiten zwischen Parlament und Verwaltung, die ersteres ja durch authentische Interpretation in Gesetzesform im Rahmen der objektiven Formulierungsmöglichkeiten jederzeit für sich entscheiden kann.

⁵⁾ Vgl. dazu etwa H. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., 1948, S. 13 f., 111 ff.

⁶⁾ Dies trotz der dogmatischen Bedenken von H. Nawiasky, aaO., S. 13.

dann hängt die bindende Wirkung schlichter Parlamentsbeschlüsse letzten Endes nur von der praktischen Realisierbarkeit der Drohung mit dem Regierungssturz ab, da sie für sich — die Frage ihrer Verwendbarkeit als Interpretationshilfen für gleichzeitig ergehende Gesetze sei hier ausgeklammert⁷⁾ — unbezweifelbar weder Leistungsansprüche noch Schadensersatzansprüche des Bürgers noch strafrechtliche oder disziplinarrechtliche Folgen für die Verwaltung auslösen können⁸⁾. Es ist dann lediglich eine terminologische Frage, ob die schwache Sanktion des Art. 67 GG eine Abhängigkeit der Verwaltung erzeugt, die das Attribut „Bindung“ verdient⁹⁾, und es ist eine Frage der politischen Machtverhältnisse, ob von schlichten Parlamentsbeschlüssen erwähnenswerte Impulse auf die Verwaltung ausgehen.

b) Unabhängig von der Form der Willensäußerung lassen sich die Einwirkungen des Gesetzgebers auf die Verwaltung aber auch nach der Struktur unterscheiden. Es liegt auf der Hand, daß sie dem Prinzip nach dort als besonders gravierend empfunden werden, wo der Gesetzgeber Akte erläßt, die für den Regelfall nicht als seine Sache, sondern als Sache der Verwaltung betrachtet werden. Solange das Gesetz durch die Kategorien des Generellen und Abstrakten definiert wird, ist damit das Problem der Individualgesetze berührt, sei es, daß sie lediglich als staatsinterne Akte, gleichsam als Einzelweisungen des Gesetzgebers an die Verwaltung¹⁰⁾, oder als zugleich den Bürger berechtigende oder verpflichtende Akte, d. h. als Verwaltungsakte in Gesetzesform,

7) Vgl. zu dieser Frage grundlegend Friedr. Klein, Juristische Schulung 1964, S. 181 ff.; dortselbst auch ein — soweit ersichtlich — lückenloser Überblick über das Schrifttum zum „schlichten Parlamentsakt“.

8) Eine andere Frage ist, ob nicht auch hier, wenn die Verwaltung einmal im Sinne des Parlamentsaktes tätig geworden ist, wie bei den allgemeinen Verwaltungsvorschriften eine Selbstbindung eintritt, auf deren Beachtung der Bürger aus Art. 3 Abs. 1 GG ein klagbares Recht hat.

9) In diesem Sinne wohl auch die bei Friedr. Klein, aaO. bes. S. 186 ff. dargestellte Lehre. Die Unterschiede scheinen hier mehr in der Formulierung als in der Sache zu bestehen; vgl. etwa E. Menzel, VVDSiRL Heft 12, S. 195 f., den Klein für eine rechtliche Verbindlichkeit in Anspruch nimmt, der aber als Sanktion ebenfalls nur das Mißtrauensvotum nennt. Eine andere Frage ist natürlich, ob schlichte Parlamentsakte eine Rechtsgrundlage für staatliche Leistungen abgeben können.

10) Beispiel: ein Gesetz, in dem die Errichtung eines bestimmten Denkmals beschlossen wird. Auch in den Haushaltsgesetzen, die ja nach § 24 RHO nicht nach außen wirken, mögen sich derartige Einzelweisungen finden lassen, zumindest insoweit, als sie bestimmte Unternehmungen unterbinden.

ergehen. Der praktischen Bedeutung nach treten diese individuell-konkreten Einwirkungen des Gesetzgebers ebenso wie die Zwischenformen der generell-konkreten und der individuell-abstrakten Staatsakte¹¹⁾ gegenüber den gewöhnlichen generell-abstrakten Verwaltungsrechtsnormen allerdings weit zurück; die ganz überwiegende Anzahl der Gesetze ist auch heute noch so allgemein gefaßt, wie es in einem Rechtsstaat nur wünschenswert sein kann.

c) Schließlich gilt es auch die Intensität dieser Einwirkung zu beachten. Als Normalfall lassen sich dabei diejenigen Verwaltungsrechtsnormen anführen, die eine Handlungspflicht der Verwaltung begründen. Aber das Instrumentarium gesetzgeberischer Lenkung ist reicher bestückt: hierher gehören auch Regelungen, in denen eine nicht unter allen Umständen verbindliche Empfehlung des Gesetzgebers ausgesprochen wird, z. B. Sollvorschriften, die für den Sonderfall ja stets eine Abweichung gestatten, gesetzliche Regelungen mit Dispensermächtigung¹²⁾, Ermessensermächtigungen mit konkreten Richtlinien für die Ausübung des Ermessens¹³⁾, Musterregelungen, die nach eigener Anordnung lediglich subsidiäre Geltung gegenüber Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften beanspruchen¹⁴⁾, usw. Auch von solchen Vorschriften strahlen erhebliche Einflüsse auf das Verhalten der Exekutive aus, so daß die geringe Aufmerksamkeit, die ihnen von der Wissenschaft im allgemeinen geschenkt wird, wenig gerechtfertigt erscheint.

3. Die Frage nach den rechtlichen Grenzen solcher Einwirkungen des Gesetzgebers wäre noch vor einem Men-

¹¹⁾ Zu diesen Zwischenformen insbesondere O. Bachof, Festschrift für Laforet, 1952, S. 315; K. A. Bettermann, Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, 1952, S. 93 f.; Th. Maunz, aaO., Art. 20 Randnr. 107.

¹²⁾ Dazu neuestens R. Mußgnug, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964.

¹³⁾ Vgl. dazu — neben der allgemeinen Lehre vom Verwaltungsermessen — insbesondere die Lehre von der Aufgabennorm (Franz Mayer, aaO.).

¹⁴⁾ BVerfGE 8, 155 ff. mit den bekannten Anmerkungen von D. Jesch, AöR Bd. 84 (1959), S. 74 ff. und K. Obermayer, DVBl. 1959, S. 354 ff. — Erinnerung sei hier auch daran, daß die Strafrechtslehre bei den sog. subsidiären Straftatbeständen stets annahm, sie müßten verordnungsmäßig festgelegten anderen Tatbeständen weichen — eine Ansicht, der erst durch die Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Grenze von Verwaltungsstrafrecht (BVerfGE 14, 174 ff.) weitgehend die Grundlage entzogen worden ist. Zu bemerken ist dabei aber, daß die Rechtsprechung des BVerfG hierbei auf Besonderheiten des Strafrechts (Art. 103 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG) beruht, die auf das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verwaltung nicht ohne weiteres übertragen werden können.

schenalter als überflüssig, ja weithin sogar als befremdend empfunden worden. Noch am Ende der Weimarer Zeit bestand so gut wie kein Zweifel darüber, daß der Gesetzgeber schlechterdings in jeder Weise in den Bereich der Verwaltung übergreifen durfte¹⁵⁾. Heute wird diese Parlamentssouveränität wohl als historische Erscheinung zu betrachten sein. Nicht nur das Übergewicht, das die Regierung im Dreiparteiensystem der Bonner Prägung *faktisch* erlangt hat¹⁶⁾, sondern auch die normative Dichte und zunehmend weitere Verdichtung des Grundgesetzes, die damit zusammenhängende Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit und vollends der Verlust des dem Parlamentarismus ursprünglich zugrundeliegenden anthropologischen Optimismus haben insoweit eine grundlegende Positionsänderung herbeigeführt. Damit ist aber die Frage nach einer Neuorientierung des Verhältnisses von Gesetzgeber und Verwaltung gestellt: Das Problem des Gesetzesvorbehalts, das in seiner Bedeutung hier keineswegs unterschätzt werden soll, ist heute möglicherweise nur noch eines von zwei gleichrangigen Problemen¹⁷⁾. Die Frage kann nicht mehr nur lauten: „Wie weit muß der Gesetzgeber regeln, damit die Verwaltung handeln kann?“, sondern sie muß ergänzt werden durch die weitere Frage: „Wie weit darf der Gesetzgeber regeln?“

a) Es liegt auf der Hand, daß das Grundgesetz selbst, das die Ablösung der Parlamentssouveränität bestenfalls *vorbereitet* hat, darauf *expressis verbis* keine Antwort gibt. Verhältnismäßig leicht läßt sich auch noch erkennen, daß es einen Vorbehalt der Verwaltung im Grundgesetz selbst bei progressiver Interpretation schwerlich gibt; denn die Stellen, an denen die Verwaltung mit dem Begriff der obersten Bundesbehörde speziell angesprochen ist¹⁸⁾, sind dünn gesät und weisen auch nicht annähernd in die Richtung eines Vorbehalts¹⁹⁾, und das Problem der Individualgesetze, bei dem noch

¹⁵⁾ Vgl. z. B. selbst die Ausführungen eines so überlegten und zurückhaltenden Autors wie R. Thoma aus dem Jahre 1932; R. Thoma, HdbDStR Bd. 2, S. 146 ff., 221.

¹⁶⁾ Dazu etwa R. Herzog, Zeitschrift für Politik n. F. Bd. 10 (1963), S. 156 ff.; im übrigen auch unten II und III.

¹⁷⁾ Im Gegensatz zu den Thesen des Berichtstatters (s. insbesondere dessen These 4) wird hier also nicht einer Aufgabe der hergebrachten Vorbehaltslehre das Wort geredet.

¹⁸⁾ Vgl. hierzu die immer noch grundlegenden Ausführungen von A. Köttgen, DÖV 1954, S. 4 ff., die mittlerweile insbesondere auch von Th. Maunz, aaO., Art. 85 Randnr. 31 Zustimmung erfahren haben.

¹⁹⁾ Bei näherem Zusehen bleiben überhaupt nur Art. 85 Abs. 3 S. 1, Art. 87 b Abs. 2 S. 2 und Art. 120 a Abs. 1 S. 1 GG, die allenfalls durch die Stellen, an denen von obersten Landesbehörden die

am ersten der Gedanke an einen Vorbehalt, nämlich bezüglich individuell-konkreter Staatsakte auftreten könnte, ist von Rechtsprechung und Lehre bis heute jedenfalls nicht im Sinne einer vollständigen Unzulässigkeit beantwortet worden²⁰).

b) Dabei kann eine Untersuchung wie die hier vorgenommene aber nicht stehenbleiben. Denn wenn sie auch das Verhältnis von Gesetzgeber und Regierung aus thematischen Gründen im wesentlichen außer Betracht lassen muß²¹), so muß sie doch berücksichtigen, daß sich aus dem Grundgesetz möglicherweise ein Vorbehalt zugunsten letzterer ergibt und daß die Verwaltung im Windschatten eines solchen Vorbehalts an dieser Position der Regierung partizipiert. Immerhin ist ja die Verwaltung trotz ihrer Gesetzesgebundenheit in erster Linie ein Instrument der Regierung und immerhin enthält das Grundgesetz in Art. 65 eine klare Bestimmung der Regierungsaufgaben, so daß die Möglichkeit eines derartigen mittelbaren Verwaltungsvorbehalts jedenfalls nicht von vornherein außer Ansatz bleiben darf.

Die Frage, ob Art. 65 GG für den Bereich der politischen Entscheidungen einen Vorbehalt der Regierung begründet, wird von der Lehre durchwegs bejaht, zwar nicht in dem Sinne, daß das Parlament auf Grund seiner Befugnisse aus dem parlamentarischen Regierungssystem kein Mitsprache- und Beratungsrecht oder gar etwa kein Recht zum Regierungsturz aus Gründen der „hohen Politik“ mehr hätte, wohl aber in dem Sinne, daß es nicht selbst politische Richtlinien in Gesetzesform erlassen kann²²). Es liegt auf der Hand, daß für

Rede ist (z. B. Art. 84 Abs. 3 S. 2, Art. 84 Abs. 5 S. 2, Art. 85 Abs. 3 S. 2, 3, Art. 120 a Abs. 1 S. 2 GG) ergänzt werden könnten. In allen diesen Fällen geht es dem GG aber um die Bestimmung des Weisungsadressaten beim Vollzug von Bundesgesetzen durch Landesbehörden, also um bundesstaatsrechtliche Fragen. Art. 36 Abs. 1 S. 1 GG nennt die obersten Bundesbehörden von vornherein mit einer anderen Zielrichtung, so daß der Begriff dort eine ganz andere Bedeutung hat; so mit Recht auch H. Schäfer, DÖV 1960, S. 643 (Anm. 22) und ihm folgend Th. Maunz, aaO., Art. 85 Randnr. 30.
²⁰) Vgl. — um nur einige zu nennen — Th. Maunz, aaO., Art. 20 Randnrn. 93 ff., bes. 108 ff. (m. weit. Lit.) und die These 6 des Berichterstatters.

²¹) Übrigens auch das Verhältnis zwischen der Verwaltung und jenem meist aus den führenden Kabinetts- und den führenden Fraktionsmitgliedern bestehenden „Führungsteam“, in dem heute mehr und mehr die eigentlichen Entscheidungen zu fallen scheinen und dem gegenüber auch Regierung und Parlamentsmehrheit häufig nur noch die Bedeutung von Transformationsorganen besitzen. Vgl. dazu auch unten zu und in Anm. 66.

²²) So in jüngster Zeit insbesondere E. U. Junker, Die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers, 1965, S. 88 ff. (m. weit. Lit.); expressis verbis ebenso vor allem auch E. R. Huber, Wirtschafts-

die Verwaltung, die wegen ihrer Gesetzesgebundenheit einerseits und ihrer Weisungsgebundenheit andererseits in der Regel im Schnittpunkt beider Impulsströme steht, von dieser Feststellung einiges abhängt, nämlich: daß sie im Bereich des Art. 65 GG dem Gesetzgeber gerade nicht untersteht²³⁾. Man könnte dagegen geltend machen, daß in einer intakten parlamentarischen Demokratie der Gesetzgeber regelmäßig gerade die Gesetze erlassen wird, deren insbesondere der Regierungschef zur Verwirklichung der von ihm bestimmten politischen Richtlinien bedarf²⁴⁾. Daraus würde sich folgerichtig ergeben, daß für die Verwaltung auch hier alles beim Gewöhnlichen bliebe. Aber für den, der die Augen offenhält, ist es nicht so sicher, daß alle Richtlinien der Politik in Gesetzen Niederschlag finden. Die Entscheidungen der „hohen Politik“ werden heute nur noch zum Teil in Gesetze transformiert — das andere Element, die Planung, bedarf nach dem geltenden Verfassungsrecht auch dort, wo es sich zu einer „imperativen Planung“²⁵⁾ verdichtet, in vielen Fällen des Gesetzes nicht. Darauf wird später noch näher einzugehen sein²⁶⁾.

4. Eine weitere Grenze für die Gesetzgebungstätigkeit gegenüber der Exekutive, allerdings nicht so sehr eine rechtliche als eine tatsächliche Grenze, ergibt sich aus der schwierigen Konkretisierbarkeit zahlreicher Verwaltungsaufgaben. Denn selbst wenn man bereit ist einzuräumen, daß der Gesetzgeber keineswegs immer zur abstrakten Abfassung seiner Willensäußerungen verpflichtet ist, so ergibt sich doch aus der Natur der Sache, daß der zu regelnde Sachverhalt zumindest in Worten, Formeln²⁷⁾ oder Linien²⁸⁾ formulierbar, konkretisierbar sein muß. Und aus dem zwar nicht verfassungsrechtlich festgelegten, praktisch

verwaltungsrecht, Bd. 2, 1954, S. 321 und Friedr. Klein, Komm., 2. Aufl., S. 1254. Gegen eine Herleitung von Vorbehalten aus Art. 65 GG offenbar bislang nur E. Friesenhahn, VVDStRL Heft 16, S. 38.

²³⁾ Dabei ist zu betonen, daß die Verwaltung hier nicht etwa selbst Regierungsfunktionen ausübt; vielmehr gehört der Vollzug politischer Richtlinien seit je zur Verwaltungsfunktion, selbst wenn diese nicht in Gesetzen Niederschlag gefunden haben. Vgl. auch A. Köttgen, JÖR n. F. Bd. 11, S. 205.

²⁴⁾ Darauf weist etwa, allerdings in etwas anderem Zusammenhang, Junker, aaO., S. 97 hin.

²⁵⁾ Vgl. zu diesem Begriff etwa J. H. Kaiser, in: J. H. Kaiser (Hg.), Planung I, Recht und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft, 1965, S. 23 f. und U. Scheuner, ebendort, S. 83 ff., der die zumeist so bezeichnete Art der Planung mit Recht in einen „normativen“ und einen bloß „influenzierten“ Typ aufgliedert.

²⁶⁾ Siehe dazu unten III.

²⁷⁾ Plastisches Beispiel: die Einkommensteuer-Formel.

²⁸⁾ Beispiel: Raumordnung.

aber unverzichtbaren Gebot einer vernünftigen Gesetzgebungspraxis ergibt sich ferner, daß einer eingehenden gesetzlichen Regelung nur solche Gegenstände zugänglich sind, die nicht u. U. einer schnellen Neuregelung wegen eines Wechsels der Situation bedürfen, also m. a. W. solche Gegenstände, denen das schwerfällige Gesetzgebungsverfahren adäquat ist.

Der Grad der Konkretisierung des Gegenstandes spielt im Verhältnis von Gesetzgeber und Verwaltung praktisch eine so bedeutsame Rolle, daß es geradezu möglich ist, danach zwei Grundtypen der Verwaltungsrechtsnorm zu unterscheiden, nämlich 1. den Typ der kompakten Norm, der eine klar umrissene Situation vor Augen hat und zu ihrer Bewältigung auch klar umrissene Aufträge erteilt, und 2. den Typ der diffusen Norm, bei der dies gerade nicht der Fall ist, sondern der Eindruck entsteht, als habe der Gesetzgeber in der Erkenntnis, daß die Verwaltung ohne Ermächtigung nun einmal nicht handeln darf, diese Ermächtigung eben geschaffen, alles übrige dann aber bereitwilligst wieder der Verwaltung überlassen. Wer den Text der Gewerbeordnung oder des Polizeiverwaltungsgesetzes liest, ja selbst wer mit einem gewissen Sachverstand die einzelnen steuerrechtlichen Gesetze liest, weiß in groben Umrissen, wie sich die Verwaltung bei der Ausführung dieser Gesetze verhalten wird — wer das Bundesbankgesetz liest, weiß es nicht. Dementsprechend kann und muß sich die Verwaltung bei der Gewerbeordnung und beim PVG im wesentlichen darauf beschränken, das Gesetz zu vollziehen, während die Deutsche Bundesbank zuerst die Maßstäbe ihres Handelns selbst erarbeiten muß²⁹⁾ und, wenn dies geschehen ist, die selbst erarbeiteten Handlungsmaximen vollzieht, das Gesetz aber allenfalls beachtet. Diese Unterscheidung hat nicht notwendig etwas mit den Rechtsfiguren der Ermessensermächtigung und der Generalklausel zu tun; das erweisen gerade die genannten Beispiele aufs deutlichste³⁰⁾. Aber es ist doch auch selbstverständlich, daß eine Norm um so diffuser wird, je breiter die Ermessensspielräume und je vager die Generalklauseln werden. Es mag sein, daß die Verwaltung

²⁹⁾ § 6 Abs. 1 S. 1 und 2 BBankG, nicht von ungefähr mit ähnlichen Formulierungen wie Art. 65 GG und die entsprechenden Vorschriften anderer Verfassungen.

³⁰⁾ Der Kern der Unterscheidung ist wohl darin zu sehen, daß Bestimmungen von der Art des § 14 PVG einer zunehmenden Konkretisierung, m. a. W. einer grundlegenden Erweiterung des „Begriffskerns“ (Ph. Heck) zugänglich sind, Vorschriften wie § 6 Abs. 1 BBankG hingegen nicht. Noch kürzer: § 14 PVG läßt einer Auslegung, § 6 Abs. 1 BBankG dagegen einer Politik Raum.

aus Gründen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts auch dort einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, wo nur eine solch diffuse Normierung möglich ist. Sicher ist aber, daß die Grenze des Gesetzesvollzugs, wenn dieses Wort überhaupt einen Sinn haben soll, weit abseits dieser vom Vorbehalt gezogenen Linie verläuft³¹⁾. Und es ist eine ganz andere Frage, ob nicht trotz diffuser Regelung im Gesetz die Verwaltung dennoch einer kompakten Normierung gegenübersteht, weil die Regierung ihrerseits durch Richtlinien der Politik und allgemeine Verwaltungsvorschriften die vom Gesetzgeber nicht getroffenen Entscheidungen gefällt hat; denn jedenfalls ist die Verwaltung bei einem Schweigen der Regierung zur Entscheidung fähig und berufen, so daß diese Frage letzten Endes im Spannungsverhältnis zwischen Regierung und Verwaltung, nicht in dem zwischen Gesetzgeber und Verwaltung spielt.

Die Unterscheidung zwischen kompakten und diffusen Verwaltungsrechtsnormen, die freilich stets nur eine quantitative, nicht eine qualitative sein kann, ist für die Frage des Verhältnisses von Gesetzgeber und Verwaltung unter zwei Gesichtspunkten interessant. Einmal sind, wie schon angedeutet, Fälle denkbar, in denen sich die Diffusität einer Regelung aus der Natur der Sache ergibt, so daß insoweit jedenfalls faktisch ein Vorbehalt der Exekutive besteht. Darüber hinaus muß aber auch in Rechnung gestellt werden, daß dort, wo die Natur der Sache einen bestimmten Grad der Kompaktheit an sich zuläßt, dieser keineswegs immer erreicht wird, so daß in zahlreichen Fällen der Gesetzgeber gegenüber der Verwaltung auf faktisch bestehende Einflußmöglichkeiten verzichtet. Damit erhebt sich die Frage, inwieweit ein solcher Verzicht auf verfassungsrechtliche Grenzen stößt. Man ist versucht, diese Frage ihrerseits gerade durch den Hinweis auf die verschiedene Konkretisierbarkeit der Gegenstände zu beantworten. Der hier entwickelte Gedankengang zeigt aber, daß das jedenfalls nicht der allein richtige Maßstab sein kann; denn andernfalls müßte ja wohl behauptet werden, daß der Gesetzgeber eine Materie immer genau so weit konkretisieren muß, wie das gerade überhaupt möglich ist, womit die Delegation auf die Verwaltung so gut wie vollständig unzulässig würde. Maßgebend dürften vielmehr im Verhältnis zum Bürger die von Art. 19 Abs. 4 GG vorausgesetzte Meßbarkeit des Verwaltungshandelns und der Grad der von Art. 3 Abs. 1 GG geforderten Rechtsgleichheit sein, im Verhältnis zur Verwal-

³¹⁾ Vgl. dazu auch die Überlegungen von Th. Maunz, aaO., Art. 83 Randnr. 21.

tion aber das verfassungsrechtliche Verbot an den Gesetzgeber, sich der Verantwortung für die grundlegenden Fragen der Staatstätigkeit zu entziehen³²). Es liegt freilich auf der Hand, daß eine Entscheidung auch damit nur im Einzelfall zu erwarten ist.

5. Die Tatsache, daß es Bereiche gibt, in denen allenfalls eine höchst diffuse Normierung möglich ist, hat zur Abspaltung bedeutsamer Teile der Exekutive von der Verwaltung geführt. Ein Musterbeispiel ist dafür — jedenfalls von der Basis des Grundgesetzes aus — die *K o m m a n d o g e w a l t*³³), der man heute überwiegend eine selbständige Stellung innerhalb der Exekutive, unterhalb der Regierung und neben der Verwaltung, einräumt³⁴). Ähnliches gilt für die Auswärtige Gewalt³⁵). Überhaupt kommt es nicht von ungefähr, daß für die meisten einschlägigen Sachgebiete, wenn sie einmal in den Lichtkreis wissenschaftlicher Diskussion gerückt waren, alsbald auch das Attribut „vierte Gewalt“ in Anspruch genommen wurde³⁶). Erinnerung sei hier nur an das bereits genannte Zentralbankwesen, an die Stellung, die der Präsident des Bundesrechnungshofes, vor allem in seiner Eigenschaft als Beauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, genießt, an Begriffe wie Unterrichtsgestaltungsfreiheit und Prüfungsgewalt beim Lehrer usw.; auch manche besonderen Gewaltverhältnisse mögen hierher gehören³⁷). Für die Wirtschafts-

³²) Dazu auch D. J e s c h, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 213 ff., bes. S. 222 ff.

³³) Der Kommandogewalt gegenüber spielten bei der eigenständigen Erarbeitung ihrer Handlungsmaximen Strategie und Taktik eine ähnliche Rolle wie gegenüber dem Zentralbankrat die volkswirtschaftlichen Disziplinen.

³⁴) Vgl. dazu etwa G. D ü r i g, in: Maunz-Dürig, Das Grundgesetz, Art. 65 a, Randnr. 11 ff. (m. weit. Lit.); so wohl auch H. M a u r e r, Wehrbeauftragter und Parlament, 1965, S. 10 f.

³⁵) Über die geistesgeschichtlichen Gründe für die Ausgliederung dieses und verwandter Bereiche aus dem Gesichtskreis der Juristen hat in eindrucksvoller Weise jüngst K. V o g e l, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 10 ff., bes. S. 18 ff., berichtet.

³⁶) Vgl. die Aufzählung der in diese Richtung vorstoßenden Versuche bei Th. M a u n z — G. D ü r i g, aaO., Art. 20 Randnr. 77. Zum Beispiel des Rechnungshofes auch Th. M a u n z, aaO., Art. 114 Randnr. 12 (m. Lit.), zum Beispiel der Prüfungsgewalt neben vielen anderen O. K ü s t e r, AÖR Bd. 75 (1949), S. 413.

³⁷) Nicht von ungefähr handelt es sich stets um Gebiete, auf denen der Jurist nicht oder doch nicht ohne eine Spezialausbildung „mitreden“ kann, auf denen er also auf den „Sachverständigen“ angewiesen ist und auf denen infolgedessen auch kaum eine Rechtspflicht zu einem bestimmten Handeln begründet, allenfalls bei Nichtbeachtung der verschiedenen „Kunstregeln“ eine Schadenersatzpflicht konstruiert werden kann.

verwaltung ist dies offensichtlich nur deshalb nicht geschehen, weil bei ihr in der Tat die sehr diffusen gesetzgeberischen Regelungen durch kompakte Entscheidungen der viel wendigeren Regierungspolitik ergänzt worden sind.

Das jüngste bedeutsamere Beispiel einer — projizierten — Regelung diffusen Inhalts, deren Diffusität dagegen nicht durchwegs notwendig wäre, bietet das deutsche *Verwaltungsverfahrenrecht*, dessen Berücksichtigung mir der Vorstand aus naheliegenden Gründen ans Herz gelegt hat. Es bedarf keines Beweises, daß ein Verfahrensgesetz niemals einen Impuls an die Verwaltung zur Verfolgung *eigentständiger* Ziele enthält, sondern stets nur Spielregeln für die Verfolgung anderweitig festgelegter Ziele — man braucht sich insoweit nur an die plastische *Merklsche* Formel vom Weg und vom Ziel der Verwaltung zu erinnern³⁸⁾. Dennoch ist es sinnvoll, auch hier die Frage nach der Kompaktheit und Plastizität der Regelung aufzuwerfen, dies schon deshalb, weil davon einiges für die Beurteilung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens abhängt. Man sollte meinen, daß gerade eine von Praktikern entworfene Verfahrensordnung einen plastischen Eindruck von dem geregelten Verfahren vermittelt. Wer den vor zwei Jahren veröffentlichten Entwurf eines *Verwaltungsverfahrensgesetzes* daraufhin durchliest, wird diese Erwartung freilich nicht erfüllt finden, jedenfalls nicht bezüglich des *eigentlichen* Verfahrensrechts.

Das liegt vor allem an zwei fundamentalen Entscheidungen, die dem Entwurf zugrundeliegen.

Die erste dieser Entscheidungen ist in § 8 gefällt, in dem klargestellt wird, daß sich das neue Gesetz vornehmlich nur auf „die *nach außen* wirkende Tätigkeit der Behörden“ beziehen soll³⁹⁾. Schon die Brauchbarkeit der hier zutage tretenden Unterscheidung zwischen *Innen-* und *Außenverhältnis* für das moderne Recht ist aber durchaus nicht unumstritten⁴⁰⁾. Und vollends zu bezweifeln ist, daß es sinnvoll sein sollte, sie einer Verfahrensordnung zugrundezulegen, der überdies auch noch die Aufgabe der *Rechtsvereinheitlichung* im Bundesstaat gestellt ist⁴¹⁾. Denn bleiben die Fragen des *internen* Verfahrens

³⁸⁾ A. Merk l, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, S. 213.

³⁹⁾ Freilich erst, nachdem in den §§ 3—7 in extenso die *Amtshilfe* geregelt wird.

⁴⁰⁾ Dazu schon L. Richter, *Die Organisationsgewalt*, 1926, S. 11 ff., insbesondere aber Herb. Krüger, *Festschrift für R. Smend*, 1952, S. 211 ff.

⁴¹⁾ Es wäre interessant zu untersuchen, welche *Vorschriften* z. B. aus den *Reichsjustizgesetzen* und ihren *Nachfolgegesetzen* gestrichen werden müßten, wenn man sie nach diesem Prinzip aufbauen wollte.

völlig un geregelt oder sollen sie durch getrennte Verwaltungsvorschriften des Bundes und der einzelnen Länder geregelt werden, so ist die Rechtseinheit nicht erreicht. Sollen aber auch die ergänzenden Verwaltungsvorschriften aufeinander abgestimmt werden, so hat, milde gesprochen, der Ausschuß bisher nur die halbe Arbeit geleistet.

Die zweite Grundentscheidung besteht darin, daß der Entwurf für das gewöhnliche Verwaltungsverfahren so gut wie keine strikten Regelungen enthält, bei den beiden förmlichen Verfahrensarten jedoch, bei denen er solche anbietet, keinerlei Entscheidung über die Fälle ihrer Anwendbarkeit trifft. Die Folgen dieser Systematik zeigen sich vor allem bei den rechtsstaatlichen Aspekten des Verwaltungsverfahrens und hier wieder ganz besonders bei der Regelung des rechtlichen Gehörs⁴²⁾. Zwar enthalten die §§ 52—54 des Entwurfs erfreulich rechtsstaatliche Vorschriften über das rechtliche Gehör. Aber keine Vorschrift gibt Auskunft darüber, wann diese Bestimmungen anwendbar sein sollen und wann dagegen der völlig unzureichende § 21 zum Zuge kommen soll. Es mag sein, daß der Entwurf auch dieser Form noch im Hinblick auf Art. 84 Abs. 1 GG seine Vorteile bietet⁴³⁾. Aber eine plastische Verfahrensregelung müßte m. E. anders aussehen. Auch das österreichische Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz bietet nur eine subsidiäre Regelung an (§ 39 AVG), aber diese Regelung enthält eben vieles als unmittelbar geltendes Recht, was im deutschen Entwurf nur als Muster für einen wohlmeinenden Spezialgesetzgeber angeboten wird; ich erinnere nur an die eingehenden Vorschriften über die Aufgaben und den Ablauf der mündlichen Verhandlung (§ 43 AVG), an die Zweckbestimmung des Ermittlungsverfahrens (§ 37 AVG), an die Entscheidung für ein grundsätzlich obligatorisches Ermittlungsverfahren, das nur in wenigen, eng umschriebenen Fällen nicht Platz ergreifen soll (§§ 56, 57 AVG), und anderes mehr. Selbstverständlich ist es

⁴²⁾ Weniger schwerwiegend ist der Unterschied bei der Frage des Begründungszwangs, weil hier § 55 Abs. 2 ohnehin den bedenklichen § 30 Abs. 2 Nr. 3 auch in das förmliche Verwaltungsverfahren übernimmt; immerhin entfällt hier aber die — noch bedenklichere — Nr. 2 des § 30 Abs. 2. Bezüglich des Rechts auf Akteneinsicht bleibt es auch beim förmlichen Verfahren bei dem völlig unzureichenden § 22.

⁴³⁾ So jedenfalls Ziffer 3.1 der Allgemeinen Begründung zum Entwurf (S. 59 der Autorisierten Ausgabe 1964). Übrigens bestehen hinsichtlich der Richtigkeit dieser These erhebliche Bedenken; vgl. dazu die m. E. überzeugenden Ausführungen von Th. Maunz, aaO., Art. 84, Randnr. 30: Wenn ein Bundesgesetz die Länder auf ihr Landesverfahrensgesetz festlegen wollte, bestünde ohne Zweifel das Zustimmungserfordernis des Art. 84 Abs. 1 GG.

von vornherein unmöglich, mit einem einzigen, allumfassenden Verwaltungsverfahrensgesetz auszukommen, selbstverständlich sind zusätzliche, von Materie zu Materie wechselnde Spezialregelungen unentbehrlich⁴⁴⁾. Aber es ist doch ein erheblicher Unterschied, ob ein Gesetz, wie das AVG, eine zwar subsidiär, aber unmittelbar geltende Verfahrensregelung enthält oder ob es, wie der deutsche Entwurf, nur in wenigen Fragen, wie denen des Beteiligtenkreises⁴⁵⁾, der Vertretung, der Fristen und der Beglaubigungen (!), kompakte Regelungen anbietet, den Rest aber zwischen der Scylla des behördlichen Ermessens beim gewöhnlichen Verwaltungsverfahren und der Charybdis gesetzgeberischer Trägheit beim förmlichen Verwaltungsverfahren aussetzt.

Es ist eine der überraschendsten Tatsachen der modernen Gesetzgebungsgeschichte, daß der Entwurf diese Tendenz zur diffusen Regelung gerade dort aufgibt, wo er den Bereich des Verwaltungsverfahrens verläßt, nämlich im Abschnitt über materiell-verwaltungsrechtliche Fragen. Es soll hier nicht darauf eingegangen werden, ob es systematisch richtig war, solche Vorschriften in ein Verfahrensgesetz zu übernehmen⁴⁶⁾. Fest steht jedenfalls, daß dieser Teil des Entwurfs ungleich plastischer ausgefallen ist als derjenige, dem der Entwurf im eigentlichen Sinne seinen Namen verdankt. Mögen auch einzelne Passagen nicht unbedenklich sein — ich erinnere an die generalklauselartige Festlegung der Nichtigkeitsgründe beim Verwaltungsakt⁴⁷⁾ und an die uneingeschränkte Zulassung des öffentlich-rechtlichen Vertrages⁴⁸⁾ — und mag es auch bedauerlich sein, daß der Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften bewußt nicht angesprochen ist, so ist hier dennoch im wesentlichen ein Fundament gelegt, von dem aus, wenn es einmal Gesetz wäre, weitergebaut werden könnte. Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang etwa die Regelung der Nebenbestimmungen von Verwaltungsakten (§ 28), des Widerrufs und der Rücknahme von Verwaltungsakten (§§ 37, 38), die Einführung des negativen Interesses als verwaltungsrechtliche Rechtsfigur (§§ 37, 38), die Relativierung der Wirk-

⁴⁴⁾ So mit Recht K. A. Bettermann, VVDStRL Heft 17, S. 143.

⁴⁵⁾ Dieses — in den reinen verfahrensrechtlichen Fragen einzige — Plus des Entwurfs wird z. B. auch von C. H. Ule — F. Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964, S. 29 anerkannt.

⁴⁶⁾ Vgl. hierzu insbesondere die Kontroverse zwischen K. A. Bettermann, aaO., S. 120 ff. bes. S. 124 ff. und O. Bachof, DÖV 1958, S. 27 ff.

⁴⁷⁾ Ebenso kritisch C. H. Ule — F. Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964, S. 50 ff.; H. Spanner, DVBl. 1964, S. 848.

⁴⁸⁾ Übereinstimmend H. Spanner, DVBl. 1964, S. 849.

samkeit von Form- und Verfahrensfehlern (§ 36), die Zurückführung der meisten öffentlich-rechtlichen Verträge auf inhaltsgleiche Verwaltungsakte (§ 40 II i. V. m. §§ 41, 42, 45) und vieles andere mehr. Der Entwurf bietet hier eine reife, wohlausgewogene Leistung. Wäre der verfahrensrechtliche Abschnitt ähnlich ausgefallen, so müßte mancher Zweifel am Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung im Allgemeinen Verwaltungsrecht verstummen.

II. Die Einwirkung der Verwaltung auf den Gesetzgeber

1. Daß der Gesetzgeber zu einer erheblichen Einflußnahme auf die Verwaltung befugt ist, ist freilich nur die eine Seite der Medaille. Die Kehrseite besteht in den zahllosen Einflußnahmen der Verwaltung auf den Gesetzgeber.

Es bedarf hier zunächst einer Eingrenzung. Im folgenden soll, im Sinne einer strikten Beschränkung auf das gestellte Thema, nur der Einfluß auf den Gesetzgeber, nicht der auf das Gesetz untersucht werden. Damit entfällt eine Durchleuchtung des bedeutsamen Einflusses, den die Verwaltung auch im Zeitalter der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit noch auf das Schicksal eines einmal erlassenen Gesetzes ausübt und den man etwa mit den Begriffen ständige Verwaltungspraxis, Ermessens- und Interpretationsrichtlinien in Verwaltungsvorschriften, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung durch die Verwaltung plastisch beschreiben kann. Hier geht es um etwas anderes: nämlich um die ständig zunehmende Fähigkeit der Verwaltung, die Rezeption ihrer Ansichten, ihres Willens und ihrer Projekte durch den Gesetzgeber zu erreichen. Es soll also nicht gefragt werden, was sie aus dem Willen des Gesetzgebers macht, sondern wie sie den Willen des Gesetzgebers zum Einschwenken auf ihre eigene Linie veranlaßt.

2. Die rechtlichen Formen dieser Einflußnahme sind wiederum wohlbekannt. Sie reichen vom Initiativrecht der Regierung (Art. 76 GG) und dem damit verbundenen Institut der Amtlichen Begründung über die Wählbarkeit von Beamten⁴⁹⁾, die Anhörungspflicht des Bundestages und seiner Aus-

⁴⁹⁾ Hierbei handelt es sich um ein Problem, dem man mit Inkompatibilitätsgesetzen schwerlich beikommen wird. Auch der in Ruhestand versetzte Beamte denkt noch — und darauf kommt es praktisch an — wie ein Beamter („Bürokrat“), wenn ihn nicht ausnahmsweise eine lange Tätigkeit im Parlament zum „Politiker“ umformt;

schüsse (Art. 43 Abs. 2 GG) und die Zusammensetzung des Bundesrates und seiner Ausschüsse (Art. 51, 52 Abs. 4 GG)⁵⁰⁾ bis zur Zusammensetzung der Hohen Behörde in Straßburg (Art. 9 ff. EGKS-Vertrag) sowie der EWG- und Euratom-Kommission (Art. 157, 158 EWG-Vertrag, Art. 126, 127 Euratom-Vertrag), zu den legislativen Befugnissen dieser Organe und zu ihrem Einfluß auf die nationale Rechtsetzung. Beschränkt man sich auf den innerstaatlichen Rechtskreis, sieht man also insbesondere von der zuletzt genannten *supranationalen Überwindung* des parlamentarischen Gesetzgebers durch die Verwaltung ab, so ist deren Einfluß rechtlich dort besonders groß, wo sie es in der Hand hat, einen Text zu formulieren und den Gesetzgeber auf die bloße *Sanktionierung*, d. h. praktisch auf die bloße Wahl zwischen vollständiger Annahme und vollständiger Ablehnung der Vorlage zu beschränken. Als Beispiele sind hier etwa die von Exekutivorganen ausgehandelten völkerrechtlichen Verträge und bundesstaatlichen Staatsverträge zu nennen, soweit sie der Zustimmung und Transformation durch den Gesetzgeber bedürfen, ferner die qualifizierten Rechtsverordnungen, die zwar von der Regierung erlassen werden, aber die Zustimmung des Parlaments benötigen⁵¹⁾.

3. Rechtlich mag die Reihe der bloßen Sanktionsbefugnisse des Gesetzgebers damit erschöpft sein — *praktisch* ist sie es indessen keineswegs. Um das zu erkennen, braucht man sich nur an die frühere Praxis des Hamburgischen Planungsgesetzgebers zu erinnern, die *Quaritsch* vor Jahren kritisiert hat⁵²⁾, oder an die Tatsache, daß beim Erlaß des Haushaltsgesetzes alljährlich weder das Plenum noch der Haushaltsausschuß des Parlaments, ja nicht einmal die Minister und ihre Haushaltsreferenten mehr als das Notwendigste über den von ihnen vorgelegten bzw. beschlossenen Plan wissen. Ähnliches dürfte heute für viele Gebiete der staatlichen Tätigkeit gelten: je komplexer die Aufgaben und je komplizierter folglich die

vgl. hierzu auch den Diskussionsbeitrag von A. Schüle, oben S. 112.

⁵⁰⁾ Aus dem Schrifttum zu dieser Frage sei insbesondere auf K. H. Neunreither, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, 1959 und K. Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962, S. 24 f. hingewiesen.

⁵¹⁾ Für Verfassungsmäßigkeit dieser Erscheinung Friedr. Klein, in: Friedr. Klein — U. Scheuner, *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat*, 1952, S. 100; Th. Maunz, aaO., Art. 80 Randnr. 26 und BVerfGE 8, 274 ff. (319 ff.), in dieser Entscheidung auf S. 320 f. auch zahlreiche Beispiele aus der Praxis.

⁵²⁾ H. Quaritsch, *Das parlamentslose Parlamentsgesetz*, 2. Aufl., 1961, S. 25 ff.

Lösungen werden, desto weniger ist es den Parlamenten noch möglich, die von den Fachleuten vorgelegten Entwürfe weiter als höchstens in Randfragen zu korrigieren — in den Kernfragen bleibt nur die Alternative zwischen Annahme und Ablehnung.

Es gibt verschiedene Gründe für diese Entwicklung. Einmal sind ganz einfach die größere Erfahrung und der geübtere Sachverstand der Verwaltung, die geringe Zahl und folglich die Überlastung der Experten im Parlament und schließlich das Fehlen eines parlamentarischen Hilfsdienstes dafür verantwortlich⁵³). Aber die eigentlichen Gründe scheinen tiefer zu liegen, nämlich in jenem Geschehensablauf, den man heute gern als die *Verwissenschaftlichung des Lebens* bezeichnet. Das Vordringen der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften in bisher unbekannte Räume, vor allem aber zu bisher unbekanntem Methoden, läßt äußerst komplexe Sachverhalte darstellbar und äußerst komplexe Vorgänge in zunehmendem Maße berechenbar werden, eine Entwicklung, die sich etwa durch einen Hinweis auf die modernen Möglichkeiten der Datenverarbeitung und auf die Großrechenmaschinen kennzeichnen läßt. Selbst dort, wo die Aussagen der so „verlängerten“ Wissenschaft ungenau, ja vage werden, beginnt man ganz folgerichtig, die Sachkunde des Wissenschaftlers als Fundament weiterer Entscheidungen heranzuziehen, d. h. aber: die ideologisch orientierte Intuition des „Staatsmannes“ wird von der wissenschaftlich fundierten Intuition des „Fachmannes“ verdrängt, er sei Bürokrat, Verbandsfunktionär oder Professor. Folgerichtig geht die Verwaltung dazu über, sich in erheblichem Umfang dieses Sachverstandes und dieser Intuition zu versichern, indem sie die Fachleute, über die sie nicht selbst verfügt, als Gutachter heranzieht und in Ausschüssen zusammenfaßt⁵⁴). Man sage nicht, daß die Entscheidung trotz allem immer noch beim Gesetzgeber liege: der Einfluß der Technokraten auf die Entscheidung besteht zwar nicht formell, sehr wohl aber materiell. Und man sage auch nicht, daß die Technokraten nur über den Weg zu einem bestimmten Ziel, nicht aber über das Ziel selbst befinden können: vielleicht macht die Wissenschaft noch vor der Frage nach dem Ziel halt, nicht aber die wissenschaftlich fundierte Intuition —

⁵³) Man wird allerdings fragen müssen, ob nicht auch ein solcher Hilfsdienst, der sich ja doch wieder auf Beamte stützen müßte, in Wirklichkeit eine Steigerung des exekutivischen Einflusses auf das Parlament zur Folge hätte.

⁵⁴) Vgl. dazu die Zahlen, die v. d. Groeben, Verw. Arch. Bd. 49 (1958), S. 236 schon 1958 für den engen schleswig-holsteinischen Bereich ermittelt hat.

und im übrigen handelt es sich in der politisch homogenen Umwelt unserer Zeit meist ohnehin nicht so sehr um das Ziel, sondern eben um den Weg zum Ziel.

Aus vielen Quellen wird nach alledem der Eindruck gespeist, daß sich in den vergangenen Jahren ein tiefgreifender Wandel in der Struktur der politischen Entscheidung und damit folgerichtig auch im Verhältnis zwischen der Verwaltung und den politischen Organen angebahnt hat. Insbesondere das gesetzgeberische Ermessen, als Rechtsbegriff kaum entdeckt und noch nicht einmal unumstritten, ist im besten Begriffe, in der Praxis schon wieder verlorenzugehen und einem Viergespann von Bürokraten, Professoren, Funktionären und Maschinen Platz zu machen.

4. Die Folgerungen, die sich aus diesem Wandel in der Struktur der Staatswillensbildung ergeben, sind erheblich, vor allem auch für die Verwaltung⁵⁵). Es ist deshalb m. E. als grundlegender Mangel anzusehen, daß ihrer im Entwurf des Verwaltungsverfahrensgesetzes mit keinem Worte gedacht ist. Zwar regelt dieser u. a. die Frage der Unterschrift bei automatisch hergestellten Bescheiden (§ 29), aber der großen Automaten, mit denen ganze Wirtschaftsprogramme durchgerechnet werden, ist keine Erwähnung getan, obwohl z. B. die Kontrolle des Programmierungsvorganges und der Resultate einer gesetzlichen Regelung durchaus fähig und würdig gewesen wäre⁵⁶). Auch den Ausschüssen sind im Entwurf Vorschriften gewidmet, aber einmal gerade nicht den verwaltungsinternen Ausschüssen, und auch die vorhandenen Vorschriften befassen sich nur mit Problemen wie Fragerecht, Ablehnung von Mitgliedern, Sitzungsordnung, Beschlußfassung und Protokollierung — von den Voraussetzungen ihrer Gründung, von den Fragen, für die sie herangezogen bzw. nicht herangezogen werden dürfen, vom Modus der Berufung ihrer Mitglieder ist keine Rede, obwohl es gerade hierauf entscheidend ankäme. Entsprechendes gilt

⁵⁵) Das Thema verbietet es, auf diesen bedeutsamen Strukturwandel der Verwaltung näher einzugehen.

⁵⁶) N. Wiener, der „Vater der Kybernetik“, erwähnt z. B. zwei Methoden, Fehler der Rechenmaschine aufzuspüren: den — unwirtschaftlichen — Einsatz von sich selbst kontrollierenden und die Zwischenergebnisse speichernden Maschinen und den Einsatz von mehreren die gleiche Aufgabe lösenden Maschinen, die bei Differenzen gleichsam die Mehrheitslösung zugrundelegen (N. Wiener, Kybernetik, 2. Aufl., 1963, S. 208 f.). Die Verwaltungspraxis dürfte geneigt sein, vielfach nur eine Maschine einzusetzen und dem Bürger bei Zweifeln ein Rechtsmittel zuzumuten. Eine Antwort auf die Frage, wann letzteres Verfahren zulässig sein soll, wäre einer Regelung in einem Verwaltungsverfahrensgesetz wohl würdig.

auch von den Sachverständigen, die zwar als Beweismittel im Einzelverfahren, nicht jedoch als Berater bei weitreichenden technischen, sozial-, wirtschafts- oder währungspolitischen Projekten genannt werden. Es versteht sich von selbst, daß diese thematische Beschränkung des Entwurfs ihren Grund in der bewußten Beschränkung auf die „nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden“ (§ 8) hat. Aber es ist doch allen Ernstes die Frage zu stellen, ob es nicht eine Fehlentwicklung ist, wenn das Procedere der Verwaltung für den unbedeutendsten Bagatellfall kodifiziert wird, wenn dabei aber gleichzeitig ihr Procedere bei der Vorbereitung und Mitentscheidung in den grundlegendsten Fragen der Zukunftsgestaltung ungeregelt bleibt, nur weil das nicht in ein vorgefaßtes System paßt, das keineswegs schlechthin verbindlich ist und dessen Unhaltbarkeit überdies seit vier Jahrzehnten immer wieder mit unwiderlegten Gründen behauptet worden ist.

III. Die zentrale Planung als Gemeinschaftsaufgabe von Gesetzgeber und Verwaltung

1. Die bisherigen Ausführungen wären jedenfalls thematisch vollständig, wenn man mit der hergebrachten Staatsfunktionslehre Normsetzung und Normvollzug als praktisch scharf geschiedene Funktionen betrachten könnte, ja selbst dann noch, wenn man die Normberatung oder Normvorbereitung als dritte, aber von den beiden andern ebenfalls scharf geschiedene Ebene in die Betrachtung miteinbezüge⁵⁷⁾. Ein Blick in die Praxis unserer Parlamente und Ministerien zeigt jedoch, daß diese Betrachtung zu einfach ist. In der Wirklichkeit des staatlichen Lebens spielen sich die Dinge komplizierter ab. Selbst wenn man die bundesstaatliche Komponente außer Rechnung läßt, gibt es doch zahlreiche Gebiete staatlichen Handelns, auf denen man nicht von einer Zwei- oder Dreiheit der Ebenen sprechen kann, sondern lediglich von einer Gemengelage parlamentarischer und ministerieller Aktivitäten, und zwar von einer Gemengelage, die auf Systemvorstellungen längst vergangener Jahrzehnte beruht und daher heute nur noch als zufällig bezeichnet werden kann.

Die Gesellschaftswissenschaften eröffnen heute mehr und mehr die Möglichkeit einer bewußten, z. T. über erhebliche

⁵⁷⁾ Erinnert sei an die üblichen kommunalrechtlichen Vorschriften, nach denen der Bürgermeister, Gemeindedirektor, Kreisdirektor, Landrat usw. die Beschlüsse der Gemeinde- bzw. Kreisvertretung „vorbereiten“ hat.

Zeiträume hinwegreichenden⁵⁸⁾ Sozialpolitik, Wirtschaftspolitik, Bildungspolitik usw. Die Planung auf sämtlichen Gebieten scheint das Gebot der Stunde zu sein — vielleicht ein Gebot, dessen Stringenz heute im Überschwang des sozialwissenschaftlichen Optimismus etwas überschätzt wird, aber doch ein Gebot, das wohl nie wieder völlig verstummen wird. Räumt man ein, daß die Radizierung des Planungsbegriffs auf die sog. Raumordnung, wie sie bisher üblich war⁵⁹⁾, diesen wichtigeren wirtschafts- und sozialpolitischen Teil der staatlichen Planung völlig außer Acht gelassen hat⁶⁰⁾, so erkennt man auch, daß die eigentliche Frage in diesem Zusammenhang gar nicht so sehr die nach der Rechtsnatur des Planes ist, sondern viel eher die nach der Stellung des parlamentarischen Gesetzgebers im Planungsverfahren, also wiederum die Frage nach den praktischen Möglichkeiten statt nach dem Vorbehalt des Gesetzes.

2. Schon die bisherigen Überlegungen lassen keinen Zweifel darüber, daß in dem großen Spiel der Planung die Verwaltung — und zwar die Ministerialverwaltung — federführend sein muß⁶¹⁾. Sie ist es, die die Möglichkeit und die Notwendigkeit einer Planung erkennt, sie erteilt die ersten Forschungsaufträge, sie trägt Stück für Stück die einzelnen Daten und Voten zusammen und entwickelt aus ihnen das Gesamtgefüge des Plans. Um nur ein Beispiel anzudeuten: Bei der sog. Bildungsplanung wird sie die soziologische, ökonomische und technische Entwicklung des Planungszeit-

⁵⁸⁾ Allgemein zur zeitlichen Dimension der Planung J. H. Kaiser, aaO., S. 31 f. und U. Scheuner, ebendort, S. 75, 78 f., wo mit Recht von der Überschaubarkeit verhältnismäßig kurzer Zeiträume ausgegangen wird (Vier- bis Fünfjahrespläne). Allerdings rechnet man z. B. in der sog. Bildungsplanung mit ungleich größeren Zeiträumen, wie insbesondere der Beitrag von W. Cartellieri, ebendort, S. 391 ff. (vgl. schon die Überschrift: „Bildungs- und Forschungspolitik für 1980.“) zeigt.

⁵⁹⁾ Vgl. vor allem die Referate von M. Imboden und K. Obermayer auf der Erlanger Staatsrechtslehrrtagung 1959, VVDStRL Heft 18, S. 113 ff., 144 ff.

⁶⁰⁾ Das ist schon in Erlangen verschiedentlich bedauert worden, z. B. von E. Forsthoff, aaO., S. 177 f.; H. P. Ipsen, aaO., S. 181 f.; vgl. aber auch die Äußerung von E. Friesenhahn, aaO., S. 190 f.

⁶¹⁾ Es liegt auf der Hand, daß für die untergeordneten Verwaltungsbehörden wesentlich anderes gilt. Sie stehen nach den Feststellungen zu I. i. d. R. einem Gefüge kompakter Regelungen gegenüber und es ist für sie gleichgültig, ob diese in Gesetzen oder in Verwaltungsvorschriften enthalten sind, ja selbst, wie weit im ersten Falle die Ministerialbürokratie auf den Inhalt der Regelung Einfluß genommen hat. Deshalb wird oben im Text auch der kommunalen Selbstverwaltung und sogar der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nicht gedacht.

raums, die vorhandenen Intelligenzreserven, deren notwendige Verteilung auf die verschiedenen Lebensbereiche⁶²⁾, die erforderlichen Ausbildungsstätten, die Wege zu deren Beschaffung, die Möglichkeiten ihres effektivsten Betriebs und die Gesetzlichkeit ihres Effektivwerdens, die währungspolitischen Folgen der notwendigen Mittelkonzentration und der Mittelausschüttung und tausend andere Dinge prüfen, schätzen, projektieren müssen — und dies alles unter den verschiedensten ökonomischen und quasi-ökonomischen Gesichtspunkten, wie den Bedürfnissen einer künftigen Gesellschaft, der Knappheit der vorhandenen Geldmittel und bald wohl auch der Knappheit der vorhandenen Intelligenz. Eine solche Planung kann nur im Schoße einer zentralgelenkten, sachverständigen Organisation gedeihen; sie nimmt Jahre in Anspruch, und ich möchte den Gesetzgeber sehen, der es wagen würde, sie dann, wenn sie ihm vorgelegt wird, zurückzuweisen und damit die Zukunft wieder auf Jahre einem Zustand der Planungslosigkeit zu überantworten.

Und dabei muß ihm eine derartige Planung noch nicht einmal insgesamt vorgelegt werden! Denn alles, was nach herkömmlichem Verfassungsrecht seiner Zustimmung bedarf, ist zunächst einmal die Mitteleinsetzung für die Planungstätigkeit selbst, vielleicht noch die Verpflichtung des Bürgers zur Erteilung von Auskünften und die Verpflichtung der Länder und Kommunen zur Mitarbeit. Späterhin mögen es dann je nach Lage des Falles größere Eingriffe in die Handlungsfreiheit des Bürgers sein, für die der Vorbehalt des Gesetzes einen Parlamentsakt verlangt⁶³⁾; aber auch dabei wird es sich im Vergleich zur Gesamtplanung stets nur um Randfragen handeln, aus denen der Gesetzgeber wohl nur mit Mühe ein Junktim zu dieser selbst konstruieren könnte, selbst wenn er dies wollte. Und selbstverständlich wird man seiner Zustimmung zur endgültigen Ausgabe der verplanten Mittel bedürfen, das aber nicht früher als im ersten Jahr des Planvollzugs, ja vielleicht sogar erst, nachdem die Verwaltung die ihr üb-

⁶²⁾ W. Häfele, Die Projektwissenschaften, in: Radius 1965, 3. Heft, S. 6 referiert z. B. einen Bericht des Amerikaners Alvin Weinberg, nach dem der Forschungs- und Entwicklungsetat der USA im Jahre 1970 u. U. so groß ist, daß er 30 % aller nach ihrer Intelligenz für höhere geistige Berufe in Betracht kommenden Amerikaner beansprucht, was — nach Weinberg — im Hinblick auf alle übrigen geistigen Berufe (Ärzte, Lehrer, Industrie- und Verwaltungsspezialisten usw.) eine Katastrophe wäre.

⁶³⁾ Wobei die Schwierigkeiten zu berücksichtigen sind, die sich, zumal bei der herrschenden Auslegung des Gleichheitssatzes, bei der Erstreckung des Eingriffsbegriffes auf Leistungsverwaltung u. ä. ergeben.

licherweise zustehenden Mittel schon jahrelang im Sinne des Plans ausgegeben hat, und nur für jeweils ein Jahr angesichts eines Planungszeitraums von vielleicht 15, 20 oder 30 Jahren. Auf der Erlanger Tagung dieser Vereinigung ist diese zeitliche Verflechtung der Planungsakte schon klar gesehen worden, und es ist die besorgte Frage nach der rechtzeitigen Einschaltung des Richters gestellt worden⁶⁴). Die Frage läßt sich für den Gesetzgeber wiederholen.

3. Da auf die Verwaltung in diesem Bereich schlechterdings nicht verzichtet werden kann, ist eine Abhilfe hier nur von einer Zusammenarbeit beider Staatsgewalten zu erwarten. Am nächsten läge hier wohl der Gedanke an einen gemeinsamen Ausschuß, also an ein Superorgan mit der ausschließlichen Aufgabe, in den großen Fragen der zentralen Planung zu projektieren und die Richtlinien der Planungspolitik in großangelegten „staatsleitenden Akten“ festzusetzen. Daß ein solches Organ de constitutione lata nicht ohne Verletzung des Gewaltentrennungsprinzips existieren könnte, liegt wohl auf der Hand⁶⁵). Auch das von mir so genannte Führungsteam der Mehrheitspartei bzw. der Regierungskoalition⁶⁶) vermag es nur unvollkommen zu ersetzen; denn zwar beherrscht es im Regelfall sowohl den Regierungskurs als auch den Kurs der Parlamentsmehrheit, aber ebenso klar ist es im allgemeinen auch vom Sachverstand der Ministerialbürokratie abgehoben. Es kann letzten Endes auch wieder nur die Auswahl zwischen mehreren Wegen treffen, die ihm die Sachverständigen, d. h. aber vor allem die Verwaltung, als gangbar bezeichnen, so daß sich hier also m. a. W. nur einmal mehr die Frage des Verhältnisses zwischen Regierung und Verwaltung, wenn auch in etwas anderer Form als üblich, wiederholt.

Das Problem spitzt sich folgerichtig auf die Frage zu, inwieweit der Gesetzgeber bei Fragen der zentralen Planung von Anfang an ein Zustimmungsrecht zu den Projekten der Exekutive, jedenfalls aber zu den wegweisenden Entscheidungen hat. Gibt es einen Vorbehalt — wenn auch nicht der

⁶⁴) So schon die beiden Referenten: M. Imboden, aaO., S. 136 und K. Obermayer, aaO., S. 164 f. Besonders deutlich dann aber die Diskussionsbeiträge von H. P. Ipsen, S. 182, 194; E. Forsthoff, S. 183 f., 191 f., 202 f.; C. H. Ule, S. 201, 205; H. Peters, S. 206; H. Schneider, S. 206.

⁶⁵) Daß vorberatende gemischte Ausschüsse nicht genau so streng zu behandeln wären, liegt wohl ebenfalls auf der Hand. Immerhin müßte auch bei ihnen die Frage der Verfassungsmäßigkeit gestellt werden, wenn sich in der Praxis ergäbe, daß Regierung und Parlament ihren Vorschlägen stets und diskussionslos folgen.

⁶⁶) Zeitschrift für Politik n. F. Bd. 10 (1963), S. 157 f.

Regelung, so doch der Sanktion — im Bereich der zentralen Planung? Vom alten Gesetzesvorbehalt her, wie ihn das 19. Jahrhundert entwickelt hat, ist diese Frage für den Regelfall zu verneinen. Ja selbst dann, wenn man mit der heute wohl herrschenden Lehre den Gesetzesvorbehalt auf den Bereich der Leistungsverwaltung erstreckt, ist für unsere Frage nichts gewonnen; denn die Grenze zum intern wirkenden Staatsakt hat auch diese Lehre nicht überschritten. Es ist hier aber schon einmal die Frage gestellt worden, ob es sinnvoll ist, auch noch die geringfügigste Bagatelle dem Gesetz vorzubehalten, nur weil sie „unmittelbar“ nach außen wirkt, die großen politischen Gestaltungen aber, die den Bürger zwar nur „mittelbar“, dafür aber um so intensiver berühren, allein der Exekutive zu überlassen.

Das Grundgesetz hat zu einer Zeit, als man die Außenpolitik als die Politik par excellence betrachtete, den Grundsatz entwickelt, daß völkerrechtliche Verträge, die die fundamentale Stellung des Staates in der Staatengemeinschaft betreffen, selbst dann der Zustimmung des Parlaments bedürfen, wenn sie nicht das Außenverhältnis zum Bürger gestalten. Heute wird die völkerbewegende Politik nicht mehr nur in den Konferenzen der Diplomaten und Außenminister gemacht, sondern ebenso in den Stäben der Sozialplaner. Es besteht daher m. E. kein Anlaß, beide Arten der „hohen Politik“ verschieden zu behandeln. Nicht von ungefähr hat man in Frankreich bei der Abfassung des 5. Plans schon zur Festlegung der wesentlichen Marschrichtung, also ganz zu Beginn der Planung, die Zustimmung der Nationalversammlung eingeholt⁶⁷⁾. Das Beispiel ist nicht nur beherzigenswert, es entspricht, jedenfalls in der Bundesrepublik, m. E. auch dem Verfassungssinn. Ich möchte einer Ausdehnung der in Art. 59 Abs. 2 GG enthaltenen Ausformung des parlamentarischen Systems auf die Fälle des „staatsleitenden Aktes“ im Bereiche der zentralen Planung das Wort reden, und zwar schon für den Augenblick, in dem die grundlegenden Entscheidungen über die Planungsrouten fallen. Daß diese Analogie mehr als gewagt ist, bedarf keiner Erörterung. Eine interessenorientierte Auslegung dürfte aber auf die Dauer keine andere Wahl lassen. Die Präponderanz der Verwaltung im Bereich der Gesamtplanung ist zwar ein Faktum, das sich außerhalb des Verfassungsrechts entwickelt hat. Aber solange das Grundgesetz in seiner bisherigen Fassung — mit Parlamentarismus und parlamentarischem System — gilt, ist

⁶⁷⁾ Zur Beteiligung des Parlaments an der planification vgl. insbesondere die Zusammenstellung bei J. H. Kaiser, a.a.O., S. 27 (Anm. 60).

es ein Gebot rechtschaffener Verfassungsauslegung, dem Gesetzgeber auch unter den veränderten Umständen ein wirksames Mitspracherecht in den Fragen der Staatspolitik zuzubilligen, und die Zustimmungsbedürftigkeit grundlegender Planungswerke ist eine der wichtigsten Folgen aus diesem Gebot.

An dieser Stelle schließt sich der Kreis. Die Entwicklung der letzten 15 Jahre, die vom klassischen Gesetzesvorbehalt ausging, hat zunächst praktisch zu einem massiven Übergreifen der Legislative in den Bereich der leistenden Verwaltung und darüber hinaus zu dem Versuch geführt, diese Praxis durch eine Erstreckung des Vorbehalts als eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit zu deklarieren. Fast gleichzeitig hat es die Verwaltung verstanden, ihren seit je bestehenden Einfluß auf den Gesetzgeber zu multiplizieren, ja der geschilderte Wandel in der Struktur der politischen Entscheidung hat sogar zu einer Potenzierung dieses Einflusses geführt. Für die Zukunft aber wird alles darauf ankommen, daß beide Organsäulen zur Bewältigung der unermeßlichen Aufgaben, die auf sie zukommen, zusammentreten: die Verwaltung als Exponentin des Sachverstandes, der die Zukunft zu meistern vermag — der Gesetzgeber als Repräsentant des Volkes, dessen Zukunft es zu meistern gilt.

Leitsätze des Mitberichterstatters über

Gesetzgeber und Verwaltung

1. Die Einwirkungen des Gesetzgebers auf die Verwaltung vollziehen sich entweder in der Form des Gesetzes oder in der Form des schlichten Parlamentsaktes. Hinter letzterem steht in der Regel keine andere Sanktion als die Möglichkeit des Regierungsturzes. Es ist eine terminologische Frage, ob man angesichts dieser Tatsache von einer Bindung der Verwaltung sprechen will, und es ist eine Frage der faktischen Verteilung der Gewichte, ob von schlichten Parlamentsakten nennenswerte Impulse auf die Verwaltung ausgehen.

2. Die Einwirkungen des Gesetzgebers vollziehen sich, von hier nicht zu erwähnenden Zwischenformen abgesehen, entweder in Gestalt von Individualgesetzen oder generell-abstrakten Normen. Die ersteren sind dem Prinzip nach, die letzteren der praktischen Bedeutung nach wichtiger.

3. Die Einwirkungen des Gesetzgebers bestehen im Regelfall in der Begründung von Handlungspflichten der Verwaltung. Daneben kennt die Gesetzgebungspraxis aber auch schwächere Arten der Einwirkung, z. B. Sollvorschriften, Regelungen mit Dispensermächtigung, subsidiär geltende Rechtsvorschriften.

4. Die Frage nach den rechtlichen Grenzen der Einwirkung stellt sich seit dem Verlust der Parlamentsouveränität neu. Neben die Frage nach der Notwendigkeit gesetzgeberischer Regelungen (Vorbehalt des Gesetzes) ist die Frage nach der Zulässigkeit solcher Regelungen getreten.

5. Das Grundgesetz enthält keinen Vorbehalt der Verwaltung, auch nicht bezüglich des individuell-konkreten Staatsakts. Aus dem Vorbehalt der Regierung im Bereich der politischen Entscheidung (Art. 65 GG) ergibt sich aber auch für die Verwaltung ein Bereich, in dem sie gegen Einwirkungen des Gesetzgebers abgeschirmt ist. Daran ändert — wegen der praktischen Bedeutung der nicht legislativen Planung — auch die Tatsache nichts, daß in einem funktionierenden parlamentarischen System die Regierung im Regelfall die Gesetze erhält, deren sie zur Verwirklichung ihrer Politik bedarf.

6. Eine tatsächliche Grenze der gesetzgeberischen Einwirkung folgt aus der Notwendigkeit, gesetzliche Regelungen in gewissem Umfang zu konkretisieren, und aus der Unmöglichkeit, Gegenstände zu normieren, die einem raschen Situationswechsel ausgesetzt sind und für die daher die gesetzliche Regelung zu schwerfällig ist.

7. Je nach dem Grad der Konkretisierung kann man — im Sinne gleitender Übergänge — kompakte und diffuse Verwaltungsrechtsnormen unterscheiden. Bei ersteren ist die Verwaltung im Idealfall auf den bloßen Gesetzesvollzug angewiesen; bei letzteren vollzieht sie dagegen selbsterarbeitete Handlungsmaximen, sofern sie ihr nicht von der Regierung vorgeschrieben werden.

8. Der Gesetzgeber ist berechtigt, auch dort diffuse Regelungen zu erlassen, wo eine kompaktere Regelung möglich wäre. Die Grenzen dieses Befugnis lassen sich nur im Einzelfall feststellen. Sie werden vor allem von den Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4, 80 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmt.

9. Der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (1963) ist in seinem verfahrensrechtlichen Teil ein plastisches Beispiel für eine Normierung der in Leitsatz 8 genannten Art. Das beruht auf zwei Grundentscheidungen:

a) Er bezieht sich nur auf die das Außenverhältnis zum Bürger betreffenden Verfahrensfragen, wodurch u. a. die beabsichtigte Rechtsvereinheitlichung erschwert wird.

b) Er überantwortet das gewöhnliche Verwaltungsverfahren weitestgehend dem Ermessen der Verwaltung; bei den kompakter geregelten Besonderen Verfahrensarten enthält er keinerlei Vorschriften darüber, wann diese anwendbar sein sollen.

10. Dagegen stellen die materiell-verwaltungsrechtlichen Teile des Entwurfs eine erfreulich kompakte Normierung allgemein-verwaltungsrechtlicher Probleme dar.

11. Die rechtlichen Formen der Einwirkung der Exekutive auf den Gesetzgeber reichen vom Initiativrecht der Regierung und der Praxis der Amtlichen Begründung über die Wählbarkeit der Beamten, die Anhörungspflicht des Bundestages und die Struktur des Bundesrates bis zu dem Übergewicht der Exekutive in den Organen der Europäischen Gemeinschaften.

12. Die Einflußmöglichkeiten sind dort am weitesten ausgebildet, wo der Gesetzgeber vor die Wahl zwischen der vollständigen Annahme und der vollständigen Ablehnung einer ihm von der Verwaltung unterbreiteten Regelung gestellt ist.

13. *Rechtlich ist diese Ausgestaltung vor allem bei vielen zwischenstaatlichen Verträgen und bei den sog. qualifizierten Verordnungen erreicht. Praktisch ist sie darüber hinaus in zahlreichen Gesetzgebungsverfahren üblich (Haushaltsgesetz!).*

14. *Diese Entwicklung hängt eng mit der sog. Verwissenschaftlichung des modernen Lebens zusammen, die dem Sachverstand der Verwaltung ein erhebliches Übergewicht über den Gesetzgeber verleiht.*

15. *Wo die Verwaltung den Sachverstand nicht selbst besitzt, stellt sie ihn in Form von Gutachtern und Ausschüssen in ihren Dienst. Das führt einerseits zu einem weiteren Prestigegewinn der Verwaltung, andererseits aber auch zu ganz neuen Gesichtspunkten in der Struktur der Verwaltung.*

16. *Mit der Entwicklung der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften ist eine geordnete, über erhebliche Zeiträume hinwegreichende Sozial- und Wirtschaftspolitik möglich geworden, die ihren Niederschlag in der sog. zentralen Planung findet.*

17. *Die zentrale Planung ist im wesentlichen Sache der Verwaltung. Der Gesetzgeber kann ein Mitspracherecht nach bisheriger Auffassung nur im Rahmen des Budgetrechts und darüber hinaus nur bei einer Außenwirkung der Planungsmaßnahmen erzwingen. In der Regel ist er dann aber bereits durch intensive Maßnahmen der Verwaltung in seiner Entscheidungsfreiheit eingeengt.*

18. *Seine Einschaltung in die zentrale Planung kann nur im Rahmen einer Zusammenarbeit beider Gewalten erfolgen.*

19. *Ein gemeinsames Organ der Legislative und Exekutive, das zur Beschlußfassung in den Fragen der zentralen Planung zuständig wäre, wäre mit dem Gewaltenteilungsprinzip unvereinbar. Auch das Führungsteam der Mehrheitspartei bzw. der Koalition im parlamentarischen System leistet diesen Dienst nicht.*

20. *Die Zusammenarbeit der beiden Gewalten kann daher nur in der Form erfolgen, daß die Verwaltung die Projekte der Sozialpolitik usw. ausarbeitet, der Gesetzgeber aber in allen Phasen der Entscheidung ein Zustimmungsrecht besitzt. Dieses ergibt sich aus einer analogen Anwendung des Art. 59 Abs. 2 GG auf die zentrale Planungspolitik.*

Gesetzgeber und Verwaltung

3. Aussprache und Schlußworte

Wolff: Die beiden Referenten haben viele Gedanken geboten, an die eine Diskussion anknüpfen kann, und, wie aus den Wortmeldungen zu schließen ist, anknüpfen wird. Ich möchte nur eine grundsätzliche Bemerkung an den Anfang stellen: Es wäre wohl richtig gewesen und die Herren Referenten wären zu genaueren Urteilen gekommen, wenn sie die Begriffe „Regierung“ und „Verwaltung“ unterschieden hätten. Beide hätten daraus Vorteile ziehen können. Denn das Verhältnis der Regierung zur Gesetzgebung ist doch ein ganz anderes als das der Verwaltung. Z. B. hat sie, nicht die Verwaltung, die Gesetze vorzubereiten. Eine Unterscheidung ferner der zentralen Planung der Regierung von den dezentralen Planungen der Verwaltung hätte ihre unterschiedlichen Probleme deutlich machen können. Mir will auch scheinen, daß eine Beschränkung des Rechtssatz-Charakters auf Richtlinien der Regierung, die den Durchführungsverordnungen ähnlich sind, sich eher begründen ließe als eine Außenwirkung aller Verwaltungsanordnungen.

Badura: Meine Herren! Ich glaube, daß es richtig war, daß beide Referenten das Neuüberdenken des Gesetzesbegriffes, das offensichtlich als notwendig empfunden werden muß, in der Weise verstanden haben, daß sie den Vorbehalt des Gesetzes überprüft haben. Es ist weiter besonders dankenswert, daß diese Fragestellung von der Frage gelöst worden ist, in der sie bisher verharret war, nämlich, inwieweit im Rahmen der *L e i s t u n g s*verwaltung ein solcher Vorbehalt des Gesetzes besteht, und daß das Interesse besonders gelenkt worden ist auf die neuartigen Formen der Planung und der Wirtschaftslenkung. Herr Vogel hat das Problem in radikaler Weise angefaßt und den Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes überhaupt verworfen, und ich glaube, daß darin der deutlichste Angriff gegen die traditionelle Doktrin geführt worden ist.

Wenn ich das kurz rekapitulieren darf: Herr Vogel hat am Anfang über einige philosophische Punkte gesprochen. Er hat die Lehre vom Rechtsstaat — wie ich das vielleicht allgemeiner sagen darf — in Verbindung gebracht mit verschiedenen Auffassungen der idealistischen Philosophie und etwa gesagt, daß

die Allgemeinheit des Gesetzes ein ethisches Postulat gewesen und daß der Vorrang des Gesetzgebers als ein ethischer Vorrang aufgefaßt worden sei. Konsequenterweise hat er dann in der zweiten Phase seiner Überlegungen auch die „Krise des Gesetzes“ — wenn ich dieses Schlagwort hier einmal wiederholen darf —, die Krise des Gesetzesbegriffes mit einem Umschwung in der Philosophie in Verbindung gebracht, indem er darauf hingewiesen hat, daß in der heutigen Philosophie die konkrete Entscheidung in den Mittelpunkt gestellt werde. Aus diesem Gesichtspunkt hat er eine so weitreichende Folgerung gezogen wie die, daß der Vorrang des Richters sich daraus erklären ließe, daß die Gerichtsbarkeit sozusagen das Depot der Gerechtigkeit wäre, daß die Grenze zwischen Gesetzgebung und Exekutive, jedenfalls prinzipiell verstanden, damit hinfällig geworden sei, obwohl man doch wohl sagen könnte, daß die Gerechtigkeit nicht ein Vorrecht des Richters ist und daß man überhaupt nicht zwischen Rechtswerten und Verwaltungswerten so strikterweise unterscheiden könnte, sondern daß der Gesetzgeber und die Verwaltung in derselben Weise sich an der Gerechtigkeit orientieren, wenn auch der Modus ihres Vorgehens ein anderer sein mag als der des Richters. Aus diesen langen Überlegungen ergibt sich dann für Herrn Vogel nur die methodische Konsequenz, daß das positive Verfassungsrecht die Basis sein soll, aus der der Gesetzesbegriff zu gewinnen sei, um dann sofort die Folgerung zu ziehen, daß aus dem positiven Verfassungsrecht hervorgehe, daß dieser Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes in den Grundrechtskatalog aufzulösen sei, aus dem abzuleiten sei, in welchem Umfange der Gesetzgeber tätig werden müsse. Und schließlich wird die weitere Folgerung gezogen, daß ein Rechtsetzungsmonopol des Gesetzgebers nicht mehr anerkannt werden könne, sondern daß eine ursprüngliche Regelungsbefugnis der Verwaltung zu postulieren sei. Dieser Punkt ist in sehr interessanter Weise illustriert worden mit einer Überlegung über die Verwaltungsvorschriften. In der Tat ist die traditionelle Lehre darüber, daß aus Verwaltungsvorschriften Rechtsansprüche nicht entspringen können, fragwürdig.

Erlauben Sie mir, daß ich diese Überlegungen mit einigen Argumenten noch erweitere, ergänze und auch kritisiere. Ich glaube nicht, daß man sagen kann, daß der Rechtsstaat in der Form, wie er in der deutschen Verfassungstradition vorliegt, eine Folge aus philosophischen Überlegungen ist, daß dieser Rechtsstaat zuerst ein philosophisches Postulat sei; ich glaube vielmehr, daß es sich dabei um ein Resultat der gesellschaftlichen Praxis handelt. Die ethische Bevorzugung des Gesetzgebers und der Allgemeinheit des Gesetzes ist nicht die

Folge einer philosophischen Spekulation, sondern, wie ich glaube, ein Bestandteil der Strategie der bürgerlichen Gesellschaft gewesen. Der Rechtsstaat, wie er sich in Deutschland entwickelt hat, die konstitutionelle Lehre, erklärt sich aus einer besonderen Situation der bürgerlichen Gesellschaft gerade in Deutschland. Er hat hier zu einem besonderen Rechtsstaatsbegriff geführt, der sich ja sehr deutlich etwa von der anglo-amerikanischen rule of law unterscheidet. Herr Vogel hat auf Kant rekurriert. Gerade bei Kant scheint es mir besonders deutlich zu sein, daß es sich hier nicht um reine Philosophie handelt, wenn in der Schrift über den Gemeinspruch, die Sie, Herr Vogel, auch erwähnen, über den Rechtsbegriff gesprochen wird und das Recht als die Abgrenzung der Rechtssphären bezeichnet wird, also nicht die Glückseligkeit der einzelnen das Ziel der Rechtsetzung sein dürfe, und wenn das bis in solche Details geführt wird, daß zwar ein Perückenmacher an der Konstituierung des Gemeinwesens teilhaben dürfe, nicht aber ein Friseur, weil der Perückenmacher produktive Tätigkeit leistet. Aber selbst wenn man sich auf den Boden solcher sozialphilosophischer Überlegungen stellt, darf man doch, glaube ich, nicht vergessen, daß der Rechtsstaat in dieser Form, wie er am Ende des 18. Jahrhunderts und am Beginn des 19. Jahrhunderts in Erscheinung getreten ist, ein revolutionärer Begriff gewesen ist, daß also die Evolution der bürgerlichen Gesellschaft durch eine revolutionäre Idee begleitet war, während heute der Rechtsstaat in dieser Form gewiß nur noch einen apologetischen Charakter haben wird. Ich glaube nicht, daß man der revolutionären Phase des Rechtsstaatsbegriffes eine philosophische Überlegung der heutigen westeuropäischen Philosophie gegenüberstellen kann, noch dazu eine Überlegung, die nicht dem Bereich der Sozialphilosophie, sondern dem der Individualethik zugehört.

Drittens glaube ich durchaus, daß es richtig ist, vom positiven Verfassungsrecht auszugehen. Aber die Diskussion wird gewiß zeigen, daß der Inhalt des positiven Verfassungsrechts durchaus unterschiedlich beurteilt werden kann und daß man daraus nicht die Folgerung ziehen muß, daß der Vorbehalt des Gesetzes hinfällig geworden sei. Wenn man vom positiven Verfassungsrecht spricht, dann ist man ja nicht einfach nur auf den Wortlaut eines Verfassungsgesetzes verwiesen, sondern ist zugleich auch verwiesen auf die Tradition der politischen Ideen, die in dieser Verfassung rezipiert sind. Wenn man sich das vor Augen hält, muß sich meiner Ansicht nach zeigen, daß der Vorbehalt des Gesetzes neben dem Grundrechtskatalog ein durchaus eigenes und spezifisches Gewicht besitzt. Im 19. Jahrhundert hat es nicht nur die konstitutionelle Lehre gegeben,

sondern auch das Repräsentativsystem. Das war eigentlich das, was die bürgerliche Bewegung dieses Jahrhunderts gefordert und gegen die landständische Verfassung gestellt hat. Das Repräsentativsystem ist nun nicht nur defensiv zu verstehen, nämlich daß es im Bereiche der Grundrechte Bastionen gegen den Monarchen aufzubauen sucht, sondern das Repräsentativsystem ist aggressiv gewesen: es verlangte gerade eine Beteiligung an der staatlichen Willensbildung. Daraus würde ich schließen, daß der Gesetzesbegriff nicht nur eine rechtsstaatliche, sondern auch eine demokratische Komponente besitzt, und diese demokratische Komponente des Gesetzesbegriffes — Jesch hat ja vom „demokratischen Gesetzesbegriff“ gesprochen — ist es, die verlorengelutet oder zumindest reduziert wird, wenn der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes in dieser Weise verstanden wird, d. h. beseitigt wird, wie Herr Vogel das vorgeschlagen hat. Ich glaube, daß damit eine Preisgabe vor allem des politischen Aspektes des Gesetzesbegriffes verbunden ist. Und dieser politische Aspekt — auf die Willensbildung bezogen —, glaube ich, wird weggelassen, wenn wir nur den Vorrang des Gesetzes akzeptieren wollen. Es muß ja die Verfassung auch in irgendeiner Weise erklären, auf welchem Gebiete der Gesetzgeber tätig werden muß, welche Aufgaben ihm zufallen. Diese Frage wird in gewisser Weise durch den Vorbehalt des Gesetzes entschieden, jedenfalls soweit es sich um den Bereich der Verwaltung handelt, und aus diesem Grunde, glaube ich, würde selbst das geltende Verfassungsrecht, der Art. 20 GG nämlich, es nicht gestatten, ihn so auszulegen, daß der Vorbehalt des Gesetzes nicht mehr als ein selbständiger Verfassungssatz gelten würde.

Planung und Wirtschaftslenkung gerade sind Materien, die keineswegs sich darin erschöpfen, daß hier auf Grund sachverständiger Überlegungen bestimmte Programme aufgestellt werden. Sondern ich glaube, daß Planung und Wirtschaftslenkung in ganz besonderer Weise auch politische Entscheidungen implizieren, Entscheidungen, die auch durch die von Herrn Herzog erwähnte Verwissenschaftlichung des Soziallebens nicht beseitigt werden. Die Verwissenschaftlichung der Betrachtung und der Behandlung des Sozialen kann aus dem Sozialleben die Notwendigkeit nicht entfernen, daß hier Entscheidungen getroffen werden müssen über die, auch in den Vorträgen vielzitierte, Gestaltung des Soziallebens, über die Verteilung des Sozialproduktes, also über alles das, was im Bereiche der Planung und Wirtschaftslenkung eine wesentliche Rolle spielt. Der Maßstab dafür, in welcher Weise geplant und gestaltet werden soll, ist nicht mit Hilfe bloßer Subsumtion oder Errechnung und Kalkulation zu finden, sondern er

impliziert in besonderer Weise politische Entscheidungen, die möglicherweise in einer Gesellschaft, die wie die unsrige relativ stationär und relativ im Einklang mit ihren Grundlagen sich zu befinden scheint, in den Hintergrund treten, die aber dennoch nach wie vor stattfinden. Diese These, die ja besonders von Schelsky ausgearbeitet worden ist, über das Dahinschwinden der politischen Entscheidung und die Beseitigung der Demokratie durch den Sachverstand, diese These halte ich deswegen nicht für richtig. Ich würde Herrn Menzel allerdings zustimmen, daß dieses Problem ein Problem des Parlamentarismus ist, eine Frage, in welcher Weise das parlamentarische System in einer solchen Gesellschaft, die plant und lenkt, funktionsfähig ist, und würde sogar noch einen Schritt weitergehen und sagen, daß es letzten Endes das Problem ist, wie Demokratie heute zu verstehen, wie Demokratie heute möglich ist, wenn wir über den Gesetzesbegriff sprechen.

Schaumann: Frappiert hat mich im ersten Referat von Herrn Vogel, daß er bereit ist, den Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes aufzugeben. Es ist klar, daß man von der grundsätzlichen Allgemeinheit des Gesetzes aus sicher viele Konzessionen machen muß angesichts der heutigen soziologischen Gegebenheiten, aber ich glaube doch, daß es vieles für sich hat, sich mindestens den Begriff der Allgemeinheit des Gesetzes vor Augen zu halten. Das ist nicht bloß ein formaler Grundsatz, es ist auch nicht bloß eine Frage der Gewaltenteilung, sondern es ist mit eine Frage des Grundrechtsschutzes, wenn wir am Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes festhalten wollen. Das Gesetz ist wesentlich mit eine Gewährleistung des Gleichheitssatzes, indem im voraus generell-abstrakt bestimmt wird, unter welchen Voraussetzungen der Staat in die Individualsphäre eingreifen darf. Das Gesetz dient der gleichmäßigen Anwendung der staatlichen Befugnisse gegenüber dem grundrechtsgeschützten Bereich des Individuums. In diesem Zusammenhang ist auch die These von Herrn Vogel zweifelhaft, mit der er den sittlichen Gehalt des Gesetzes verneint. Ich möchte ihm insofern zustimmen, als das Gesetz als solches, als bloße Form, sicher keinen sittlichen Gehalt hat. Insofern wurde ja die These vom sittlichen Gehalt des Gesetzes auch mißbraucht. Festhalten müssen wir aber, daß dem Gesetz das Sittliche vorausgegeben ist, daß das Gesetz der Verwirklichung von Recht und Gerechtigkeit dienen muß, und das nicht zuletzt auch in Verbindung mit dem Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes.

Nun zum Vorbehalt des Gesetzes: Vorerst hat es mich gefreut, daß Herr Vogel gesagt hat, wir sollten den Begriff des Vorbehalts des Gesetzes fallenlassen, weil das im Grunde ge-

nommen nur ein Anwendungsfall des Postulats der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung oder staatlicher Tätigkeit überhaupt sei. Wenn wir wirklich von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, von der Gesetzmäßigkeit staatlicher Tätigkeit überhaupt ausgehen, so können wir sehr wohl auf die besondere Formel des Vorbehalts des Gesetzes verzichten. Der Vorbehalt des Gesetzes war im 19. Jahrhundert entwickelt worden zum Schutze des Individuums gegenüber staatlicher Gewalt. Im 20. Jahrhundert hat man ihn leider umgekehrt, indem man den Vorbehalt des Gesetzes zur Beschränkung des Schutzes des Individuums zu verwenden begann, indem man den Staat freistellte für jene Bereiche, auf die man eben den Vorbehalt des Gesetzes nicht anwenden wollte. Demgegenüber möchte ich für die allgemeine, uneingeschränkte Anwendung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit plädieren. Herr Vogel hat jedoch nur die schon verschiedentlich vertretene These aufgenommen und gesagt, der Vorbehalt des Gesetzes müsse sich auch insofern auf die Leistungsverwaltung erstrecken, als diese eine Grundrechtsbeeinträchtigung mit sich bringt. Bei der Begünstigung in der Leistungsverwaltung sieht er aber keine mögliche Grundrechtsbeeinträchtigung, weshalb man dort den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit nicht brauche. Ich möchte schon diese Ausgangssituation bestreiten und sagen, auch beim Begünstigten kann potentiell eine Grundrechtseinschränkung erfolgen, einmal insofern, daß dem Begünstigten sehr oft Bedingungen, Auflagen usw. zugemutet werden. In gewissen Bereichen — z. B. bei der Wohnungsbauförderung — sind das Riesenkataloge von Auflagen; diese Auflagen stellen letzten Endes auch einen Grundrechtseingriff dar, deswegen müßte der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit oder, wenn Sie wollen, der Vorbehalt des Gesetzes auch für diese Bereiche gelten. Aber auch dort, wo nicht unbedingt Auflagen vorhanden sind, stellt schon die Auswahl der Begünstigten einen potentiellen Eingriff dar, indem nämlich durch die Umschreibung des Kreises der Begünstigten negativ gesagt wird, wer nicht begünstigt ist. Denken wir an das Honnef-Modell: Dort ist die Regelung heute einigermaßen klar, aber es ist an sich verständlich, wenn aus Studentenkreisen geltend gemacht wird: Wir wollen einen gesetzlichen Anspruch. In kritischen Fällen kann sich der Staat immer wieder darauf beziehen: Du hast ja keinen gesetzlichen Anspruch. Damit fällt er aus dem Kreis der Begünstigten heraus und kommt zum Kreis der Nichtbegünstigten.

Zusammenfassend möchte ich sagen, daß wir den Vorbehalt des Gesetzes als besonderes Institut fallenlassen können, wenn wir die Gesetzmäßigkeit konsequent verwirklichen. Dieser Grundsatz sollte sich auch erstrecken auf die Organisation des

Staates. Allgemein können wir sagen: Der Staat soll nur handeln können auf der Grundlage und in Anwendung des Gesetzes.

Noch ein anderer damit zusammenhängender Punkt. Herr Vogel hat plädiert für den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit, geht nun aber hin und durchbricht ihn ganz radikal, indem er den Verwaltungsvorschriften Rechtscharakter geben will. Art. 80 des Grundgesetzes hat ja dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit oder des Vorbehaltes des Gesetzes dadurch Achtung verschaffen wollen, daß er die Möglichkeiten der Rechtsetzung außerhalb der Form des Gesetzes sehr eingeschränkt hat. Ich persönlich bin der Auffassung, daß Art. 80 GG zu eng gefaßt ist. Aber man löst das Problem nicht dadurch, daß man sagt: Der Art. 80 ist zu eng gefaßt, deshalb wenden wir ihn nur auf einen Teil der Rechtsetzung außerhalb der Gesetzesform an, und den Rest überlassen wir der Verwaltung. Damit wäre ganz einfach Art. 80 umgangen. Wir können die Lösung nur so suchen, daß wir entweder den Art. 80 weniger streng anwenden — das ist eine Frage einer möglichen Verfassungswandlung — oder, was wohl sympathischer wäre, den Art. 80 den heutigen Gegebenheiten anpassen. Es ist nicht etwa so, wie Herr Vogel meint, daß durch die Verrechtlichung der Verwaltungsvorschriften der Rechtsschutz des Individuums nicht beeinträchtigt würde. Sicher ist, daß gewisse Fälle durch die Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften klargestellt und der Rechtsschutz vielleicht in gewissen Bereichen verbessert wird. Auf der anderen Seite kommen wir aber immer mehr in die Situation hinein, daß der Private, das Individuum, wohl noch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchsetzen kann, aber soweit die Verwaltung im Ermessensbereich handelt, das Individuum ungeschützt bleibt. Hier beruft sich die Verwaltung auf ihre Verwaltungsvorschriften. Gibt man diesen auch noch Rechtscharakter, dann sieht sich der Bürger immer auf den Klageweg gedrängt; er hat gegenüber der Behörde in diesem Ermessensbereich keinen Verhandlungsspielraum mehr. Die Behörde wird ihm die Verwaltungsvorschriften vorlegen und dann sogar auf deren Außenwirkung hinweisen können. Beschreitet er den Klageweg, so hat er meist den „falschen“ Beklagten oder die „falsche“ Behörde gegenüber, weil er im Grunde genommen die Verwaltungsvorschriften angreifen will. Diese hat aber ein Ministerium in der Landeshauptstadt oder in Bonn erlassen. Insofern liegt ein wesentlicher Einbruch in das Rechtssystem vor (wenn wir dieses nicht nur auf die Klagemöglichkeit vor Gericht beschränkt sehen wollen), und zwar in Fortsetzung des Einbruches, den meines Erachtens schon die Verwaltungsgerichtsordnung gebracht hat.

Vogel: Bitte erlauben Sie mir, nur kurz eine Klarstellung vorzunehmen, die uns vielleicht die weitere Diskussion erleichtern könnte: Herr Schaumann hat mir soeben zu Beginn seines sonst so sympathischen Diskussionsbeitrages vorgehalten, ich hätte die Allgemeinheit des Gesetzes, ja zugleich sogar dessen sittliche Natur „aufgeben“ wollen. Das ist indessen keineswegs meine Absicht gewesen. Was ich beabsichtigte, war, die heutige, weitgehend sicherlich unbewußte, Einschätzung des Gesetzesbegriffs zu umschreiben; und was ich glaubte, in diesem Zusammenhang konstatieren zu müssen, war, daß uns die „Allgemeinheit“ des Gesetzes heute problematisch, nicht mehr selbstverständlich, nicht mehr im herkömmlichen Sinne nachvollziehbar sei — weil wir heute von ganz anderen Denkstrukturen ausgehen — und daß für uns von daher eben auch der Gedanke der Sittlichkeit speziell des „allgemeinen Gesetzes“ nicht mehr in der Weise nachvollziehbar sei, wie er es seinerzeit der klassischen konstitutionellen Lehre gewesen ist. Genauso, wenn ich das noch eben anfügen darf, habe ich auch im zweiten Teil des Referats zunächst erst einmal feststellen wollen, was uns zum Thema „Gesetzgeber und Verwaltung“ an Tatsachen an die Hand gegeben ist, insbesondere wie sich, nachdem der Versuch eines theoretischen Zugriffs sich als unmöglich erwiesen hatte, nun unser positives Recht zu dieser Frage stelle. Ich bin dabei insbesondere von der Rechtsprechung ausgegangen, habe versucht, diese Rechtsprechung zu interpretieren, und habe dann freilich in diesem Zusammenhang einige dogmatische Vereinfachungen vorgeschlagen — habe also auch in diesem zweiten Teil nicht umstürzen, sondern lediglich darstellen wollen —, wobei ich allerdings nicht verhehlt habe, daß ich bestimmte Tendenzen dieser Rechtsprechung, wie ich im einzelnen näher dargelegt habe, persönlich begrüße und unterstütze. Vielleicht klärt diese Bemerkung einiges auf, was im Referat nicht in dieser Schärfe zum Ausdruck gebracht worden ist.

Von der Heydte: In seiner fünften These fordert Herr Vogel, man möge die Lehre aufgeben, daß die Verwaltung gemeinverbindliche Rechtsnormen nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen könne. Mit dieser These bewegt sich, so fürchte ich, Herr Vogel — um das Wort eines Politikers zu gebrauchen — „etwas außerhalb der Legalität“ oder vielmehr außerhalb der Konstitutionalität. Ich weiß nicht, ob Herr Vogel in der kurzen Zeit, die er jetzt in Erlangen ist, schon dazu kam, die sehr umfangreiche bayerische Verfassung zu lesen. Sie bestimmt in Art. 70: „Die für alle geltenden Gebote und Verbote bedürfen der Gesetzesform.“ Das ist keine Lehre,

die man annehmen oder aufgeben kann; das ist eine Norm, die Befolgung verlangt. Damit bestimmt die Verfassung gleichzeitig ganz im Sinne der von Herrn Badura mit Recht erwähnten Verfassungstradition das Wesen der Gesetzgebung, nämlich für alle verbindlich zu bestimmen, was jedermann — als einer von allen — soll. Die Aufgabe der Gesetzgebung ist es, allgemeine Imperative festzulegen. Dies zu tun, ist nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht des Gesetzgebers im Rechtsstaat. Der rechtsstaatlichen Verfassung ist das Verbot einer generellen Delegation der Normsetzungskompetenz immanent. Gegen dieses Verbot hat seinerzeit der deutsche Reichstag mit dem Ermächtigungsgesetz des Jahres 1933 verstoßen.

Ganz anders als das Wesen der Gesetzgebung ist das Wesen der Verwaltung. Die Verwaltung sagt in erster Linie, was der — sich von allen anderen jeweils unterscheidende — einzelne darf; sie ist eine fürsorgende, zweckgerichtete, fortgesetzte, planmäßige, rechenschaftsgebundene Tätigkeit eines öffentlichen Verbandes in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. In ihrem Mittelpunkt steht deshalb nicht der Imperativ. Verwaltungstätigkeit ist nicht in erster Linie ein Befehlen. Die Verwaltung braucht den Imperativ, aber er ist im Rahmen des Verwaltungshandelns doch wohl eine Ausnahme. Und ich glaube, eine Verwaltung ist desto besser, je weniger Imperativ sie braucht.

Infolgedessen kann ich mich auch nicht mit der weiteren These von Herrn Vogel anfreunden, die lautet, daß die Verwaltung eine ursprüngliche eigene Regelungsgewalt besäße, auf Grund deren sie gemeinverbindliche Rechtsnormen setzen könne. Nein, meine Damen und Herren! Mit der eigenen, ursprünglichen, generellen Regelungsgewalt der Verwaltung endet der Rechtsstaat. Eine solche ursprüngliche Regelungsgewalt der Verwaltung kennzeichnet autoritäre Verfassungen. Und daß in diesem Zusammenhang ausgerechnet Herr Vogel die Verfassung der fünften französischen Republik erwähnt hat, ist, glaube ich, nicht nur ein Zufall! Im Rechtsstaat ist eine etwa vorhandene Regelungsgewalt der Verwaltung niemals ursprüngliche und eigene Regelungsgewalt, sondern stets abgeleitete, delegierte, entlehene und deshalb, auch in bezug auf die vorhandene Delegation, kontrollierbare Regelungsgewalt.

Der Rechtsstaat ist kein Verwaltungsstaat. Wir haben in Deutschland im nationalsozialistischen Staat den Verwaltungsstaat κατ' ἐξοχήν erlebt, den Verwaltungsstaat, in dem das Ermächtigungsgesetz die Normsetzung — und die Schutz-

haft und das KZ einen Teil der Verwirklichung der Strafgerichtsbarkeit — der Willkür der Verwaltung ausgeliefert hat. Ich glaube, wir müssen die Gefahren einer Rückkehr zu dieser Überschätzung der Eigenständigkeit der Regelungsgewalt der Verwaltung klar und deutlich sehen. Es ist gefährlich, solche Thesen heute auszusprechen, wie sie Herr Vogel verkündet. Natürlich: Sie bieten sich unwillkürlich an, wenn man den Staat als den großen Planifikateur sieht, als den ihn die beiden Referenten heute gezeichnet haben. Der planende und verplante Staat ist im Grunde ein Verwaltungsstaat. Aber wir müssen gleichzeitig — und das habe ich vor allem im Referat von Herrn Vogel vermißt — die Spannung zwischen dem liberalen Rechtsstaat und der modernen Staatsplanung, einer Planung durch den Staat und für den Staat, erkennen. Der Gedanke des Rechtsstaats, ein seinem Wesen nach liberaler Gedanke, setzt der staatlichen Planung meiner Ansicht nach unüberschreitbare Grenzen. Wir müssen diese Grenzen sehen, und es ist unsere Aufgabe, sie klar herauszustellen.

Kaufmann: Ich bin eigentlich nicht hier zum Sprechen, sondern zum Hören. Ich bin gern hier in den Versammlungen unserer Vereinigung, vor allen Dingen, um die junge Generation zu hören. Da hat es mich außerordentlich gefreut, daß hier die Eigenständigkeit der Verwaltung sehr stark betont worden ist. Das ist ein altes Anliegen von mir, das ich bereits 1914 zum Ausdruck gebracht habe und dann in einer verstreuten Schrift, die sich im ersten Band meiner gesammelten Schriften findet, über „Autorität und Freiheit“, wo ich mich bemüht habe, die Eigenständigkeit der Verwaltung herauszuarbeiten.

Bereits im 18. Jahrhundert hat Schiller bekanntlich gesagt, daß das Auge des Gesetzes wacht — auch in der Nacht, wenn alle Menschen schlafen, das war damals die Verwaltung; es ist da in erster Linie an die Polizeigewalt gedacht. Aber so liegt es mit der Verwaltung überhaupt: sie schläft nie. Gott sei Dank schläft der Gesetzgeber manchmal; darum erfreuen wir uns der Parlamentsferien. Die Verwaltung kennt keine Ferien. Es gibt Gerichtsferien, aber keine Verwaltungsferien. Wenn man heute vom 19. Jahrhundert sagt, es sei ein Gesetzesstaat gewesen, dann muß ich lächeln. Ich habe ja unter diesem Staate gelebt. Wir haben damals die Verwaltungsbildung für so wichtig gehalten, daß wir neben dem Gerichtsreferendar und dem Gerichtsassessor noch den Regierungsreferendar und den Regierungsassessor gekannt haben. Die Verwaltung schläft nie. Sie beobachtet die Vergangenheit, sieht, was daran zu ändern ist; sie beobachtet die Gegenwart

und sie guckt in die Zukunft. Sie plant — das gehört zum Wesen der Verwaltung. Sie organisiert die Polizeigewalt — alles Dinge, die jenseits jeder gerichtlichen Kontrolle liegen. Also: Die Verwaltung hat ihre Eigenständigkeit auf Grund einer in keiner Verfassung stehenden Ermächtigung zum Verwalten, d. h. die Staatsbedürfnisse zu beobachten und zu erkunden. Sie plant und ist darum auch an der Gesetzgebung beteiligt, mag auch im Grundgesetz stehen, daß die gesetzgebende Gewalt allein dem Parlamente obliegt. Man muß sich einmal überlegen, wie denn Gesetze entstehen. Da ist es nicht unnütz, sich die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien anzusehen. Daraus kann man ersehen, welche Verwaltungsarbeit erforderlich ist, um ein Gesetz vorzubereiten. Man muß sich einmal überlegen, wie es denn in den Ausschüssen des Bundestages aussieht, wo trotz aller Normen unseres Grundgesetzes eben die Verwaltung beteiligt ist. Ohne die kann es keine Gesetzgebung geben, im Gegenteil: Man kann sagen, daß der Einfluß unserer Verwaltungsinstanzen innerhalb der parlamentarischen Arbeit, auch Gesetzgebungsarbeit, ein entscheidendes, ich wage zu sagen: manchmal ein zu großes Gewicht hat.

Die Regelungsgewalt hat eine gewisse Grenze in Art. 80 gefunden, aber ganz unabhängig davon: Wo der Gesetzgeber aufhört zu regeln, beginnt der Bereich der selbständigen Verordnungsgewalt der Verwaltung. Ausführungsverordnungen — ein sehr schwieriger Begriff, der einer näheren Erörterung eigentlich bedarf. Ich glaube darum in der Tat, daß man von einem Vorbehalt auch der Verwaltung sprechen sollte. Sehr stark natürlich in der auswärtigen Verwaltung. Darum hat es mir einen gewissen Eindruck gemacht, daß der zweite Referent auf Art. 59 GG hingewiesen hat. Überall, wo unübersehbare und nicht vorhergesehene Probleme auftauchen, ist die Verwaltung am Werke mit ihrem Denken, ihrem Planen und ihrem Organisieren. Wo der Gesetzgeber aufhört zu regeln, beginnt die Regelungsgewalt der Verwaltung in den Ausführungsbestimmungen — wozu heute allerhand Interessantes gesagt worden ist.

Wie man sagen kann, daß der Staat des 19. Jahrhunderts ein Gesetzgebungsstaat gewesen sei, ist mir immer unerfindlich gewesen. Gerade die Verwaltung hat eine ungeheure Rolle im 19. Jahrhundert gespielt und der Gesetzgeber eine sehr viel bescheidenere. Wir haben eine Tagung in Hamburg gehabt, wo die Dinge — sehr zugespitzt — dahin ausgeführt worden sind, daß eigentlich das Wesentliche im Verwaltungsakt besteht. Ich glaube, daß der Verwaltungsakt am Ende der

Tätigkeit der Verwaltung liegt. Da steht in erster Linie die Ressortpolitik, die Beschaffungspolitik, die Planung — in Hamburg der Hafenverwaltung, die wir ja bei der Fahrt durch den Hamburger Hafen kennengelernt haben. Wenn wir hier über die Straße gehen, so sehen wir, wie die Verwaltung für Verkehrswege sorgt, ohne besondere Gesetzesermächtigung. Natürlich ist sie, wo Gesetze bestehen, an sie gebunden — aber sie bestehen nicht überall, und auch für die Gesetzgebung ist das, was die Verwaltung in ihrer Beobachtung und ihrer Planung sagt, von ungeheurer Bedeutung.

Ich glaube also, daß das Anliegen der beiden Referenten ein gesundes war, unabhängig von den Staatsformen, unabhängig von den einzelnen Aufgaben der verschiedenen Perioden. Also Betonung der Selbständigkeit der Verwaltung, die natürlich keine Gesetze verletzen darf. Aber wo ein ungeschriebener Ermächtigungssatz besteht zum Walten, d. h. zur Planung, zur Durchführung der Pläne, wo es gar keine Gesetze gibt und keine Gesetze geben kann und geben darf — Verwaltung bleibt ein selbständiger Zweig der Staatsgewalt, so daß ich durchaus dem zustimme, daß es eine besondere Verwaltungshoheit gibt, einen Teil der Exekutive, die ihrerseits dreigliedert ist in das Staatshaupt — Probleme, die ja auch insbesondere gestern angedeutet worden sind —, in die Regierung und unter der Regierung die Verwaltung mit ihren eigenen und selbständigen Aufgaben der Verwirklichung der öffentlichen Zwecke, der Staatszwecke und der Gemeinschaftszwecke. Die Gewaltenteilungslehre mit ihrer Dreigliederung bleibt in meinen Augen ein wesentlicher Bestandteil unseres staatlichen Lebens, ohne das wir gar nicht existieren können.

Ipsen: Wenn wir uns die Reihe unserer letzten Tagungen vor Augen führen, werden Sie sich erinnern, daß uns das heute zentral aufgeworfene Problem immer wieder aus den verschiedensten Zusammenhängen gestellt worden ist, und zwar in einer Konfrontation der gesetzgebenden Gewalt hier, der Exekutive dort, ähnlich wie Herr Kaufmann es eben charakterisierte. Dabei ist sowohl in unseren Erörterungen wie auch im Schrifttum in zunehmendem Maße die Verwaltung charakterisiert worden als bloße Apparatur zum Gesetzesvollzuge. Es hat dagegen zwar immer wieder Remonstrationen gegeben aus dem Munde verschiedener Teilnehmer. Besonders deutlich ist mir, was Herr Peters zu diesen Fragen zu sagen pflegte und was er dann in seiner Rektoratsrede noch einmal zusammenfaßte. Diese Tendenzen haben aber, wie Herr Menzel es am Schluß der heutigen Vorträge formulierte, in einer fünf-

zehnjährigen Entwicklung zu dem Ergebnis geführt, daß auch die gesamte Leistungsverwaltung dem Gesetzesvorbehalt unterstellt sei oder als unterstellt gelte. Ich glaubte, vorhin in Herrn Schaumann den letzten Vertreter dieser Auffassung gehört zu haben. Ich bin belehrt worden: er war der vorletzte, der letzte ist, nach dem Verlauf der bisherigen Diskussion, Herr von der Heydte. Ich will hier nicht näher untersuchen, aus welchen Quellen diese Tendenzen gespeist worden sind, will aber nachdrücklich klarstellen, daß ich mich — wie auch früher — eindeutig zu denjenigen gesellen möchte, die dieser Denaturierung der Exekutive widerstreiten.

In diesem Sinne hat mir Herr Kaufmann das Wort aus dem Munde genommen. Deshalb begrüßte ich, ebenso wie Herr Kaufmann es zum Ausdruck gebracht hat, den Leitsatz 8 von Herrn Vogel und die Leitsätze 16 und 17 von Herrn Herzog. Eine echte Dreiteilung unserer Staatsgewalt muß die Dignität, die Eigenständigkeit der Exekutive anerkennen, und die Tendenzen, die Verwaltung zu einem bloßen Gesetzesvollzug abzuwerten, sollten bekämpft werden. Daß dem so sein muß, erklärt sich nach meiner Auffassung auch aus der Erkenntnis derjenigen Aufgaben, die ein moderner Industrie- und Sozialstaat zu bewältigen hat und die man mit einer Formulierung, die ich in Abwandlung des Forsthoffschen Terminus vorschlagen möchte, vielleicht den „Verfassungsauftrag zur Wachstumsvorsorge“ nennen könnte. Der moderne Staat muß heute mit allen seinen Mitteln dafür sorgen, daß die wirtschaftliche Potenz nicht nur erhalten bleibt, sondern wächst, daß sein Wirken sich vollzieht in Rationalität und mit hinreichender Effektivität. Aus diesen Notwendigkeiten und Gegebenheiten erklärt sich ebenfalls, daß der moderne Staat die Aufgabe erfüllen muß, die Herr Menzel einbezogen hat in die Erkenntnis „von der gegenwärtig obwaltenden Planungseuphorie“. Obwohl so apostrophiert, scheue ich mich nicht, diese Dinge in Übereinstimmung mit Herrn Herzog hier in den Mittelpunkt zu stellen. Dies nun nicht, um daraus eine weitere Gewalt zu machen, wie die Integrationsgewalt von Herrn Menzel, die mir sehr eingeleuchtet hat, so daß wir den Staat mit einer vierten, mit einer Planungsgewalt ausstatten müßten. Es ist unsere Aufgabe, dafür zu sorgen, daß diese Funktionen in die übliche Dreiteilung eingebettet werden. Wir müssen erkennen, daß das, was der Staat heute planend zu tun hat, im Grunde nichts anderes darstellt als eine durch die soziale Realität gebotene Entfaltungsweise seiner selbst und eine Aufgabe seiner Regierung, seiner politischen Leitung und aller übrigen leitenden staatlichen Organe, einschließlich des Parlaments.

So gesehen, betrachte ich die beiden Referate, wenn ich versuchen wollte, den Bogen unserer wissenschaftlichen Diskussion durch alle Jahre hindurch zu verfolgen, als einen begrüßenswerten Neubeginn, der geeignet ist, den vorhin charakterisierten Tendenzen ein Ende zu setzen, die Exekutive zum Gesetzesvollzug zu degradieren. Wir waren früher zu diesem Punkte nicht vorgestoßen. Ich unterstreiche daher die Feststellung von Herrn Herzog, daß die Radizierung der Planungsaufgabe im Raum, wie sie uns in Erlangen beschäftigt hat, zu eng gesehen war, vor allen Dingen dann, wenn die ganze Problematik a posteriori auch noch vom Rechtsschutz her aufgeäumt wurde — wie ich überhaupt gern ketzerisch sage: wer nur vom Prozeßrecht kommt, ist für das Verwaltungsrecht verdorben. Diese Betrachtungsweise, die wir zum Thema „Raumplanung“ unter der Diskussion erlebt haben, ob die Planung einen Verwaltungsakt oder eine Norm darstelle, war dieser Thematik nicht adäquat. Davon mußten wir uns lösen, und mir scheint, dazu ist heute ein Ansatz geboten, insbesondere in bezug auf alle öffentlichen Aufgaben, die den wirtschaftlichen und den sozialen Bereich mit seinen Verästelungen und Konsequenzen angehen, von denen wir wissen, daß z. B. Aufgaben einer wirtschaftlichen Planung notwendigerweise etwa Fragestellungen der Bildungsplanung einbeziehen, um in großen Zeiträumen, die mit einem Menschenalter von Jahrzehnten rechnen müssen, für den personellen Bedarf solcher Aufgabenbewältigung zu sorgen.

Und noch ein anderer Gesichtspunkt, der mir wesentlich ist: Herr Herzog sprach von supranationalen Übrundungen des Parlaments durch die Exekutive. Damit wird angespielt auf den neuen Stil von Regierung und Verwaltung, wie er sich in den Integrationsverwaltungen entwickelt hat, und auf seine Rückwirkungen auf die nationalen Verfassungsordnungen und die dortigen Methoden der Staatswillensbildung. Ich glaube, der Kern der Sache liegt tiefer. Wir stehen vor der Tatsache, daß für einen Wirtschaftsraum des kleinen Europa, in einer Zusammenfassung von sechs modernen Industrie- und Sozialstaaten in der Integrationsverwaltung der Gemeinschaften, jener Stil moderner Exekutive vorgelebt wird, von dem man annehmen muß, daß er aus der Sache heraus auch derjenige sein müßte, der den nationalen Staatlichkeiten adäquat ist. Was sich im Gemeinschaftsstil vollzieht zur Bewältigung der Aufgaben der Wachstumsvorsorge, halte ich nicht für etwas Fremdes und Abwegiges, gegen das wir unsere nationalen Reserverate des Verfassungsguts mobilisieren müßten, sondern für einen neuen, der Sache angemessenen Stil, von dem wir wahrscheinlich für unsere nationalen Funktionen lernen kön-

nen. Ich weiß, was zu diesem Thema jetzt aus Opposition gesagt werden wird, nämlich: „Der Rechtsstaat geht zugrunde“, „die Demokratie kommt zu kurz“, „das alles ist parlamentarisch nicht abgesichert“, „unsere Grundrechte sind supranational durchsiebt“ und dergleichen mehr.

Ich bin weit entfernt davon, irgendeinem Absolutismus supranationaler Gewalten das Wort zu reden. Ich bin auch der Auffassung, daß der Stil der Aufgabenbewältigung, der dort entwickelt und in den Verträgen fixiert ist, nicht der Weisheit und der Rechtsstaatlichkeit letzter Schluß ist. Aber dieser neue Stil ist doch der Aufgabe adäquater als der, den die nationalen Verfassungen mit ihren überlieferten Formen bereitstellen. Ich stehe also nicht an festzustellen, daß der neue supranationale Stil der Absicherungen und Korrekturen bedarf, möchte aber doch davor warnen, in ihm lediglich Überwindungserscheinungen gegenüber unserer heimischen Methode zu sehen.

Von der Heydte: Nur ein Wort: Ich glaube, ich bin falsch verstanden worden. Ich bin der letzte, der die Eigenständigkeit der Verwaltung dort, wo sie ihrem Wesen nach gegeben ist, leugnet. Ich glaube nicht, daß die Verwaltung nur Exekutive im engeren Sinne des Wortes ist. Aber was ich ablehne und was meines Erachtens dem Wesen der Verwaltung widerspricht, das ist die Annahme einer eigenen, ursprünglichen, generellen Regelungsgewalt der Verwaltung. Die Verwaltung hat andere Aufgaben als die der Normsetzung. Nur dort, wo sie diese ihre Aufgaben erfüllt, ist sie eigenständig; aber dort, wo sie Normen setzt, muß sie abhängig sein vom eigentlichen Normsetzer, das heißt aber: vom Gesetzgeber.

Ipsen: Dazu kann ich nur sagen, daß die wesentlichen Aufgaben der Exekutive, die heute anstehen, eben nicht im Normieren und Regeln bestehen, sondern in anderen Funktionen, so daß die Einwendung, die Herr von der Heydte mir entgeghält, nicht ins Schwarze trifft.

Bachof: Lassen Sie mich nochmals auf die Thesen 1 und 2 von Herrn Vogel zurückkommen. Herr Vogel meint, daß der „Allgemeinheit“ und damit auch dem „allgemeinen“ Gesetz heute kein moralischer Rang mehr zuerkannt werden könne. Ich bin anderer Ansicht. Zwar will ich mich nicht auf philosophische Erörterungen einlassen; auf diesem Glatteis würde ich sehr viel leichter ausrutschen als der Herr Referent oder als Herr Badura. Ich will statt dessen auf eine schlichte Tatsache hinweisen: Es gibt kaum einen Verfassungs- oder Verwaltungsprozeß, in dem nicht — zu Recht oder zu Unrecht —

auf den Gleichheitssatz abgestellt wird. Wie kommt das eigentlich? Das ist ja nicht nur eine Fehlleistung unserer Anwälte, die freilich mitunter nur aus Verlegenheit damit kommen; vielmehr steckt dahinter doch wohl die Tatsache, daß die Gleichheit auch heute noch (und sogar heute mehr denn je!) als ein ganz entscheidendes moralisches und politisches Prinzip empfunden wird. Nun kann ich mir zwar eine „allgemeine“ Regelung vorstellen, die durchaus ungleich ist; aber ich kann mir keine Gleichheit ohne eine vorausgesetzte, geschriebene oder ungeschriebene „allgemeine“ Norm vorstellen, die ja erst konstituiert, was in rechtlich relevanter Weise „gleich“ ist. Schon aus diesem Grund kann man nicht sagen, daß die Allgemeinheit der Norm heute einen geringeren Rang habe als ehemals.

Abgesehen davon ist aber die allgemeine Norm eines der wichtigsten Instrumente politischer Führung. Mit Herrn Badura meine ich: Es liegt im Prinzip gerade der parlamentarischen Demokratie, daß das Parlament jenes Führungsinstrument nicht aus der Hand gibt. Das zeigt der von Herrn von der Heydte angeführte Artikel 70 Abs. 1 der bayerischen Verfassung; es hätte auch auf dessen Abs. 3 hingewiesen werden können, der es dem Parlament ausdrücklich untersagt, das Recht der Gesetzgebung zu übertragen: eine zweifellos aus Reminiszenzen an das Ermächtigungsgesetz geborene Bestimmung. Das gilt auch für Art. 80 GG: Anders als Herr Vogel scheint mir auch diese Bestimmung nicht nur zu besagen: „wenn delegiert wird, dann...“; vielmehr liegt ihr, wenn auch weniger deutlich ausgesprochen als im Art. 70 der bayerischen Verfassung, der Sinn zu Grunde: das Parlament darf auf sein Erstgeburtsrecht bei der Entscheidung wichtiger Fragen von allgemeiner Bedeutung nicht verzichten.

Von daher dann zu Herrn Vogels These 4: Ich teile Herrn Baduras Ansicht, daß Herr Vogel den Gesetzesvorbehalt zu einseitig als Instrument zum Schutz der Individualsphäre sieht. Gewiß hat Otto Mayer den Gesetzesvorbehalt im wesentlichen so gesehen und entwickelt. Aber Institutionen sind eines Sinnwandels fähig und bedürftig, wenn sich die verfassungsrechtliche, politische und soziale Umwelt der Normen und Institute ändert. Ich sehe im Gesetzesvorbehalt heute im wesentlichen eine Garantie dafür, daß das Parlament seine politische Führungsaufgabe nicht aus der Hand gibt. Ich erinnere an die zahlreichen, in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung geführten Diskussionen über die Frage der Erstreckung des Gesetzesvorbehalts auf die Leistungsverwaltung. Immer hat dabei der Gesichtspunkt der parlamentarischen Verantwortung

im Vordergrund gestanden; die Frage nämlich, ob das Parlament, wenn es Regelungen von erheblicher Tragweite der Verwaltung zur gesetzesfreien Erledigung überläßt, nicht auf seine politische Führungsaufgabe unzulässigerweise verzichtet. Ich muß gestehen, mir ist unwohl, wenn ich sehe, daß weite sozialpolitisch wichtige Bereiche überhaupt nicht gesetzlich geregelt sind. Ein uns bekanntes Beispiel ist die Honnef-Förderung, die jährlich zigtausende von Studenten betrifft. Es gibt hier nichts als eine finanzielle Blankettermächtigung im Haushaltsgesetz. Alles andere wird von der Verwaltung geregelt. Ich frage mich: Verfehlt hier der Gesetzgeber nicht seine Aufgabe, wenn er das einfach der Verwaltung überläßt? Ein anderes Beispiel — deshalb interessant, weil es mir zu zeigen scheint, daß auch der Gesetzgeber ein gewisses Unbehagen gegenüber der derzeitigen Situation empfindet — betrifft eine Regelung, die wir ebenfalls alle kennen: die Vorschriften über die Versteuerung der Nebeneinnahmen aus wissenschaftlicher usw. Tätigkeit. Das war jahrzehntelang nur durch eine ministerielle Verwaltungsvorschrift geregelt; d. h. es gab die Blankettnorm im Gesetz, wonach diese Einkünfte mit einem Satz zwischen 10 und 30 % (früher sogar 10 und 40 %) versteuert werden. Man überlege einmal, was das praktisch bedeutet: Ob ich 10 % oder 30 % Steuern zahle, das ist doch ein gewaltiger Unterschied! Da der Gesetzgeber das nicht regelte, sondern es der Verwaltung überließ, wie sie verfahren wollte, so ergab sich daraus für die Verwaltung die Notwendigkeit, die Angelegenheit ihrerseits normativ zu regeln und zu bestimmen, welche Prozentsätze jeweils anzuwenden seien. Sie konnte es ja nicht dem einzelnen Finanzamt überlassen, ob es heute so und morgen so verfahren wollte. Die Angelegenheit erscheint mir aber doch von einer so erheblichen Bedeutung zu sein, daß man sagen muß: Hier hätte der Gesetzgeber oder mindestens der gesetzlich ermächtigte Ordnungsgeber die Regelung treffen müssen. Es ist interessant, daß der Gesetzgeber jetzt, nach Jahrzehnten, im letzten Steueränderungsgesetz die bisher von der Verwaltung getroffene Regelung ohne inhaltliche Änderung ins Gesetz übernommen hat. Das scheint mir ein Anzeichen dafür zu sein, daß den Gesetzgeber ein gewisses Unbehagen beschlichen und daß auch er das Gefühl gewonnen hatte, diese Frage müsse doch wohl gesetzlich geregelt werden.

Um zusammenzufassen: Den allgemeinen Gesetzesvorbehalt müssen wir heute in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Führungsaufgaben des Parlaments sehen. In der Auffassung, daß dieser allgemeine Vorbehalt angesichts der speziellen Gesetzesvorbehalte im Grundrechtsteil heute als Instrument des

Individualrechtsschutzes keine große Rolle mehr spielt und insoweit entbehrlich sein mag, bin ich mit Herrn Vogel einig. Aber der allgemeine Vorbehalt hat eben noch eine andere Funktion. Meine Auffassung begegnet sich mit dem, was Herr Herzog ausgeführt hat. Er hat mit Recht gefordert, daß — in einer nicht näher bestimmten, auch hier und heute wohl nicht näher bestimmbarer Art und Weise — das Parlament in die zentralen Planungen eingeschaltet werden müsse. Etliche dieser Planungen sind ja in der Tat von weit größerer Tragweite als manche zweitrangigen Gesetze. Auch hier handelt es sich also um eine politische Führungsaufgabe, die dem Parlament — jedenfalls mit — obliegt.

Dann noch zu Herrn Vogels These 5, insbesondere zu den Ausführungen von Herrn von der Heydte und Herrn Schumann. Ich bin nicht sicher, ob Herrn von der Heydtes Differenzen mit Herrn Ipsen und mit Herrn Vogel jetzt wirklich ausgeräumt sind. Ich glaube, das hängt davon ab, was man unter der „ursprünglichen“ Regelungsgewalt versteht. Das scheint mir bis jetzt noch nicht ganz deutlich geworden zu sein. An zwei Tatsachen können Sie, Herr von der Heydte, doch nicht vorbeigehen: Erstens, daß wir seit langem eine derartige „Regelungsgewalt“ der Verwaltung bereits haben oder uns jedenfalls der Tatsache gegenübersehen, daß allgemeine Regelungen durch die Verwaltung getroffen werden, und zwar weithin ohne gesetzliche Ermächtigung; und zweitens, daß wir aus praktischen Gründen auf allgemeine Regelungen durch die Verwaltung gar nicht verzichten können. Es bleibt daher eigentlich nur zu fragen, wann für solche Regelungen eine förmliche Delegation nach Art. 80 GG erteilt werden muß und wann nicht. Eine solche Delegation läßt ja auch die bayerische Verfassung durchaus zu. Man kann aber fragen, ob wirklich sehr viel damit gewonnen ist, wenn wir verlangen, daß in jedem Falle einer allgemeinen Verwaltungsregelung eine förmliche gesetzliche Delegation vorliegen muß. Denn ein solches Gesetz kann und wird oft auch nicht viel mehr sagen, als daß eben delegiert wird; zumal ja Inhalt, Zweck und Ausmaß der delegierten Befugnis nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch relativ vage Zielrichtungsklauseln festgelegt werden dürfen, oft auch gar nicht viel bestimmter festgelegt werden können.

Wir haben also generelle Regelungen durch die Verwaltung seit langem. Es geht Herrn Vogel in These 5 wohl mehr um die richtige dogmatische Einordnung dieser Regelungen als um eine Erweiterung der Regelungsbefugnis. Bei dieser dogmatischen Einordnung bewegen wir uns heute noch auf den

Krücken des Art. 3 GG und der Selbstbindung des Ermessens, was beides auf dasselbe hinausläuft. Es fragt sich deshalb, ob man nicht ehrlicher ist, wenn man sagt: diese Verwaltungsregelungen sind echte Rechtsnormen. Es ist darauf hinzuweisen, daß es schon etliche Gerichtsurteile (auch aus älterer Zeit) gibt, die das längst getan haben. Schon das Reichsgericht hat — als höchstes Gericht in der glücklichen Lage, das nicht näher begründen zu müssen — längst vor dem Grundgesetz die Beihilfengrundsätze des Reichsinnenministers schlicht und einfach als Rechtsnormen bezeichnet; es hat gesagt, sie seien zwar keine Rechtsverordnungen, aber sie seien auch keine bloß verwaltungsinternen Anweisungen, es seien eben „Rechtsnormen“ — Rechtsnormen sui generis sozusagen. Und der Bad.-Württ. Verwaltungsgerichtshof hat beispielsweise Schulplanregelungen des Kultusministeriums — auch sie ohne gesetzliche Ermächtigung erlassen — als Rechtsnormen angesehen und deswegen der Normenkontrolle des § 47 VwGO unterstellt. Es geht hier also wirklich, glaube ich, nicht so sehr um einen Unterschied in der Sache oder um die Frage, ob wir eine Regelungsbefugnis der Verwaltung überhaupt akzeptieren wollen oder nicht — es bleibt uns gar nichts anderes übrig, als das zu tun —, sondern es geht nur um die richtige dogmatische Einordnung der Befugnis. Wenn die Gerichte sich weitgehend noch scheuen, jene Regelungen als Rechtsnormen anzusprechen, und wenn sie deren Verbindlichkeit stattdessen traditionell über Art. 3 GG begründen, so hängt das mit der der Tradition und der Kontinuität nun einmal verhafteten Arbeitsweise der Gerichte zusammen. Ein Richter wird eher geneigt sein, überliefertes Gedankengut behutsam und schrittweise ab- und umzubauen, als dies auf einmal und im Wege einer radikal neuen Theorie zu tun, mit der er oft weder bei seinen Senatskollegen noch bei den Normadressaten ankommt. Ich ertappe mich nicht selten dabei, daß ich als Richter anders und viel konservativer argumentiere als als Wissenschaftler: weil ich als Richter so argumentieren muß, wenn ich mir Gehör verschaffen will.

Winkler: Meine Herren! Es wäre reizvoll, zu dem ganzen Vortrag von Herrn Vogel Punkt für Punkt Stellung zu nehmen, nur läßt es die Zeit nicht zu.

Ich möchte zunächst einmal — etwas provokant — sagen: Die Planung ist nicht wesensgemäß Aufgabe der Verwaltung; sie kann auch Aufgabe des Gesetzgebers sein. Warum sollte der Gesetzgeber der Verwaltung für die Planaufgaben nicht Grundsatz und Rahmen geben können. Ich fasse das als eine rechtspolitische Frage auf; verfassungsrechtlich ist das bei uns

eigentlich ohnedies klargestellt. Sie werden mir nun entgegenhalten: Natürlich, das sagt ein Österreicher vom Standpunkt einer sehr verengten Legalitätsauffassung und vielleicht auch von dem Standpunkt jemandes, der zwischen Regierung und Verwaltung nicht unterscheidet, im Gegensatz zur deutschen Lehre.

Eine weitere Anmerkung: Selbst für Österreich möchte ich die Aufhebung des Gesetzesvorbehalts nicht annehmen, sondern nur im Sinne Bachofs sagen, daß der Gesetzesvorbehalt eine Wandlung erfahren hat. Ich kann hier also Herrn Vogel nicht zustimmen.

Im übrigen aber habe ich Herrn Vogel bewundert, wie er sich zunächst von den geistigen Wurzeln des geltenden Verfassungsgefüges sachte entfernt hat, wie er schließlich seine Zuflucht in der Verfassung gesucht hat und meisterlich die Verfassungskonzeption vor unseren Augen völlig aufgelöst hat, gar keine Struktur mehr übriggelassen hat, so daß in dem barocken Schmuck, den er darbot, gewissermaßen die Gestalt des Gebäudes untergegangen ist. Es braucht daher nicht zu verwundern, daß er dann sehr darum bemüht war, aus einer Fülle von tatsächlichem, zum Teil auch sozial- und rechtspathologischem Material neue legitimierende Gründe für seine These zu suchen, daß die Verwaltung doch eine dritte Gewalt ist. Nur diese These möchte ich wirklich teilen und unterschreiben, selbst vom Gesichtspunkt unseres Verfassungskonzeptes aus.

Gestatten Sie mir noch eine Bemerkung. Ich meine, daß man einem Fehler anheimfällt, wenn man nur sehr scharf zwischen den Gewalten unterscheidet und völlig vergißt, daß mit dem Konzept der Gewaltentrennung von allem Anfang auch die Gewaltverbindung mit vollzogen war. Wenn man das bedenkt, dann sind viele Feststellungen des Herrn Vogel in einem anderen Licht zu sehen, als es hier zutage getreten ist.

Meissner: Meine Herren, gestatten Sie mir eine kleine Bemerkung zum Problem des Sachverstandes, und zwar aus der eigenen praktischen Erfahrung, die ich in sieben Jahren Bundesdienst gesammelt habe. Herr Kollege Herzog hat davon gesprochen, daß die Verwaltung besonders gut mit Sachverstand ausgestattet ist, so daß sie dem Parlament weit überlegen sei. Ich glaube, daß die Dinge in der Praxis doch wesentlich anders aussehen und wir daher diese Problematik differenzierter sehen sollten. Sicher hat die Verwaltung Einfluß auf Entscheidungen, die vom Parlament, von der gesetzgebenden Gewalt, getroffen werden, aber alle ihre Entwürfe

schließen ja nicht aus, daß die letzte Entscheidung bei den zuständigen Ausschüssen, bei den Fraktionen liegt. Das haben wir in der auswärtigen Verwaltung des öfteren in der Praxis erleben können. Vergessen Sie nicht, daß die Bürokratie doch in der „Furcht des Herrn“ lebt und daß der Einfluß von Interessenverbänden dann am wirksamsten ist, wenn ein Bundestagsabgeordneter den Interessenvertreter unterstützt und versucht, von seiner Seite aus Einfluß auf die Exekutive zu nehmen. Ich habe selber auf Grund meiner Erfahrungen den Eindruck, daß das eigentliche Problem eher darin liegt, daß der Sachverstand im Rahmen der Exekutive nicht immer richtig eingesetzt wird. Es hilft natürlich nichts, wenn man Spezialisten für bestimmte Fragen hat und sie in ganz anderen Bereichen verwendet, wie dies z. B. im auswärtigen Dienst des öfteren der Fall ist. Ich darf ferner anknüpfen an das, was hier von Herrn Ipsen gesagt worden ist: Wir stehen vor ungeheuer komplizierten Aufgaben, denn unser Staat hat es mit einer vollentwickelten Industriegesellschaft zu tun. Es fiel mir gestern auf, daß dieser Ausdruck bisher überhaupt nicht gefallen ist: Wir sprachen die ganze Zeit idealtypisch von einer Gesellschaft und ihrem Verhältnis zum Staat; tatsächlich haben wir es aber mit dem Verhältnis des modernen Staates zu einer Industriegesellschaft zu tun. Soviel wir von den großen Staatsdenkern, angefangen von Aristoteles und Plato bis Kant und Hegel, lernen können, so haben sie doch diese Gesellschaftsformation nicht gekannt. Auch Karl Marx und seine Zeitgenossen haben nur die Anfänge der Industriegesellschaft erlebt. Herr Kollege Ipsen hat diese Problematik mit der Bemerkung „Industrie- und Sozialstaat“ gemeint. Wir können ruhig bei dem Begriff „freiheitlich-demokratischer Rechts- und Sozialstaat“ im Einklang mit dem Grundgesetz bleiben. Aber dieser Staat muß den Erfordernissen der modernen Industriegesellschaft adäquat sein. Es kommt infolgedessen entscheidend darauf an, daß in allen Bereichen und in sehr starkem Maße auch in der Exekutive der Sachverstand erweitert und aktiviert wird und vor allem richtig zum Einsatz gelangt; denn nur dann werden wir von einer modernen Staatsgestaltung sprechen können.

Ehmke: Meine sehr verehrten Herren Kollegen! Als Danziger lege ich immer besonderen Wert auf hanseatische Gleichberechtigung mit meinem Hamburger Kollegen Ipsen. Aber ich muß sagen, daß mein Selbstbewußtsein doch schwer davon getroffen worden ist, daß ausgerechnet auf bayerischem Boden und ausgerechnet von Herrn von der Heydte der Vorwurf erhoben worden ist, man bewege sich mit Vorstellungen, die ich

teile, etwas außerhalb der Legalität. Die Frage der Regelungsbefugnisse der Verwaltung muß auf dem Hintergrund der Tatsache gesehen werden — Herr Bachof hat schon darauf hingewiesen —, daß wir einen großen Bereich von Regelungsbefugnissen der Verwaltung haben. Das fängt mit der Organisationsgewalt an und geht über die sog. besonderen Gewaltverhältnisse in die Verwaltungsverordnungen und die Verwaltungsanweisungen. Herr Bachof und Herr Vogel, Ihre Argumentation hierzu überzeugt mich nicht. Die Tatsache, daß über Art. 3 GG das Ermessen gebunden wird, erklärt oder rechtfertigt nicht die Tatsache, daß die Verwaltung in diesem Bereich tatsächlich weitgehende Regelungsbefugnisse hat. Im Gegenteil: Die Bindung an Art. 3 GG macht aus der Regelungsbefugnis eine Rechtsetzungsbefugnis, wirkt also beinahe in entgegengesetzter Richtung, so daß sie nichts zur Erklärung der Regelungsbefugnis beiträgt. Herr Vogel, ich halte Ihren diesbezüglichen Versuch offen gesprochen für ein totgeborenes Kind. Denn auf der einen Seite, bei der positiven Ermessensbindung, erklärt er die Regelungsbefugnis nicht, und von der belastenden Ermessensbindung sagen Sie selbst, daß sie nichts ändert, sondern die Dinge nur innerhalb der Verwaltung verschiebt. Vom Grundproblem her gesehen — worin ist die Regelungsbefugnis der Verwaltung begründet? — kommen Sie mit dieser Erklärung nicht durch, zumal Sie die Rechtsprechung sowieso sehr vereinfachend für sich in Anspruch genommen haben. Und auch beim Plan geht es doch fraglos um Normsetzungs- und Regelungsbefugnisse. Ich bin also der Meinung, man kann diese Tatsache, daß die Verwaltung Regelungsbefugnisse hat, weder nach der einen noch nach der anderen Seite wegdiskutieren.

Mein methodischer Einwand gegen Sie, Herr Vogel, wäre, daß Sie mit dem Frühkonstitutionalismus angefangen haben — darüber wollen wir jetzt nicht streiten, das wird endlos — dann aber gleich aufs positive Recht überggesprungen sind. Die Zwischenstufe hat gefehlt. Es wäre doch heute Aufgabe der Verfassungstheorie — Herr Badura hat es schon gesagt —, eine neue Lehre zu entwickeln, was eigentlich im demokratischen Rechtsstaat dem Gesetzgeber zusteht. Das führt meines Erachtens — da stimme ich mit Herrn Badura und Herrn Bachof überein — zur Frage des politischen Gesetzesbegriffes, wobei man sich dann wirklich davon lösen muß, Gesetzgebung mit Rechtsetzung gleichzusetzen. Die Frage lautet: Was muß im parlamentarischen demokratischen Staat vom Gesetzgeber geregelt werden? Welcher „Gesetzesbegriff“ gilt heute? Und was ist die theoretische Begründung der Anerkennung von Regelungsbefugnissen der Verwaltung? Diese beiden wesent-

lichen theoretischen Fragen, die eine große praktische Bedeutung haben, sind offengeblieben. Sie müßte man doch neu beantworten. Wir müssen hier zu einer Abgrenzung kommen, eventuell auch — wie Herr Herzog es für die Planung gesagt hat — zu einem neuen Miteinander, wobei aber auch klar gestellt werden muß, was der eine und was der andere zu tun hat.

Zum Schluß noch ein praktischer Gesichtspunkt: Wir haben uns auf dem letzten Juristentag sehr eingehend über die Funktionsunfähigkeit des Parlaments unterhalten. Da ist viel zu tun. Aber ich muß Herrn Meissner doch sehr zustimmen: Es besteht immer der Eindruck, bei der Verwaltung wäre alles in Ordnung. Dabei ist die deutsche Verwaltungsstruktur mindestens so altmodisch wie die Parlamentsstruktur, und ich kann eigentlich den Satz von unserem verehrten Kollegen Erich Kaufmann: „die Verwaltung schläft nie“ nur als einen bewundernswerten Ausdruck des Optimismus des 19. Jahrhunderts begreifen.

Vogel: Herr Ehmke, das „totgeborene Kind“ verzeihe ich Ihnen, weil ich von Ihnen höre, daß Sie Danziger sind und weil ich — aus gewisser Kenntnis der neueren Literatur — weiß, daß man in Danzig offenbar gelegentlich recht gern etwas drastischer formuliert. Zu Ihrer Forderung nach einer Verfassungstheorie scheint mir offen zu bleiben, auf welcher Grundlage Sie eine solche materielle Verfassungstheorie aufbauen wollen, wenn Sie nicht zunächst einmal von dem ausgehen, was uns an positivrechtlichen Regelungen an die Hand gegeben ist. Wir kommen, meine ich, nicht darum herum, als erstes rein empirisch den uns vorgegebenen Verfassungsbestand zu ermitteln — und darauf aufbauend können wir dann vielleicht eine Verfassungstheorie entwickeln. So jedenfalls versuche ich, meinen Ansatz zu legitimieren, der nach dem Scheitern des ersten theoretischen Versuchs gleich zu den Fakten, zur Untersuchung des positiv geltenden Rechts, übergeht. Daß ich hierbei die Rechtsprechung nur mit einem sehr breiten Pinsel malen wolle, habe ich von vornherein ausdrücklich für mich in Anspruch genommen. Eine verfassungstheoretische Einordnung der in dieser Weise beobachteten Fakten habe ich dann — zumindest andeutend — in meiner Schlußbemerkung versucht.

Hollerbach: Meine Diskussionsbemerkung kann an die Voten von Herrn Badura, von Herrn Bachof und insbesondere auch von Herrn Ehmke anknüpfen.

In den Ausführungen von Herrn Vogel zu seiner These 2, aber angelegt schon in These 1, verbirgt sich — wie ich glaube —

eine die Sache nicht ganz adäquat erfassende Engführung, um nicht zu sagen: ein Kurzschluß. Herr Vogel behauptet, die Abgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung habe ihren prinzipiellen Charakter verloren, da es von den philosophischen Grundlagen des Gegenwartsdenkens aus nicht mehr möglich sei, dem allgemeinen Gesetz einen moralischen Rang zuzuerkennen. Wenn wir einmal unterstellen, daß das allgemeine Gesetz oder die Allgemeinheit des Gesetzes keinen moralischen Rang mehr besitzt, so ist damit doch sicherlich nicht notwendig verbunden der Verlust des verfassungstheoretischen, des verfassungspolitischen und des verfassungsrechtlichen Ranges der Allgemeinheit, oder — etwas vergrößernd ausgedrückt: Prinzipiell im Sinne Ihrer Terminologie ist doch offenbar nicht nur das, was sich in der Sphäre der Moral oder der Sittlichkeit legitimieren läßt.

Darüber hinaus hat sich Herr Vogel wohl zu sehr von der Entgegensetzung Allgemeinheit — Besonderheit leiten lassen. Wir kennen aber doch noch einen ganz anderen Begriff von allgemeinem Gesetz, von der Allgemeinheit des Gesetzes, nämlich den der substantiellen Allgemeinheit im Sinne des für das politische Gemeinwesen Wichtigen, Grundlegenden und Richtungweisenden. Das ist nun schon mehrfach angeklungen. Ich glaube, es genügt dafür, insbesondere auf die dogmenhistorische Arbeit von Herrn Böckenförde zu verweisen. Dieser Begriff der Allgemeinheit, in dem der Begriff der Öffentlichkeit ein wesentlich mitkonstituierendes Moment ist, hat meines Erachtens auch heute noch seine Bedeutung nicht völlig verloren; im Gegenteil, ich möchte meinen, daß allein von hier aus die Brücke zum demokratischen Strukturprinzip unserer Verfassung geschlagen werden kann und muß und daß nur dann eine verfassungstheoretische Legitimation des Prinzips des Vorrangs des Gesetzes einschließlich des Prinzips des Vorrangs der Verfassung gelingt, worum sich Herr Vogel eigentümlicherweise gar nicht bemüht hat, wenn ich recht zugehört habe. Diese Konzeption bietet — das muß zugegeben werden — keine völlig klare und einfach applizierbare Formel für die Abgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung, aber sie bemüht sich, das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes nicht in eine formalistische Leere absinken zu lassen, sondern jedenfalls tendenziell oder — wenn Sie so wollen — topisch von bestimmten Aufgaben und Problemen her jenen Bereich zu umschreiben, dessen sachliche Bewältigung dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen und aus Gründen verfassungstheoretischer Einsicht aufgetragen ist. Dabei wäre dann freilich das von Herrn Herzog so deutlich artikulierte Problem des Zusammenwirkens von

Parlament und Regierung etwa im Bereich der Planung mitzubehandeln.

Vielleicht darf ich noch eine kurze Bemerkung machen zu den von Herrn Vogel angesprochenen philosophischen Grundlagen des Gegenwartsdenkens, soweit das für unser Problem von Belang ist. Die Darlegungen von Herrn Vogel zu diesem Punkt konnten ja den Anschein erwecken, als ob der Begriff der Allgemeinheit zugunsten eines reinen Konkretizismus oder eines gewissermaßen pointillistischen Perspektivismus zur Abdankung gezwungen wäre. Ich nenne als Stichworte, die uns näher stehen, etwa „Situationsethik“, „Situationsjurisprudenz“. Das klingt doch jedenfalls hier an. Und vielen von Ihnen wird etwa die Formel von Weischedel gegenwärtig sein, der in seiner Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einmal von der „ungewissen Gewißheit des Gewissens“ als dem einzigen Fixum gesprochen hat. Ich frage mich aber — um eine Formel, die auch Herr Vogel gebraucht hat, aufzugreifen: Ist damit, mit einer solchen Formulierung, die die gegenwärtige Situation in ein Extrem hineinführt, wirklich noch ein Hund hinter dem Ofen hervorzulocken? (Ich weiß, Sie haben die Formel von Max Müller aufgenommen.) Ich möchte viel eher — und darauf kommt es mir an — einen positiven Aspekt der philosophischen Denkbemühungen hervorkehren, nämlich die zum Teil wiedergewonnene und zum Teil neu durchdachte Einsicht in die notwendige Verschränkung von Allgemeinheit und Besonderheit. Denn es scheint mir doch wirklich dabei zu bleiben: Das Besondere, das Einzelne, ist nur das Besondere eines Allgemeinen, freilich nicht ein einfach subsumierbarer oder deduzierbarer Fall. Und ich würde sagen, zwischen Allgemeinheit und Besonderheit besteht eine — wie man es vielleicht nennen könnte — deontologische Differenz, eine Differenz zwischen Prinzip und konkretem Imperativ; aber das eine ist nicht ohne das andere.

Zacher: Meine verehrten Kollegen! Zunächst möchte ich zwei Anmerkungen machen, zwei Ergänzungen. Ich möchte es nicht den Referenten zum Vorwurf machen, daß sie das nicht gebracht haben; aber ich glaube, es muß doch kurz konstatiert werden. Das eine ist, daß beide Referate die Verwaltung als ein ungeteiltes Ganzes gesehen haben und daß wir uns doch mit den Problemen der bundesstaatlichen Gliederung und vor allem der Selbstverwaltung gerade im Hinblick auf die Funktion des Gesetzes sehr auseinanderzusetzen haben. Ich will das nicht vertiefen, ich möchte nur ergänzend darauf hinweisen. Das andere sind die ausdrücklichen Gesetzesvorbehalte, die wir in der Verfassung sehr unsystematisch finden, die uns aber

eigentlich immer wieder den Schlüssel dafür in die Hand geben, welche politische Funktion der Gesetzesbegriff hat. Gerade das Kreuz und Quer der ausdrücklichen besonderen Gesetzesvorbehalte in der Verfassung zeigt ja immer wieder, wie der Verfassungsgeber über den Vorbehalt des Gesetzes die Kompetenzstruktur zu beeinflussen sucht, und soweit unsere Erörterungen hier verfassungsdogmatisch und nicht verfassungspolitisch sein sollen, müssen sie sich daran halten. Ich denke hier vor allem an die Beziehung der Planungsfragen zur Kompetenz zum Haushaltsgesetz. Wir dürfen nicht die schöne Hoffnung hegen, neue Institutionen im Sinne einer langfristigen Planung schaffen zu können, wenn dann der Haushaltsgesetzgeber alle Jahre noch einmal entscheiden muß.

Die beiden Probleme, die uns heute wohl alle am meisten beschäftigen, sind der Allgemeinvorbehalt des Gesetzes und die Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung — die beiden Probleme, die Herr Vogel so eindrucksvoll aufgerissen hat. Es ist ja außerordentlich erstaunlich, nachdem wir jahrelang darüber diskutiert haben, ob der Gesetzesvorbehalt nicht universalisiert werden soll, daß man sich nun mit solcher Einmütigkeit mit der Erklärung von Herrn Vogel zufrieden gibt, daß die Grundrechte in die Rolle des Gesetzesvorbehalts eingetreten sind. (Verneinende Zurufe!) Bis jetzt hatte ich noch keinen Widerspruch gehört, deshalb hatte ich auf Einmütigkeit geschlossen. Dann möchte ich das mit der Einmütigkeit zurückstellen.

Ich frage mich nicht, ob wir doch den Gesetzesvorbehalt universalisieren sollen; ich glaube nicht, daß wir das sollen. Aber ich frage mich, ob die Grundrechte das wirklich leisten können, was ihnen Herr Vogel ansinnt, wenn sie in die Rolle des Gesetzesvorbehalts eintreten sollen. Ich glaube zwar, daß die Grundrechte das heute materiell ausfüllen, was im 19. Jahrhundert die Freiheits- und Eigentumsformel zum Ausdruck bringen wollte, daß wir also den Gegenstandsbereich eines Allgemeinvorbehalts des Gesetzes heute aus den Grundrechten ableiten können. Aber die ganz verschiedene Widerstandsfähigkeit der Grundrechte gegenüber dem Gesetz und die schreckliche Plage, die wir mit dieser verschiedenen Widerstandsfähigkeit, mit dem differenzierten Verhältnis der Grundrechte zum Gesetz, haben, schreckt mich doch ab, die praktisch so notwendige Formel vom Allgemeinvorbehalt des Gesetzes mit diesen Schwierigkeiten in eins zu setzen und alles, was wir etwa bei Mangoldt-Klein nachlesen können über die Schrankensystematik, hereinzunehmen in den Allgemeinvorbehalt des Gesetzes. Doch auch das ist nicht mein letztes Bedenken; darüber habe ich auch heute noch nicht genug nachdenken können.

Mein gewichtigstes Bedenken ist, daß ich glaube, wenn wir den Vorbehalt des Gesetzes durch die Grundrechte ablösen, daß wir dann in Schwierigkeiten kommen mit der positiven Funktion, mit dem Entfaltungsauftrag der Grundrechte. Gerade beim Eigentumsgrundrecht erweist sich das ganz deutlich. Das Eigentumsgrundrecht ist ja in erster Linie ein Auftrag an den Gesetzgeber, das Eigentum zu entfalten. Und bis jetzt legte dahinein der Allgemeinvorbehalt einen Schnitt. Wenn der Eingriff kam, dann wußten wir ganz bestimmt: das erfordert ein Gesetz. Hingegen wenn die Verwaltung ohne den Gesetzgeber positiv etwas für den Eigentümer getan hat, dann haben wir dieses Bedenken nicht gehabt. Wir müssen uns also fragen, ob wir das jetzt im Wege der Auslegung in das Grundrecht aus Art. 14 GG aufnehmen wollen. Allgemeiner lautet diese Frage, ob es sinnvoll ist zu sagen: den alten Allgemeinvorbehalt gibt es nicht mehr; aber es gibt den neuen, nämlich den, der in den Grundrechten steht. Eine andere Alternative, glaube ich, haben wir nicht. Soviel also zum Allgemeinvorbehalt des Gesetzes.

Nun noch zur Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung: Hier möchte ich zunächst einmal ausrufen: Endlich, endlich wurde offen ausgesprochen, daß auch in der Verwaltung Recht gesetzt wird — ich möchte lieber sagen: Normen gesetzt werden. Aber auf der anderen Seite möchte ich mit Herrn Ehmke sagen: Jetzt beginnt erst das Problem; wir müssen jetzt erst differenzieren. Wir dürfen nicht zu einer totalen Promiskuität der Rechtsetzungskompetenzen kommen, sondern wir müssen jetzt fragen: Wer darf was? Und hier möchte ich zunächst einmal sagen: Ein Primat des Gesetzgebers, eine Vermutung für den förmlichen Gesetzgeber ist schon einmal etwas. Die Verwaltung ist in einer Ausnahmekompetenz. Und jetzt stellt sich die Frage: Wo kommen diese Ausnahmen her? Zunächst einmal durch ausdrückliche Zuweisungen durch die Verfassung — wir haben sehr wenige heutzutage, Art. 119 GG etwa —, dann durch die gesetzliche Ermächtigung, die die Verfassung zuläßt — Problem des Art. 80 GG —; dann haben wir einige historische Überbleibsel, das was Herr Wolff so verdienstlich als den Bereich der Sonderverordnung ans Licht gehoben hat. Hier glaube ich, Herr Vogel, — vielleicht tue ich Ihnen Unrecht — haben Sie die Bedeutung des Phänomens der Sonderverordnung doch etwas überschätzt. Wir müssen das, glaube ich, als ein historisches Liquidationsproblem ansehen. Die Verfassung hat das nicht angesprochen, hat es nicht kritisiert. Wir wissen aber, daß es sich um Rechtssetzungsakte handelt. Aber weil die Verfassung es nicht kritisiert hat, darum lassen wir es weiterhin zu. Aber das sind doch, glaube ich, Dinge, die auf ihren historischen Bestand eingefroren sind und die wir nicht mehr dyna-

misch, nicht mehr abstrakt definieren können, nicht mehr dynamisch fortentwickeln können. Also der Bereich der Sonderverordnung leistet nichts dafür, daß wir jetzt sagen: die Verwaltung hat eine allgemeine Rechtsetzungskompetenz. Vielmehr ist er eine Unterstellung in der Verfassung, die wir neben den Art. 119 und 132 GG setzen dürfen, also als ungeschriebenen Zusatz neben die geschriebenen verfassungsunmittelbaren Rechtsetzungsermächtigungen an die Verwaltung.

Das eigentliche, das bleibende Problem sind doch die Verwaltungsanweisungen, die Amtsführungsanweisungen innerhalb der Verwaltung. Auch sie sind Rechtsnormen — jedoch mit sehr begrenztem Adressatenkreis und sehr spezifischer Sanktion. Nun verlockt es natürlich, in ihnen undifferenziert allgemeinverbindliche Rechtssätze zu sehen. Herr Bachof hat ja die entsprechenden Belege zur Beihilferechtsprechung gebracht. Zum § 839 BGB läßt sich das sehr weit zurückverfolgen unter dem Titel, daß ja die Verwaltung eine Amtspflicht hat, die Verwaltungsanweisungen zu befolgen. Art. 3 GG schafft heute als Umschaltnorm für alle Verwaltungsanweisungen eine gewisse Außenwirkung. Das alles verlockt zu sagen, das sind doch eigentlich Rechtssätze wie alle anderen auch. Aber die Verwaltung will keine allgemeinen Rechtssätze schaffen und sie soll auch gar keine schaffen. Und wir haben ein ungutes Gefühl, wenn hier innerhalb der Verwaltung, aus der Verwaltung heraus — wie beim Honnefer System — bleibende Ordnungssysteme erwachsen. Wir haben ein Illegitimitätsbedenken, daß das doch so nicht stimmen kann. Ich glaube, daß wir hier noch auf materielle Kriterien hinauskommen müssen. Wir dürfen nicht ohne weiteres sagen: das sind allgemeine Rechtssätze, die gegen jedermann verbindlich sind. Sondern wir müssen in Art. 3 GG, in § 839 BGB (und Art. 34 GG natürlich) und in den Entscheidungen, die in anderen Zusammenhängen in Verwaltungsanordnungen unmittelbar allgemeine Rechtssätze sehen, Sanktionen gegen eine Fehlentwicklung in der Verwaltung sehen, und zwar in zwei Richtungen. Das eine Mal in der Richtung, daß wir aus der Verwaltungsanordnung erkennen: Was tut die Verwaltung immer, was hätte sie tun müssen; hier wich sie im Einzelfall ab; also ist das ein Indiz, daß sie zu Unrecht abgewichen ist und etwas nicht getan hat, was sie hätte tun sollen. In der anderen Richtung aber dann eine Sanktion, wie wir sie gerade bei den Beihilfegrundsätzen hatten und bei Honnefer sicher bekommen werden. Sie basiert auf dem Urteil: Hier hat die Verwaltung einen Regelungsauftrag übernommen, der eigentlich dem Ge-

setzgeber zustünde. Es verträgt sich nicht mit der rechtsstaatlichen Ordnung, daß hier bloße Verwaltungsanordnungen im Raum bleiben. Also: Bis der Gesetzgeber eingeschritten ist, halten wir das für die „gesetzliche“ Ordnung. Ich glaube, das sind Metastasen der Kompetenzverteilung. Aber wir dürfen daraus nicht unmittelbar schließen, daß die Verwaltung eine allgemeine Rechtsetzungsbefugnis hat.

Herrfahrdt: Ich hatte zu Anfang, als ich die Thesen 1 und 2 von Herrn Vogel las, dasselbe Gefühl, wie es schon Herr Badura und Herr Schaumann zum Ausdruck gebracht haben. Ich war befremdet darüber, daß hier anscheinend völlig verzichtet werden sollte auf alle metajuristischen Maßstäbe und die Entscheidung ganz der positivistischen Gesetzesauslegung überlassen bleiben sollte. Ich habe nachher gemerkt — Herr Vogel hat es auch gegenüber Herrn Schaumann betont —, daß es so kraß nicht gemeint ist. Aber damit bleiben meine Bedenken gegen diese Formulierung in These 1 und 2 bestehen.

Zum 1. Punkt, daß allgemeine Normen keinen moralischen Rang mehr haben: Es ist trotz der starken Veränderung, vor allem dem Komplizierterwerden der Verhältnisse, doch das bestehen geblieben, daß allgemeine Normen ein wesentliches Mittel sind, gegen Willkür zu schützen (Radbruch: Rechtsicherheit im Gegensatz zu Gerechtigkeit). Herr Vogel hat insofern recht: Wir können uns nicht mehr mit diesen einfachen Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts, der Montesquieuschen Gewaltenteilungslehre, begnügen. Vor allem ist das Parlament heute nicht mehr der wesentliche Hüter des Rechtsstaates. Das ist in viel höherem Maße die Rechtsprechung, aber auch die Verwaltung selber. Wenn in komplizierten Dingen (Steuerrecht, Straßenverkehrsordnung) ein neuartiger Fall vorkommt, dann sucht man auch in einer reinen Verwaltungsentscheidung eine Begründung, die auch für künftige Fälle gilt, so daß man über das Gesetz hinaus zu einer möglichst allgemeingültigen Norm kommt. Das ist — von unserer deutschen Entwicklung her — gar nichts Besonderes. Bei uns ist ja niemals das Parlament der Schützer des Rechtsstaates gewesen; bei uns ist der Rechtsstaat, vor allem der preußische Rechtsstaat älter als die Parlamente. Er hat seine Vorstufe darin, daß Friedrich Wilhelm I. zur Verhütung von Willkür seine Beamten an strenge Instruktionen band, woraus dann im Allgemeinen Landrecht Rechtsnormen geworden sind.

In These 2 sagt Herr Vogel: „Von den philosophischen Grundlagen des Gegenwartsdenkens aus ist jene Auffassung (also von dem moralischen Rang allgemeiner Normen) nicht mehr möglich.“ Ich glaube, Herr Vogel, Sie sagten, die heutige Wert-

philosophie kommt nicht zu allgemeingültigen Normen. Daß das außerordentlich schwer ist, zu allgemeingültigen Normen zu kommen, ist ja richtig. Aber Sie denken wohl hauptsächlich an die Betonung der Einmaligkeit in der heutigen Existenzphilosophie. Auf das Recht angewandt, da kann man wieder mit Radbruch sagen: Gerechtigkeit können wir niemals von allgemeinen Normen her erfassen, aber Rechtssicherheit doch auf jeden Fall. Das ist das handfeste „Nahziel“, wie es Radbruch ausdrückt, in der Rechtspflege, im ganzen Staatsleben überhaupt.

Am meisten habe ich Bedenken gegen die Betonung des positiv geltenden Verfassungsrechts. Ich glaube, Sie haben es tatsächlich dann auch gar nicht so gemacht, daß Sie etwas aus dem Verfassungsrecht herausgeholt haben, sondern Sie haben metajuristische Wertmaßstäbe aufgezeigt und diese möglichst immer an Begriffe des Grundgesetzes angeknüpft. Das kann man leicht; denn das Grundgesetz hat nun einmal — vor allem andeutungsweise — eine unendliche Vielfalt von Wertungen. Die Bedenken, die man früher gegen die sogenannte zivilistische Methode geltend machte, daß wir eine Verfassung so auslegen, wie wir das etwa vom Bürgerlichen Gesetzbuch gewohnt sind, diese Bedenken gelten heute in noch höherem Maße. Verfassungen sind nicht so entstanden wie etwa das Corpus Juris, das Bürgerliche Gesetzbuch aufgrund jahrhundert- oder jahrtausendelanger Erfahrung, sondern Verfassungen entstehen unter pathologischen Verhältnissen, aus einer Augenblicksstimmung, aus einem Pendelausschlag, auf den ein Pendelausschlag der anderen Seite folgt. Das ist beim Bonner Grundgesetz in höchstem Maße der Fall — pathologische Zusammenbruchsstimmung und der Zeitdruck, bei dem man gar nicht dazu kommen konnte, die Dinge redaktionell richtig auspendeln zu lassen.

Wenn wir also zu einer neuen Verfassungstheorie kommen wollen — und das ist meines Erachtens dringend nötig —, dann muß das auf einer Überprüfung unserer bisherigen Wertmaßstäbe beruhen, gehört also in die metajuristische Ebene. Zu Dingen wie Nationalsozialismus und Kommunismus kann man einfach nicht von unseren bisherigen Wertmaßstäben her zu einem Urteil kommen, am allerwenigsten von der Humanitätsphilosophie der Aufklärung. Insofern haben Sie damit wieder recht, wenn Sie sagen: Diese Dinge passen alle heute nicht mehr, diese einfachen Formeln, mit denen man das im 18. Jahrhundert gesehen hat.

Bullinger: Ich kann mich angesichts der Tatsache, daß vieles schon gesagt worden ist, was ich vorhatte zu sagen, auf einige

kurze Bemerkungen beschränken, und zwar einmal zu Leitsatz 4 von Herrn Vogel. Ich habe Bedenken, den Vorbehalt des Gesetzes erst zu streichen und ihn dann wieder an den Grundrechten aufzuhängen, und zwar, wenn ich recht sehe, an dem, was man Eingriffe in Grundrechte nennt. Einmal muß man dabei von der wenig überzeugenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 GG ausgehen. Zum anderen hat Herr Lerche in seiner Schrift über das Übermaßverbot gezeigt, daß innerhalb der Grundrechte unterschieden werden muß zwischen Eingriffsermächtigungen und Gestaltungsermächtigungen für den Gesetzgeber. Das Gebrauchmachen von solchen Gestaltungsermächtigungen würde bei Ihnen, Herr Vogel, aus dem herausfallen, was zum eigentlichen Vorbehaltsbereich des Parlaments gehört, weil es an einem Eingriff in Grundrechte fehlt. Im übrigen glaube ich, daß Sie mit dem Vorbehalt des Gesetzes eine Säule eingerissen haben oder doch jedenfalls zum Teil eingerissen haben, die nicht ein Spezifikum unseres deutschen Rechts ist. Auch das englische Recht beispielsweise geht davon aus, daß die Verwaltung, wenn sie in die Sphäre des Bürgers eingreifen will, einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

Vielleicht noch ein Wort zu Leitsatz 5 von Herrn Vogel: Es ist so, daß wir uns bisher Gedanken darüber gemacht haben, ob und wieweit eine Regelungsbefugnis der Verwaltung besteht; aber müssen wir nicht — und ich glaube, hier muß ich auf das zurückgehen, was Herr Wolff ganz zu Beginn sagte — müssen wir nicht zwischen Regierung und Verwaltung differenzieren? Wenn wir uns Art. 80 GG ansehen, so sichert er in Satz 1, daß Regelungsgewalt, jedenfalls primär, im Raum der politischen Spitze der Exekutive, nämlich bei der Regierung verbleibt. Ist es nicht so, Herr Vogel, wenn Sie der Verwaltung eine originäre Regelungsbefugnis zuschreiben, daß Sie eigentlich sagen müßten, es wäre zweckmäßig — und ich glaube, mehr können wir vom geltenden Recht her nicht sagen —, eine allgemeine Ermächtigung an die Regierung vorzusehen, Vollzugsverordnungen zu Gesetzen zu erlassen, aber eben nur an die Regierung und nicht an die Verwaltung. Mit einer allgemeinen Ermächtigung an die Verwaltung käme man nämlich dazu, daß die Beamten, die Sie als von ihren eigenen Aufgaben befangen und ein wenig — nicht rechtsstaatsfeindlich, aber doch den Erfordernissen des Rechtsstaats fremd gekennzeichnet haben, in den Niederungen der Verwaltung in der Lage wären, Rechtsvorschriften zu erlassen, die dann von den Gerichten als Recht respektiert werden müßten.

Dürig: Herr Herzog, nur ein Satz, damit Sie nicht das Gefühl bekommen, außerhalb der Schußlinie zu stehen. Sie haben, um die Parlamente am „Plan“ zu beteiligen, Analogien zu Art. 59 GG gezogen. Das ist sehr weit hergeholt. Liegt nicht die Analogie zum Haushalts-„Plan“ viel näher?

Evers: Meine Herren! Nach den vielen Vorbehalten gegen den Wegfall des Gesetzesvorbehalts darf ich mich ganz kurz fassen. Ich meine, daß der Gesetzesvorbehalt auch in seiner rechtsstaatlichen Struktur wichtig ist, auch unter den gegenwärtigen Verhältnissen. Denken Sie nur an die Rationalität. Es war hier schon verschiedentlich angeklungen. Mir wird etwas bange, wenn ich an die Unrationalität der Möglichkeit der Rechtsetzung durch die Verwaltung denke, nachdem es laut These 5 auch fakultativ offen ist, ob durch Rechtsverordnung oder durch eine andere Verordnung geregelt werden soll.

Vogel: Darf ich These 5 zitieren, Herr Evers: „Die Form der Rechtsverordnung ist nur dort erforderlich, wo das Grundgesetz eine Regelung durch materielles Recht vorsieht; im übrigen ist sie fakultativ.“ Sie ist nach dieser Formulierung also durchaus nicht immer fakultativ. — Dies nur zur Klarstellung.

Evers: Ich meinte dieses „im übrigen“, das mir sehr unklar und deswegen auch die Rechtssicherheit gefährdend erscheint.

Gestatten Sie einen Sprung in die Zukunft: Das, was hoffentlich nur als Auslegungsproblematik und nicht als Realität auf uns zukommt, ist das Notstandsverfassungsgesetz. Der Entwurf des Notstandsverfassungsgesetzes sieht zwar als ultima ratio eine Handlungsbefugnis für die Regierung vor; aber weil man erhebliche Bedenken hatte, der Regierung das zu geben, was sie wahrscheinlich in der verzweifelten Situation, wenn das Parlament ausgefallen ist und der Gemeinsame Ausschuß ausgefallen ist, eigentlich haben müßte, nämlich ein Notverordnungsrecht, hat man im Rechtsausschuß des Bundestages einen Kompromiß geschlossen, und ich glaube, das ist ein fauler Kompromiß. Das Bedenkliche dieses Kompromisses zeigt sich gerade, wenn man am Gesetzesvorbehalt festhält. Wenn es Ihnen in Erinnerung ist: Es handelt sich um das Recht der Bundesregierung, vorläufige Maßnahmen zu treffen auf Grund von Gesetzesentwürfen, die der Gemeinsame Ausschuß irgendwann einmal, vielleicht noch im Frieden gebilligt hat. Wenn der Gesetzgeber und der Gemeinsame Ausschuß nicht mehr funktionieren, darf die Regierung in die Schublade greifen, in der die geheimen Gesetzentwürfe liegen,

und darf auf Grund dieser Schubladengesetze vorläufige Maßnahmen ergreifen, die sehr tief eingreifen können. Nun stellen Sie sich einmal eine Regierung vor, die in dieser Situation nervös ist — was die dann wohl aus diesen Schubladengesetzen machen wird. Da scheint es mir wesentlich realer und ehrlicher zu sein, sie wäre berechtigt und verpflichtet, ein solches Normenwerk als Rechtsverordnung zu veröffentlichen; dann weiß wenigstens jeder, woran er ist, und es wird verhindert, im Trüben zu fischen.

Herzog (Schlußwort): Meine Herren! Heute früh habe ich angedeutet, daß die Verwaltung sich in gewissen Bereichen möglicherweise im Windschatten des Art. 65 GG sonnt und vor Einflüssen des Gesetzgebers sicher ist. Heute nachmittag kann ich sagen: Ich habe mich fast zwei Stunden lang im Windschatten von Herrn Vogel gesonnt, der in der vordersten Schußlinie stand, und an mich sind nur selten kritische Worte gerichtet worden. Ich ziehe daraus aber selbstverständlich nicht den Schluß, daß mein Referat in allen Punkten unangreifbar war, sondern nur den, daß die brennenderen Probleme eben Herr Vogel angesprochen hat.

Zunächst: Herr Professor Kaufmann, Ihre Zustimmung über Generationen hinweg hat mich mit tiefer Genugtuung erfüllt. Dort Zustimmung zu erfahren, wo man sich dem Wahrspruch der Erfahrung ohne weiteres gebeugt hätte, ist besonders schön. Es wird Sie vielleicht freuen, daß die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, die Sie hier als einziger angesprochen haben, ständiges Kontrollmittel bei der Ausarbeitung meines Referates war; ich habe das nicht außer acht gelassen.

Einen wesentlichen Einwand gegen mein Referat — wenigstens scheint mir dieser Einwand ganz wesentlich zu sein — haben Herr Professor Wolff und in Zusammenhang damit Herr Professor Meissner erhoben, nämlich bezüglich des Verhältnisses Regierung — Verwaltung und des Verhältnisses Fraktion — Verwaltung.

Ich habe den Unterschied Regierung und Verwaltung zwar meinem Referat zugrunde gelegt und das auch ausdrücklich gesagt, obwohl mir die Selbstbescheidung natürlich nicht ganz gelungen ist. Ich habe es aber trotzdem für notwendig gehalten, grundsätzlich so vorzugehen, weil das Verhältnis Verwaltung — Regierung m. E. — es steht mir nicht an, hier Vorschläge für Tagungsthemen zu machen — einer eigenen Tagung wert wäre. Es ist doch wohl so, daß wir uns nicht einem Zweigestirn Verwaltung — Gesetzgeber gegenübersehen, sondern einem Dreigestirn Parlament — Regierung — Verwal-

tung, das noch dazu auf die verschiedenste Weise verfilzt ist durch das, was ich einmal das „Führungsteam der Regierungskoalition“ genannt habe. Ich darf daran erinnern, daß diesem Führungsteam, das wohl auch Herr Professor Meissner angesprochen hat, nicht nur die Regierungsmitglieder, aber auch nicht alle Mitglieder von Regierung und Fraktion angehören, sondern die leuchtenden Sterne der Regierung und der Fraktion. Die Beziehungen zwischen diesen drei Gestirnen und zwischen dem Spiralnebel Führungsteam der Regierungspartei zu untersuchen, war in dieser kurzen Zeit nicht möglich; es hätte mir auch aus thematischen Gründen wohl nicht angestanden.

Herr Professor Badura, Sie haben gesagt, die Planung sei eine politische Entscheidung. Ich stimme Ihnen da hundertprozentig zu. Ich bedauere, daß das in meinem Referat vielleicht nicht klar genug zum Ausdruck gekommen ist, obwohl ich gerade daraus letzten Endes die gewagte Analogie zu Art. 59 Abs. 2 hergeleitet habe. Ich stimme mit Ihnen auch darin überein, daß durch die Wissenschaft keine Beseitigung der Demokratie zu befürchten ist. Aber es gibt doch gewisse Präjudizierungen der politischen Entscheidung, auch der demokratischen politischen Entscheidung, durch die Wissenschaft, an denen wir nicht vorbeigehen können. Ich darf nur an folgendes erinnern: Wenn bestimmte Tätigkeiten oder politische Verhaltensweisen der Vergangenheit sich als Fehler erweisen, dann ist die Zukunft dadurch praktisch in verhältnismäßig nachhaltiger Weise gebunden. Man würde heute etwa die Brüningische Haushaltspolitik in einer vergleichbaren Situation wohl nicht wiederholen. Im übrigen gibt es in diesem Rahmen selbstverständlich die politische Entscheidung, die aber wiederum auf wissenschaftlicher Basis vorbereitet werden kann und die durch eine überspitzte Verwissenschaftlichung, insbesondere auch durch das, was ich die „wissenschaftlich fundierte Intuition des Fachmannes“ genannt habe, zwar nicht immer richtig, aber doch wirksam beeinflußt werden kann.

Herr Professor Ipsen, Sie haben mich im wesentlichen mit Lob bedacht. Ich muß sagen, das hat mich gar nicht so sehr überrascht; denn Ihr Beitrag in dem großen Planungsband von Professor Kaiser, der mir druckfeucht noch auf den Schreibtisch gekommen ist, war eine meiner großen Stützen bei der letzten Durcharbeitung des Referats. Es ist für einen jungen Mann ja immer die Frage, wie er ankommen wird, ob er u. U. Schützenhilfe zu erwarten hat. Ich habe mich daher sehr gefreut, hier von vornherein einer gewissen Schützenhilfe sicher zu sein. Daß Sie meine Formulierung „supranatio-

nale Überrundung des parlamentarischen Gesetzgebers“ getroffen hat, bedauere ich zutiefst. Ich habe das nämlich nicht böse gemeint. Ich bin, gerade wie Sie, der Meinung, daß die Organisationsformen und die Formen der politischen Entscheidung, die in den drei Europäischen Gemeinschaften entwickelt worden sind, durchaus nicht nur diskutabel sind, sondern eine ernstliche Diskussionsgrundlage für notwendige Verfassungsformen sein sollten. Das Wort „Überrundung“ war, wie gesagt, nicht böse gemeint. Wenn Sie meinen Stil mit dem von Corbusier vergleichen, dann möchte ich mit einem Vergleich aus der sportlichen Sphäre antworten: Sie können das Wort „Überrundung“ auch von Nurmi her deuten: Wer jemand anderen überrundet hat, hat mir noch immer gefallen.

Herr Professor Winkler, Sie haben behauptet, der Gesetzgeber könne sehr wohl planen, und das meiner These 17 entgegengesetzt. Ich bin wie Sie der Meinung, daß der Gesetzgeber Pläne beschließen kann — warum sollte er das nicht? —, ob er die Pläne aber auch so ohne weiteres konzipieren kann — und darum ist es mir gegangen — das möchte ich doch sehr bezweifeln.

(Auf Einwurf:) Er kann sehr viele Gesetze praktisch nicht ohne weiteres konzipieren. Es ist höchstens möglich, daß er einfachere Gesetze konzipiert: Schließlich gibt es ja noch das Initiativrecht aus der Mitte des Bundestages, und diese Dinge sind ja — obwohl vielleicht statistisch nicht bedeutend — in der politischen Wirklichkeit durchaus vorhanden. Aber es sind hier praktisch wohl sehr enge Grenzen gezogen.

Nun zu einem anderen Punkt. Ich habe während der ganzen Diskussion befürchtet, daß nicht die Frage gestellt werden würde: Warum Analogie zu Art. 59 Abs. 2 und nicht Analogie zu Art. 110 GG? Ich muß gestehen, daß mir bei dieser Sache von vornherein selbst nicht wohl war. Herr Professor Dürig, Sie haben dann auch mit Recht gesagt, diese Analogie sei weit hergeholt. Sie ist in der Tat weit hergeholt, darüber besteht kein Zweifel. Ich glaube aber, daß die Analogie zu Art. 59 Abs. 2 immer noch besser paßt als die zu Art. 110. Ich will mich gar nicht auf die Einjährigkeit des Haushalts berufen, die ja nun kein Wesensmerkmal des Art. 110 ist. Wenn wir aber den Art. 110 anwenden, dann führt das dazu, daß der Gesetzgeber den ihm vorgelegten Plan einseitig ändern kann und daß die Exekutive dann keine Möglichkeit mehr hat, dieser Änderung zu widersprechen, während bei der Analogie zu Art. 59 Abs. 2 diese Möglichkeit gerade besteht. Bei der zentralen Planung müssen aber m. E. beide Organsäulen zusammenwirken, wobei ja in der Praxis

auch noch daran zu denken wäre, daß die von Professor Scheuner schon einmal in die Debatte geführten gemischten Ausschüsse — man kann ohne weiteres auch sagen: Vermittlungsausschüsse zwischen Exekutive und Legislative — hier vorbereitend wirken können. Man hat auch aus dem Bereich der auswärtigen Politik die Erfahrung, daß bei größeren und bedeutsameren völkerrechtlichen Vertragswerken die Wünsche des Parlaments von vornherein mit angesprochen und führende Abgeordnete zu Rate gezogen werden.

(Auf Einwurf von Bachof:) Ich will hier nicht kneifen, sondern ganz offen zugeben, daß mir eine Verfassungsänderung in diesem Bereich sehr viel lieber wäre. Es wäre wirklich übertrieben zu sagen, ich hätte keine Bedenken. Aber ich würde mich letzten Endes und schweren Herzens auch zur unmittelbaren Analogie entschließen. Wir bewegen uns ja nun seit 16 Jahren immer mehr von der Situation des Parlamentarischen Rates weg, und wie an vielen anderen Stellen ist auch hier ernstlich die Frage zu stellen, ob hier das GG nicht doch neuinterpretiert werden muß. Ich bin mir der Schwierigkeit dieser Ansicht aber voll bewußt. Es mag wohl auch sein, daß der Wunsch, hier, bei diesen grundlegenden Fragen der Zukunftsgestaltung, zu einer wirklichen Zusammenarbeit, zu einem consensus beider Gewalten zu kommen, weitgehend zum Vater des Gedankens geworden ist. Aber ich möchte meinen, daß das nicht nur Verfassungsromantik ist.

Weber: Im Sinne dieser Analogie gibt es schon eine Reihe von Entwicklungen. Ich darf an das Gesetz erinnern, das den Straßenausbauplan ratifiziert hat, ich darf erinnern an die Funktion des Grünen Berichts, des Berichts über den Bundesjugendplan, des Raumordnungsberichts, des in dem Entwurf zu einem Forschungsförderungsgesetz vorgesehenen jährlich oder zweijährlich zu erstattenden Wissenschaftsberichts der Bundesregierung. Diese Berichte werden als Referate und Pläne vorgelegt; sie werden dann im Parlament diskutiert und im Grunde genommen von ihm ratifiziert und sind erst dann exekutionsfähig. Die Entwicklung ging also schon bisher in die bezeichnete Richtung.

Herzog: Es ist nun noch ein Punkt anzusprechen. Ich hatte erwartet, es würde der Einwand erhoben werden, daß gerade bei der von mir so intensiv angesprochenen Bildungsplanung durch die Notwendigkeit der Zustimmung von elf Landesparlamenten erhebliche praktische Schwierigkeiten entstehen würden. Ich bin mir auch dessen voll bewußt. Ich habe darauf keine andere Antwort, als daß es sich hierbei um eine all-

gemeine Schwierigkeit des bundesstaatlichen Systems handelt, die in unserem „unitarischen Bundesstaat“ nicht unüberwindlich sein sollte.

Dürig: Entschuldigen Sie, Herr Herzog, es ist bei uns nicht üblich, daß in dem Schlußwort noch einmal dazwischengeredet wird. Ich möchte nur für meine Person eine Reserve einlegen gegen Ihre optimistische Beurteilung des Entwurfs des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Ich glaube, daß es nötig ist, daß im Druck unserer Hefte wenigstens eine Stimme zu erkennen gegeben hat, ...

Weber: Mehrere Stimmen!

Dürig: Unser Vorsitzender registriert gerade mehrere Gegenstimmen ... damit nicht der Eindruck entsteht, daß dieser Teil Ihres Berichts uneingeschränkte Zustimmung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer gefunden hat.

Ipsen: Das habe ich vorhin vergessen: Was Herr Herzog ausgeführt hat zur Charakterisierung des Entwurfs des Verwaltungsverfahrensgesetzes (in den Parteien, die er tadelte, und in denen, die er lobte), veranlaßt mich jetzt, noch einmal zu warnen vor unserem Beruf zur Gesetzgebung. Wenn diejenigen Aufgaben der Exekutive, die uns nach dem Referat von Herrn Herzog vorschweben, durch ein solches Gesetz eingefangen und normiert würden, wären wir in ein Prokrustes-Bett eingezwängt. Meine Bedenken vom Münchener Juristentag gegen die Kodifikation muß ich in bezug auf diese neuen Aspekte hier nachdrücklich wiederholen, ganz in dem Sinne, wie Herr Dürig es eben hervorhob.

Herzog (Fortsetzung des Schlußwortes): Ich möchte eigentlich glauben — und ich nehme an, das ist auch aus meinem Referat eindeutig hervorgehoben —, daß der gemischte Ausschuß, der den Entwurf ausgearbeitet hat, in der Situation eines Schülers ist, dem man nach einer Hausarbeit oder Schularbeit im Deutsch-Unterricht sagt: Du hast zwar in Teilen eine sehr ordentliche Arbeit geleistet — daran möchte ich festhalten —, aber Du hast weitgehend das Thema verfehlt. Ich habe ja, gerade als ich zum zweiten Mal diesen Entwurf ansprach, zu zeigen versucht, wo m. E. die eigentlich wunden Punkte, die eigentlichen Lücken dieses Entwurfs sind. Damit sollte das Urteil über den Entwurf eigentlich gesprochen sein. Daß aber die Rücknahme eines Verwaltungsakts oder die Frage der Wirkung von Verfahrensfehlern beim Stande unserer Rechtsprechung kodifiziert werden können, möchte ich noch

nicht bezweifeln, und sei es nur, um nicht den Eindruck zu erwecken, daß ich als junger Mann Opposition um der Opposition willen treibe.

Vogel (Schlußwort): Meine sehr verehrten Herren! Als mich Herr Weber in diesem Jahr am Himmelfahrtstage anrief und mich darum bat, das Referat „Gesetzgeber und Verwaltung“ zu übernehmen, da habe ich, nachdem ich ihm zugesagt und den Hörer aufgelegt hatte, bei mir gedacht, daß dieser Auftrag vom Himmelfahrtstag in der Soldatensprache des Zweiten Weltkrieges wohl nicht so ganz unzutreffend ein „Himmelfahrtskommando“ hätte genannt werden können. Ich habe freilich mit dieser Erwartung — wenn ich die heutige Diskussion überblicke — ein wenig zu schwarz gesehen. Daß sie sich aber nicht in vollem Umfang realisiert hat, kann ich bei realistischer Selbsteinschätzung doch wohl nur der freundlichen Aufnahme danken, die meine Thesen im ganzen, bei aller Kritik, doch bei Ihnen gefunden haben. Für dieses Wohlwollen möchte ich zunächst einmal allen, sowohl den zustimmenden wie den kritischen Diskussionsrednern sehr herzlich Dank sagen. Besonders natürlich denen, bei denen unsere, der beiden Referenten, Gedanken Verständnis und Unterstützung gefunden haben: was insbesondere Herr Herzog in diesem Sinne über unseren Dank an Herrn Kaufmann gesagt hat, kann ich nur auf das allerwärmste und nachdrücklichste unterstreichen. Auch Herrn Ipsen möchte ich hier für seine wohlmeinenden Worte sehr herzlich danken — er gehört ja doch zum engsten Kreis meiner Lehrer! Besonders herzlich danken möchte ich schließlich auch meinem Korreferenten, Herrn Herzog, mit dem ich mich die ganze Zeit hindurch auf das herzlichste und beste verstanden habe: Sie werden schon daran, wie sich unsere beiden Referate — wie ich doch glaube sagen zu dürfen — ergänzt haben, ermessen können, wie gut diese Zusammenarbeit gewesen ist.

Herr Menzel hat heute früh im Anschluß an mein Referat kurz bemerkt, daß ich von dem Recht des Referenten Gebrauch gemacht hätte, Provokationen herauszustellen. Ich habe, Herr Menzel, die Kritik, die in dieser Bemerkung lag, nicht überhört; aber ich glaube trotzdem, daß Sie damit völlig exakt zum Ausdruck gebracht haben, was ich mit meinen Darlegungen gewollt habe: nämlich bestimmte Überlegungen pointiert herauszuarbeiten, sie in aller Schärfe zur Debatte zu stellen und damit Ansatzpunkte für eine Diskussion bestimmter Fragen zu geben, deren eingehende Erörterung mir allerdings dringlich und notwendig scheint.

Als ich das Referat in diesem Sinne ausarbeitete, habe ich natürlich gewärtigen müssen, daß ich von Ihnen allen als ein gräßlicher Etatist empfunden werden würde, als ein Reaktionsär, der der Verwaltung den absoluten Vorrang einräumen und sämtliche Befugnisse des Gesetzgebers nach Möglichkeit zurückschrauben möchte. Daß man so weit gehen würde, mich als Gaullisten zu klassifizieren, habe ich nicht unbedingt erwartet; allerdings weiß ich hier im Lande Bayern auch gar nicht so recht, inwieweit die Bezeichnung als Gaullist überhaupt als Vorwurf gemeint ist. Unabhängig davon möchte ich aber diese Einstufung doch nicht so gern akzeptieren und darf hierzu vorweg nur das eine sagen, daß ein *pouvoir réglementaire* der Verwaltung — ich habe mich dessen gerade vorhin noch bei Herrn Fromont vergewissert — in Frankreich auch vor der Verfassung von 1958 bereits anerkannt war. Wenn ich so etatistisch (oder administrationsfreundlich) gesonnen wäre, wie es hier zum Teil unterstellt worden ist, weswegen hätte ich dann auch wohl am Ende meines Referats die Frage untersucht, ob überhaupt noch die Verwaltung in unserem Staat eine eigenständige Staatsgewalt sei? Die Herren haben vielleicht doch ein wenig überhört, mit welchem Nachdruck in meinem Referat — ich habe jedenfalls versucht, diesen Gesichtspunkt immer wieder zu unterstreichen — der Vorrang des Gesetzes betont worden ist.

Herr von der Heydte hat sodann zu meiner These vom Gesetzesvorbehalt auf den Art. 70 der bayerischen Verfassung hingewiesen, nach welchem „die für alle verbindlichen Gebote und Verbote“ der Form des Gesetzes bedürfen. Es wäre hier zu billig zu replizieren, daß ich bereits in der Einleitung meines Referats gesagt hätte, ich wolle mich auf die Verfassung der Bundesrepublik beschränken und rechtsvergleichende Erörterungen ausschließen; sondern ich will mich gern stellen: was, für die Verfassungsordnung des Freistaats Bayern, der Art. 70 zum Ausdruck bringt, das würde ich, Herr Kollege von der Heydte, ohne weiteres auch für die Verfassungsordnung des Grundgesetzes bejahen, nur daß sich hier diese Regel — nach meiner bescheidenen Auffassung, die aber ihre Stütze immerhin in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet — aus dem Grundrechtskatalog, insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 GG ergibt. Denn auch nach meiner Auffassung kann ja die Verwaltung keineswegs im Rahmen ihrer Regelungsgewalt ohne weiteres Gebote und Verbote erlassen: weil sie damit nämlich in den Freiheitsbereich des betroffenen Bürgers eingreifen, also eine „Regelung im Grundrechtsbereich“ treffen würde, und derartige Regelungen allerdings schon nach Art. 2

Abs. 1 GG dem Gesetzgeber vorbehalten sind. Bei meiner ganzen Argumentation gehe ich also aus von der Grundrechtsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Gegen diesen Ausgangspunkt läßt sich sicherlich manches sagen; aber es läßt sich dagegen nicht sagen, daß ich der Verwaltung die unbeschränkte Möglichkeit zur Auferlegung neuer Pflichten zugestanden hätte — gegen eine solche Möglichkeit habe ich mich im Gegenteil sogar ausdrücklich verwahrt. Im übrigen: wenn ich der Verwaltung, wie Sie sagen, das Recht „eingerräumt“ habe, im Rahmen eines Ermessens- oder Beurteilungsspielraums echte Rechtsnormen zu setzen, wenn ich — wie ich es vorziehen würde zu formulieren — die These aufgestellt habe, daß jene Normen, die die Verwaltung im Rahmen derartiger Spielräume erläßt, nicht nur verfassungstheoretisch, sondern auch verfassungsdogmatisch als „gemeinverbindlich“ zu klassifizieren seien, dann habe ich doch auch hier den Vorrang des Gesetzes gegenüber den rèlements der Verwaltung ausdrücklich und betont an den Anfang gestellt. Und ich würde im Einzelfall sehr genau prüfen, ob in der Tat das Gesetz im betreffenden Fall der Verwaltung einen derartigen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum gewährt, innerhalb dessen die eigenständige Regelungsgewalt der Verwaltung dann überhaupt erst eingreifen kann.

Herr Bachof zunächst und dann auch Herr Zacher haben freilich gemeint, daß doch auch über jene grundrechtlichen Vorbehaltsbereiche hinaus jedenfalls bestimmte weitere Gebiete dem Gesetzgeber vorbehalten sein müßten. Beide haben auf das Honnefer Modell hingewiesen, und Herr Zacher hat sehr anschaulich von dem „Illegitimitätsgefühl“ gesprochen, das diese Regelung bei ihm erwecke. Ich kann auf diesen Einwand jetzt nicht endgültig antworten, sondern werde darüber nachdenken müssen, wie ich über vieles noch werde nachdenken müssen, was hier im Rahmen dieser Diskussion gesagt worden ist; schließlich denke ich über verwaltungsrechtliche Fragen erst eine relativ kurze Zeit, höchstens etwa anderthalb Jahrzehnte, nach, und es ist deshalb selbstverständlich, daß ich auf diesem Gebiet noch sehr vieles zu lernen haben werde. Nur eines möchte ich freilich zu jenen Einwänden jetzt schon sagen: stellt man durch eine zu große Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts zu hohe Anforderungen an den Gesetzgeber, so muß man sich der Gefahr gewärtig sein, daß man damit den Gesetzgeber immer mehr mit Detailregelungen beschäftigt, ihn dadurch blockiert und ihn somit von seiner eigentlichen politischen Leitungsaufgabe immer mehr fernhält. Das, meine ich, ist das eigentliche Bedenken, welches einer allzu weiten Erstreckung des Gesetzesvorbehalts entgegensteht; über alle an-

deren Fragen zu diskutieren, bin ich selbstverständlich nur allzu gern bereit.

Zunächst Herr Badura, dann viele andere, haben mir weiter entgegengehalten, ich hätte übersehen, daß doch der Gesetzesvorbehalt auch eine demokratische Funktion, nicht nur die Funktion einer Freiheits- und Rechtsschutzsicherung habe. Darauf darf ich entgegnen: nach meiner Auffassung haben auch die Grundrechte nicht nur eine sichernde und gewährende Funktion, sondern auch sie haben, durch die in ihnen enthaltenen Regelungsvorbehalte, eine demokratische Funktion; bereits Dietrich Jesch hat diese „Doppelfunktion“ der Grundrechte mit Recht hervorgehoben. Wenn man diese beiden Aspekte so scharf trennt, wie es hier geschehen ist und wie es wohl gemeinhin geschieht, dann steht dahinter, wie ich vermute, eine Auffassung, welche Rechtsstaat und Demokratie als zwei voneinander scharf zu sondernde Formelemente versteht; persönlich habe ich indessen gewisse Bedenken, ob diese scharfe Entgegensetzung, die sich in Frankreich zur Zeit des Bürgerkönigtums entwickelt hat — die ersten Ansätze finden wir bei Tocqueville — und die, wie ich meine, politisch den Abwehrkampf des dritten Standes gegen den vierten zum Ausdruck bringt, heute für uns in dieser Form noch tragfähig ist und ob sie nicht lediglich eine begriffliche Auseinanderlegung zweier Formaspekte bedeutet, die in unserer heutigen Verfassungssituation zusammengehören und nur als eine dialektische Einheit begriffen werden können. Herr Bullinger hat in seinem Diskussionsbeitrag etwas pointierend, aber im Grunde völlig treffend, gesagt, ich hätte den Gesetzesvorbehalt erst gestrichen, dann in die Grundrechte wieder eingefügt. So könnte ich also auch sagen: wenn ich wirklich die demokratische Funktion des Gesetzesvorbehalts vernachlässigt habe, dann habe ich sie durch die „Hintertür“ der Grundrechte doch ebenfalls wieder hereingebracht.

Herr Bullinger hat mich dann weiter auf den Gestaltungsauftrag der Grundrechte hingewiesen; er hat beanstandet, daß ich jeweils nur von „Eingriffen“ gesprochen habe. Dieser Vorwurf scheint mir indes nicht ganz berechtigt zu sein: ich habe ganz bewußt die Ausdrücke „Eingriff in Grundrechte“ und „Regelung im Grundrechtsbereich“ mehrfach nebeneinandergestellt, weil ich mich auf die Frage des „Eingriffs“ in Grundrechte und ebenso auf die weitere Frage, ob wirklich dieses „Eingriffs- und Schrankendenken“ so antiquiert ist, wie dies Herr Häberle meint, nicht habe einlassen wollen. Entscheidend scheint mir zu sein, ob die Verfassung eine Regelung dem materiellen Gesetz vorbehält; tut sie das — mag dies nun

Eingriffsermächtigung oder Gestaltungsauftrag sein —, dann kann eben nicht die Verwaltung diese Regelung treffen, sondern nur der Gesetzgeber.

Zu den Einwänden, die Herr Ehmke gegen Methodik und Aufbau des Referats vorgebracht hat, habe ich mich vorhin in einer Zwischenbemerkung schon kurz geäußert. Was ich zu diesen Einwänden sagen konnte und was ich auch jetzt im Schlußwort dazu sagen kann, ist selbstverständlich nur sehr fragmentarisch. Ich darf zunächst sagen, Herr Ehmke: No offense! Sie nehmen mir bitte meine kurze Replik vorhin nicht übel! Ich sehe im Moment aber einfach nicht, wie wir eine materielle Verfassungstheorie sollten aufbauen können, wenn wir nicht zunächst von einer Sichtung und Deutung des positiven Verfassungsrechtes ausgehen. Doch ich bin gerade auf diesem Gebiet besonders gern bereit, noch hinzuzulernen.

Zu den einleitenden Überlegungen meines Referats und dem hinter ihnen stehenden „philosophischen“ Konzept, das von verschiedenen Seiten kritisiert worden ist, darf ich vielleicht kurz noch folgendes sagen: Ich bin bei verschiedenen dogmengeschichtlichen Untersuchungen, mit denen ich mich in den letzten Jahren beschäftigt habe, immer wieder davon überrascht worden, wie stark das juristische Denken an bestimmte unausgesprochene philosophische Allgemeinvorstellungen gebunden ist; zwar philosophieren die Juristen in der Regel nicht selber, aber sie übernehmen bestimmte philosophische Leitgedanken, die jeweils zu ihrer Zeit im Schwange sind, als selbstverständlich und legen sie ihrer eigenen Argumentation stillschweigend zugrunde. So können wir etwa in ein Gespräch mit anderen Rechtsordnungen, zum Beispiel der angelsächsischen, überhaupt erst dann kommen, wenn wir berücksichtigen, daß die unausgesprochene Rechtsphilosophie der Angelsachsen über den Pragmatismus bis zurück zu Bacon auf ganz anderen Voraussetzungen beruht als die unsere, die — daran möchte ich festhalten — im vorigen Jahrhundert besonders durch Kant stark geprägt worden ist: gesprächsweise habe ich deshalb etwas pointierend einmal gesagt, man müsse im Grunde, bevor man Rechtsvergleichung betreibt, zunächst erst einmal Rechtsphilosophievergleichung treiben. In gleicher Weise sind aber auch innerhalb unserer eigenen Rechtsordnung viele dogmatische Entwicklungen unbewußt durch Veränderungen der allgemeinen Denkstruktur mitbestimmt worden. Man kann das empirisch nachweisen, auch ohne sich nun deshalb sogleich mit der Hegelschen Geschichtsdiagnostik identifizieren zu müssen: so etwa den Einfluß Kants auf v. Savigny, der sich doch keineswegs als Kan-

tianer verstand, sich vielmehr bisweilen recht kritisch über Kants philosophische „Spekulationen“ geäußert hat. Ist es aber richtig, daß in dieser Weise das „Durchsickern“ philosophischer Gedankengänge ins allgemeine Bewußtsein auch die Entwicklung der Rechtsdogmatik bestimmt, so liegt zumindest die Vermutung recht nahe, daß auch die heute festzustellende Unsicherheit gegenüber dem Begriff des „allgemeinen“ Gesetzes auf bestimmten philosophischen Veränderungen beruht — und es kann und muß dann der Versuch unternommen werden, diese philosophischen Ursprünge oder „Hintergründe“ jenes geschilderten Wandels der Rechtsdogmatik jedenfalls teilweise aufzuhellen und darzustellen. Herr Hollerbach: ich bin auf diesem Gebiet sicherlich nicht so bewandert wie Sie, und Sie mögen mir manche Fehler nachweisen können; mir scheint das deswegen nicht so wichtig zu sein, weil es mir zunächst einmal lediglich darum ging, dieses Problem anzureißen und es zur Debatte zu stellen. Trotzdem zu Ihrem Hinweis auf die fortdauernde Bedeutung der Allgemeinheit auch für die heutige Philosophie, auf die „deontologische Differenz“ zwischen Allgemeinem und Besonderem, eine ganz kurze Replik: Was ich sehr vereinfachend auszudrücken versucht habe, ist, daß hinter dem klassischen Begriff des „allgemeinen Gesetzes“ und somit des „Allgemeinen“ schlechthin eine Vorstellung des Gesetzes — des staatlichen wie des moralischen — als einer objektiven, vom gesetzesanwendenden und -beobachtenden Subjekt unabhängigen Gegebenheit steht, letztlich also das sog. „Subjekt-Objekt-Schema“ der idealistischen Philosophie. Das Gesetz in solcher Weise zu denken, ist uns nun heute gewiß nicht mehr möglich; und vielleicht können Sie aus dieser ganz kurzen Andeutung entnehmen, in welcher Richtung meine diesbezügliche These gemeint war. Im Referat habe ich versucht zu vereinfachen — abgesehen davon, daß ich wohl auch kaum in der Lage gewesen wäre, diesen soeben skizzierten Gedanken hier des näheren auszuführen —.

Dieses Schlußwort, meine Herren, ist inzwischen schon viel zu lang geraten. Wenn ich gleichwohl auf einzelne Diskussionsbeiträge noch nicht geantwortet haben sollte, so bitte ich dafür um Nachsicht, und ich bitte vorauszusetzen, daß gerade diejenigen Bemerkungen, auf die ich noch nicht geantwortet habe, für mich so gewichtig gewesen sind, daß ich auf sie im Augenblick noch nicht antworten kann, sie vielmehr überdenken muß. Abschließend darf ich aber vielleicht noch dies sagen:

Herr Bachof hat in seiner Diskussionsbemerkung beiläufig von meinen „radikalen Theorien“ gesprochen. Nun hat ein

großer deutscher Denker, dessen Namen ich hier nicht nennen möchte — einmal, weil ich heute ohnehin schon etwas böseartig über unsere Verfassungsschutzämter gesprochen habe, zum anderen, weil ich vermeiden möchte, daß man mich jetzt von der gaullistischen Schublade sogleich in eine ganz andere auf der entgegengesetzten Seite des Schrankes verfrachtet (aber er ist in Trier geboren¹⁾ —, dieser große deutsche Denker also hat einmal gesagt, „radikal sein heiße, eine Sache bei ihrer Wurzel zu packen“. Was meinen persönlichen Fall anbetrifft, so kann ich freilich nicht behaupten, daß ich meine „Sache“ nun auch wirklich bei ihrer Wurzel gepackt hätte: aber ich habe mich doch jedenfalls darum bemüht, das zu tun. Und insofern, Herr Bachof, darf ich vielleicht den Vorwurf des Radikalismus doch in einem gewissen Sinne auch als Bestätigung und als Auszeichnung verstehen.

¹⁾ Statt Trier war im Schlußwort als Geburtsort versehentlich Chemnitz genannt worden. Für den alsbaldigen Hinweis auf diesen unverzeihlichen, wengleich naheliegenden Irrtum ist der Referent Herrn Professor Dr. Horst Ehmke, Freiburg, zu besonderem Dank verpflichtet.

Verzeichnis der Redner

Bachof S. 224
Badura S. 210
Bullinger S. 239
Dürig S. 79, 87, 88, 89, 90, 96, 100, 103, 106,
111, 241, 246
Ehmke S. 94, 96, 230
Ermacora S. 98
Evers S. 241
Geck S. 80
Herrfahrdt S. 116, 238
Herzog S. 183, 242, 245, 246
Von der Heydte S. 217, 224
Hollerbach S. 232
Ipsen S. 103, 221, 224, 246
Kafka S. 92
Kaufmann S. 219
Küchenhoff S. 87, 88
Leibholz S. 5, 119
Marcic S. 81
Meissner S. 229
Rumpf S. 100
Schaumann S. 214
Schüle S. 112
Seidl-Hohenveldern S. 115
Vogel S. 116, 125, 217, 232, 241, 247
Wacke S. 106
Weber S. 79, 245, 246
Winkler S. 34, 97, 118, 228
Wolff S. 210
Zacher S. 90, 91, 234

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand vom 1. August 1966

Ehrenpräsident auf Lebenszeit

K a u f m a n n, Dr. jur., Dr. phil. h. c. Erich, Professor,
69 Heidelberg, Schweizerweg 1, Tel. (06221) 4 41 18

Vorstand

1. **B a c h o f**, Dr. Otto, Professor, 74 Tübingen,
Auf dem Kreuz 3, Tel. (07122) 43 46
2. **B e t t e r m a n n**, Dr. Karl August, Professor,
1 Berlin 45, Baseler Straße 114, Tel. (0311) 73 70 39
3. **E h m k e**, Dr. Horst, Professor, 78 Freiburg i. Br.,
Karl-Berner-Straße 13, Tel. (0761) 2 51 52
4. **K a f k a**, Dr. Gustav E., Professor, 8010 Graz,
Alberstr. 8, Österreich, Tel. 31-5-81/Klappe 869

Mitglieder

1. **A b e n d r o t h**, Dr. Wolfgang, Professor, 355 Marburg
a. d. Lahn, Wilhelm-Roser-Straße 53, Tel. (06421) 50 77
2. **A n t o n i o l l i**, Dr. Walter, Professor, 1010 Wien VII,
Mariahilferstraße 22—24/III/II/6, Österreich
3. **A r m b r u s t e r**, Dr. Hubert, Professor, 65 Mainz,
An der Allee 69, Tel. (06131) 2 59 50
4. **B a a d e**, Dr. Hans W., Professor, Duke University,
Law School, Durham, N. C., USA
5. **B a c h o f**, Dr. Otto, Professor, 74 Tübingen,
Auf dem Kreuz 3, Tel. (07122) 43 46
6. **B a d u r a**, Dr. Peter, Professor, 34 Göttingen,
Ludwig-Beck-Straße 17, Tel. (0551) 5 71 59
7. **B ä u m l i n**, Dr. Richard, Professor, 3067 Sinneringen
bei Bern, Schloßrain, Schweiz, Tel. (031) 67 35 40

8. **Becker**, Dr. jur., Dr. phil. Erich, Professor, 672 Speyer, Philipp-Melanchthon-Straße 10, Tel. (06232) 34 39
9. **Bernhardt**, Dr. Rudolf, Professor, 69 Heidelberg, Zur Forstquelle 6, Tel. (06221) 3 32 28
10. **Bettermann**, Dr. Karl August, Professor, 1 Berlin 45, Baseler Straße 114, Tel. (0311) 73 70 39
11. **Böckenförde**, Dr. iur., Dr. phil. Ernst-Wolfgang, Professor, 6901 Dossenheim ü. Heidelberg, Kirchstr. 20, Tel. (06221) 4 97 21
12. **Böhmer**, Dr. Viktor, Professor, 23 Kiel, Graf-Spee-Straße 9, Tel. (0431) 4 77 77
13. **Bülck**, Dr. Hartwig, Professor, 69 Heidelberg, Werrgasse 9, Tel. (06221) 2 46 70
14. **Bullinger**, Dr. Martin, Professor, 78 Freiburg i. Br., Sundgaullee 46, Tel. (0761) 2 55 97
15. **Carstens**, Dr. Karl, Professor, 53 Bonn, Wörthstraße 17
16. **Dagtoglou**, Dr. Prodromos, Privatdozent, 69 Heidelberg, Fasanenweg 6, Tel. (06221) 7 50 23
17. **Doehring**, Dr. Karl, Professor, 69 Ziegelhausen b. Heidelberg, Heinrich-Stoeß-Straße 20c, Tel. (06221) 5 03 40
18. **Drath**, Dr. Martin, Professor, 75 Karlsruhe, Beethovenstraße 9
19. **Dürig**, Dr. Günter, Professor, 74 Tübingen, Ob dem Viehweidle 12, Tel. (07122) 31 34
20. **Ehmke**, Dr. Horst, Professor, 78 Freiburg i. Br., Karl-Berner-Straße 13, Tel. (0761) 2 51 52
21. **Eichenberger**, Dr. Kurt, Professor, Aarau, Gotthelfstraße 48, Schweiz, Tel. 22 22 73
22. **Erler**, Dr. Georg, Professor, 34 Göttingen, Schlegelweg 11, Tel. (0551) 5 93 43
23. **Ermacora**, Dr. Felix, Professor, 1010 Wien I, Universität, Karl-Lueger-Ring, Österreich
24. **Evers**, Dr. Hans-Ulrich, Professor, 33 Braunschweig, Schaumburgstraße 40, Tel. (0531) 5 33 96
25. **Forsthoff**, Dr. Ernst, Professor, 69 Heidelberg-Schlierbach, Wolfsbrunnensteige 13, Tel. (06221) 2 67 83
26. **Friauf**, Dr. Karl Heinrich, Privatdozent, 3578 Treysa, Friedrich-Ebert-Straße 19 a, Tel. (06691) 27 45

27. F r i e s e n h a h n , Dr. Dr. h. c. Ernst, Professor, 53 Bonn, Wegeler Straße 2, Tel. (02221) 5 75 38
28. F r ö h l e r , Dr. Ludwig, Professor, 8501 Burgthann bei Nürnberg, Am Bahnhof 15, Tel. (09124) 802
29. F r o m o n t , Dr. Michel, Professor, 6602 Dudweiler, Theodor-Storm-Straße 8, Tel. (06897) 96/5438
30. F u ß , Dr. Ernst-Werner, Professor, 68 Mannheim, Trützschlerstraße 13, Tel. (0621) 4 94 76
31. G e c k , Dr. Wilhelm Karl, Professor, 667 St. Ingbert, Eichendorffstraße 18, Tel. (06894) 33 26
32. G e r b e r , D. Dr. Hans, Professor, 78 Freiburg i. Br., In der Röte 5, Tel. (0761) 4 42 54
33. G l u m , Dr. Friedrich, Professor, 8 München 19, Südliche Auffahrtsallee 24, Tel. (0811) 6 34 56
34. G ö r g , Dr. Hubert, Professor, 5062 Ellersberg, Post Forsbach, Bez. Köln (355 Marburg a. d. Lahn, Universitätsstraße 10)
35. G r e w e , Dr. Wilhelm G., Professor, Botschafter der Bundesrepublik Deutschland bei der Nordatlantikpakt-Organisation, Paris XVI^e, Place du Maréchal de Lattre de Tassigny, Frankreich
36. G r u n d m a n n , Dr. Siegfried, Professor, 8031 Gröbenzell bei München, Puchheimerstraße 30, Tel. (08142) 95 39
37. H ä f e l i n , Dr. Ulrich, Professor, 8037 Zürich 10/37, Wipkingergweg 15, Schweiz, Tel. (051) 42 70 46
38. H a h n , Dr. Hugo J., LL.M., Privatdozent, Paris 16^e, 2 Rue André Pascal, Frankreich
39. H a m e l , Dr. Walter, Professor, 355 Marburg a. d. Lahn, Rotenberg 1a, Tel. (06421) 28 62
40. H e c k e l , Dr. Martin, Professor, 74 Tübingen, Lieschingstraße 3, Tel. (07122) 8 10 56
41. H e n k e , Dr. Wilhelm, Privatdozent, 34 Göttingen-Geismar, Eisenacher Straße 19, Tel. (0551) 5 62 98
42. H e r r f a h r d t , Dr. Heinrich, Professor, 355 Marburg a. d. Lahn, Am Weinberg 8, Tel. (06421) 35 86
43. H e r z o g , Dr. Roman, Professor, 1 Berlin 33, Van't-Hoff-Straße 8, Tel. (0311) 76 90 21 84
44. H e s s e , Dr. Konrad, Professor, 7802 Merzhausen über Freiburg i. Br., Schloßweg 29, Tel. (0761) 2 56 11

45. H e t t l a g e , Dr. Karl Maria, Professor, 532 Bad Godesberg, Friedrich-Ebert-Straße 83, Tel. (02229) 6 43 61
46. F r h r . v . d . H e y d t e , Dr. Friedrich August, Professor, 8705 Zellingen a. M., Thomas-Glock-Straße 26
47. H e y e r , Dr. Friedrich, Professor, 53 Bonn, Humboldtstraße 53, Tel. (02221) 3 73 64
48. v . H i p p e l , Dr. Ernst, Professor, 6531 Perscheid über Bingen, Tel. (06744) 5 20
49. H o e g n e r , Dr. Wilhelm, Honorarprofessor, Ministerpräsident a. D., 8 München 9, Am Blumengarten 17, Tel. (0811) 43 42 41
50. H o f f m a n n , Dr. Gerhard, Professor, 355 Marburg a. d. Lahn, Friedrichstraße 31, Tel. (06421) 56 74
51. H o l l e r b a c h , Dr. Alexander, Professor, 78 Freiburg i. Br., Runzstraße 86, Tel. (0761) 2 47 66
52. H u b e r , Dr. Ernst Rudolf, Professor, 34 Göttingen, Leonard-Nelson-Straße 20, Tel. (0551) 4 16 70 (78 Freiburg-Zähringen, In der Röte 2, Tel. [0761] 4 73 93)
53. H u b e r , Dr. Hans, Professor, Muri bei Bern, Mannenriedstraße 5, Schweiz, Tel. (Bern 031) 52 09 25
54. I m b o d e n , Dr. Max, Professor, Riehen bei Basel, Schnitterweg 43, Schweiz, Tel. (061) 51 44 58
55. I p s e n , Dr. Hans Peter, Professor, 2 Hamburg 13, Heinrich-Barth-Straße 25a, Tel. (0411) 45 09 22
56. J a e n i c k e , Dr. Günther, Professor, 69 Heidelberg, Karlsruher Straße 57, Tel. (06221) 3 14 48
57. J a h r r e i ß , Dr. Hermann, Professor, 5 Köln-Sülz, Nassestraße 30, Tel. (0221) 41 35 53
58. J e r u s a l e m , Dr. Franz, Professor, 8 München 27, Flemingstraße 58, Tel. (0811) 48 18 95
59. K a f k a , Dr. Gustav E., Professor, 8010 Graz, Alberstraße 8, Österreich, Tel. 31-5-81/Klappe 869
60. K a i s e r , Dr. Joseph H., Professor, 7813 Staufen, Tel. (07633) 56 78
61. K a u f m a n n , Dr. iur., Dr. phil. h. c. Erich, Professor, 69 Heidelberg, Schweizerweg 1, Tel. (06221) 4 41 18
62. K i m m i n i c h , Dr. Otto, Professor, 463 Bochum-Querenburg, Laerholzstraße 61, Tel. (02321) 3 86 48

63. K i p p , Dr. Heinrich, Professor, 6080 Kurort Igls, Lanserstraße 61, Österreich, Tel. (05222) 72 09
64. K l e c a t s k y , Dr. Hans R., Professor, Innsbruck, Reithmannstraße 20, Österreich, Tel. (Innsbruck 05222) 52 21 44
65. K l e i n , Dr. Friedrich, Professor, 44 Münster i. W., Prinz-Eugen-Straße 12, Tel. (0251) 5 53 12
66. K n ö p f l e , Dr. Franz, Privatdozent, 8 München 22, Herzog-Rudolf-Straße 45, Tel. (0811) 22 39 79
67. K ö t t g e n , Dr. Arnold, Professor, 34 Göttingen, Grotefendstraße 40, Tel. (0551) 5 96 32
68. K o r d t , Dr. Erich, Professor, 4 Düsseldorf, Sybelstraße 1a, Tel. (0211) 62 57 24
69. K r ü g e r , Dr. Herbert, Professor, 2 Hamburg-Großflottbek, Elbchaussee 184, Tel. (0411) 38 79 34
70. K ü c h e n h o f f , Dr. Erich, Privatdozent, 44 Münster i. W., Cheruskerring 28, Tel. (0251) 4 66 65
71. K ü c h e n h o f f , Dr. Günther, Professor, 87 Würzburg, Seinsheimerstraße 13, Tel. (0931) 7 83 34
72. L a u n , Dr. iur., Dr. rer.-pol. h. c. Rudolf, Professor, 207 Ahrensburg bei Hamburg, Voßberg 2, Tel. (04102) 5 02 81
73. L e i b h o l z , Dr. iur., Dr. phil. Gerhard, Professor, Bundesverfassungsrichter, 34 Göttingen, Dahlmannstraße 6, Tel. (0551) 5 70 40; und 75 Karlsruhe, Rheingoldstraße 19, Tel. (0721) 2 68 88
74. L e i s n e r , Dr. Walter, Professor, 852 Erlangen, Kochstraße 2, Tel. (09131) 8 70 71 — 356
75. L e r c h e , Dr. Peter, Professor, 8035 Gauting b. München, Junkerstraße 13
76. L i e r m a n n , D. Dr. Hans, Professor, 852 Erlangen, Am Meilwald 18, Tel. (09131) 27 60
77. M a l l m a n n , Dr. Walter, Professor, 63 Gießen, Arndtstraße 14, Tel. (0641) 7 74 88
78. M a r c i c , Dr. René, Professor, Institut für Rechts- und Staatsphilosophie der Universität Salzburg, Salzburg, Franziskaner Gasse 2, Österreich
79. M a r t i , Dr. Hans, Professor, Bern, Schwanengasse 9, Schweiz, Tel. (031) 22 16 83

80. Maunz, Dr. Theodor, Professor, 8032 Gräfelfing bei München, Hartnagelstraße 3, Tel. (0811) 85 16 30
81. Maurer, Dr. Hartmut, Privatdozent, 74 Tübingen, Fr.-Dannenmann-Straße 42
82. Mayer, Dr. Franz, Professor, 84 Regensburg, Haidplatz 8, Tel. (0941) 2 33 51
83. Meder, Dr. Walter, Professor, 1 Berlin 33, Buchweiler Straße 20, Tel. (0311) 76 02 89
84. Meinzolt, D. Dr. Hans, Honorarprofessor, Staatssekretär a. D., 8031 Weßling am See, Oberbayern, Obere Seefeldstraße 16
85. Meissner, Dr. Boris, Professor, 5 Köln, Kleine Bundgasse 1, Tel. (0221) 23 97 54
86. Melichar, Dr. Erwin, 1010 Wien I, Schulerstraße 20, Österreich, Tel. (02222) 52 88 83
87. Menger, Dr. Christian-Friedrich, Professor, 23 Kiel, Esmarchstraße 68, Tel. (0431) 3 35 35
88. Menzel, Dr. Eberhard, Professor, 23 Kiel, Bülowstraße 16, Tel. (0431) 3 24 72
89. Merk, Dr. Wilhelm, Professor, 74 Tübingen, Wildermuthstraße 6, Tel. (07122) 59 01
90. Merkl, Dr. Adolf Julius, Professor, 1010 Wien XIX, Pfarrplatz I, Österreich, Tel. (02222) 3 65 03 82
91. Meyer, Dr. Ernst Wilhelm, Professor, 1 Berlin 39, Bismarckstraße 32, Tel. (0311) 80 77 91
92. Mirbt, Dr. Hermann, Professor, 1 Berlin 38, Dubrowstraße 49, Tel. (0311) 84 16 12
93. Mosler, Dr. Hermann, Professor, 69 Heidelberg, Mühltalstraße 117, Tel. (06221) 4 00 82
94. Münch, Dr. Fritz, Professor, 69 Heidelberg, Zur Forstquelle 2, Tel. (06221) 3 35 99
95. v. Münch, Dr. Ingo, Professor, 6 Frankfurt a. M., Grillparzerstraße 48, Tel. (0611) 52 83 02
96. Naumann, Dr. Richard, Professor, 314 Lüneburg, Uelzener Straße 40, Tel. (04131) 47 15
97. Obermayer, Dr. Klaus, Professor, 852 Erlangen, Niendorfstraße 25, Tel. (09131) 88 06
98. Partsch, Dr. Karl Josef, Professor, 6507 Ingelheim a. Rh., Frankenstraße 10, Tel. (06132) 26 32

99. **Pernthaler**, Dr. Peter, Professor, 1010 Wien XXI, Arbeiterstrandbadstraße 59, Österreich, Tel. (02222) 3 73 40 90
100. **Pfeifer**, Dr. Helfried, Professor, 1010 Wien XIII, Lainzer Straße 57, Österreich, Tel. (02222) 82 56 36
101. **Pirson**, Dr. Dr. Dietrich, Professor, 355 Marburg a. d. Lahn, Tischbeinweg 1, Tel. (06421) 31 01
102. **Quaritsch**, Dr. Helmut, Professor, 463 Bochum-Querenburg, Ruhr-Universität, Buschestr., Gebäude I B
103. **Ridder**, Dr. Helmut, Professor, 5201 Heidebergen über Siegburg, Siebengebirgsstraße 11, Tel. (02221) 4 47 19
104. **Rudolf**, Dr. Walter, Professor, 7401 Unterjesingen, Saarstraße 20
105. **Rühland**, Dr. Curt, Professor, 33 Braunschweig, Dürerstraße 26, Tel. (0531) 3 21 16
106. **Rumpf**, Dr. Helmut, Vortragender Legationsrat I. Klasse, 53 Bonn, Königstraße 33
107. **Rupp**, Dr. Hans-Heinrich, Professor, 355 Marburg a. d. Lahn, Calvinstraße 11, Tel. (06421) 64 19
108. **Salzwedel**, Dr. Jürgen, Professor, 53 Ippendorf bei Bonn, Spreestraße 2, Tel. (02221) 3 19 41/1625
109. **Schack**, Dr. Friedrich, Professor, 8 München 19, Kuglmüllerstraße 22, Tel. (0811) 57 13 69
110. **Schaumann**, Dr. Wilfried, Professor, 8702 Zell über Würzburg, Küsterbergstraße 8, Tel. (0931) 59 54 09
111. **Scheuner**, Dr. Ulrich, Professor, 532 Bad Godesberg, Beethovenstraße 77
112. **Schick**, Dr. Walter, Privatdozent, 8 München, Bauerstraße 23
113. **Schindler**, Dr. Dietrich, Professor, 8702 Zollikon ZH, Alte Landstraße 44, Schweiz, Tel. (051) 24 03 25
114. **Schlochauer**, Dr. Hans Jürgen, Professor, 6 Frankfurt a. M., Feldbergstraße 46, Tel. (0611) 72 71 37
115. **Schmid**, Dr. Karl, Professor, 6 Frankfurt a. M., Johann-Klotz-Straße 15
116. **Schneider**, Dr. Hans, Professor, 69 Heidelberg, Ludolf-Krehl-Straße 44, Tel. (06221) 4 03 81
117. **Schneider**, Dr. Peter, Professor, 65 Mainz, Goldenluftgasse 2 3/10, Tel. (06131) 2 32 73

118. Schnorr, Dr. Gerhard, Privatdozent, 5 Köln, Marienplatz 4, Tel. (0221) 2 02 41, Hausanschluß 2287
119. Schnur, Dr. Roman, Professor, 4630 Bochum, Königsallee 121, Tel. (02321) 3 76 80
120. Schüle, Dr. Adolf, Professor, 74 Tübingen, Bei der Ochsenweide 17, Tel. (07122) 34 03
121. Schwinge, Dr. Erich, Professor, 355 Marburg a. d. Lahn, von-Harnack-Straße 27, Tel. (06421) 26 44
122. Scupin, Dr. Hans Ulrich, Professor, 44 Münster i. W., Robert-Koch-Straße 46, Tel. (0251) 49 07 09
123. Seidl-Hohenveldern, Dr. Ignaz, Professor, 5 Köln-Lindenthal, Albertus-Magnus-Platz
124. v. Simson, Dr. Werner, Privatdozent, Bertrange, Luxemburg, Tel. 3 14 92
125. Smend, D. Dr. Dr. h. c. Rudolf, Professor, 34 Göttingen, Am Goldgraben 13, Tel. (0551) 5 65 07
126. Spanner, Dr. Hans, Professor, 8 München 9, Candidenstraße 24/VII, Tel. (0811) 49 05 73
127. Stein, Dr. Ekkehart, Professor, 23 Rammsee über Kiel, Barstenkamp 58, Tel. (0431) 8 44 79
128. Stern, Dr. Klaus, Professor, 1 Berlin 33, Trabener Straße 74, Tel. (0311) 8 87 29 35
129. Stödter, Dr. Rolf, Professor, 2057 Wentorf bei Hamburg, Golfstraße 7, Tel. (0411) 7 22 66 16
130. Thieme, Dr. Werner, Professor, 2 Hamburg 63, Am Karpfenteich 58, Tel. (0411) 59 49 92
131. Uber, Dr. Giesbert, Professor, 44 Münster-Gremmen-dorf, Heidestraße 24a, Tel. (0251) 6 13 03
132. Ule, Dr. Carl Hermann, Professor, 69 Heidelberg, Oberer Gaisbergweg 9, Tel. (06221) 2 78 32
133. v. Unruh, Dr. Georg Christoph, Privatdozent, Kreis-syndikus, 295 Leer (Ostfriesland), Hajo-Unken-Straße 34/36, Tel. (0491) 43 03
134. Vogel, Dr. Klaus, Professor, 85 Nürnberg-Laufamholz, Kainsbacher Straße 13, Tel. (0911) 57 25 42
135. Voigt, Dr. Alfred, Professor, 852 Erlangen, Burgberg-sstraße 53, Tel. (09131) 44 53
136. Wacke, Dr. Gerhard, Professor, 2 Hamburg-Nien-steden, Ordinger Weg 14, Tel. (0411) 82 64 37

137. W a g n e r , Dr. Heinz, Privatdozent, 5 Köln-Lindenthal, Lindenburger Allee 24, Dienst-Tel. (0221) 2 02 46 91
138. W a l t e r , Dr. Robert, Professor, 1010 Wien XVIII, Iglaseegasse 70/8, Österreich
139. W a r n c k e , Dr. Friedrich, Privatdozent, 5 Köln-Nippes, Mauenheimstraße 45, Tel. (0221) 73 28 01
140. W e b e r , Dr. Werner, Professor, 34 Göttingen, Wackendorferweg 1, Tel. (0551) 5 94 03
141. W e h r h a h n , Dr. Herbert, Professor, 66 Saarbrücken 15, St.-Johannes-Stadtwald, Tel. (0681) 2 13 51
142. W e n g l e r , Dr. iur., Dr. rer. pol. Wilhelm, Professor, 1 Berlin 37, Werderstraße 15, Tel. (0311) 84 65 35
143. W e n z e l , Dr. Max, Professor, 852 Erlangen, Löhestraße 29, Tel. (09131) 45 29
144. W e r n e r , Dr. Fritz, Professor, 1 Berlin 12, Hardenbergstraße 31. Tel. (0311) 32 50 41
145. W e r t e n b r u c h , Dr. Wilhelm, Professor, 5353 Katzvey (Post Mechernich), An der Rodung 44, Tel. (02256) 318
146. W i n k l e r , Dr. Günther, Professor, 1010 Wien I, Hafnersteig 5/I/7, Österreich
147. W o l f f , Dr. Hans J., Professor, 44 Münster i. W., Görresstraße 26, Tel. (0251) 2 31 96
148. Z a c h e r , Dr. Hans F., Professor, 6601 Scheidt/Saar, Im Flürchen 63, Tel. (0681) 8 42 87
149. Z i p p e l i u s , Dr. Reinhold, Professor, 852 Erlangen, Niendorfstr. 5, Tel. (09131) 79 51

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951,
14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956 und 13. Oktober 1960)

§ 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch öffentliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

§ 2

(1) Mitglied der Vereinigung kann werden, wer an der rechtswissenschaftlichen Fakultät einer deutschen oder deutschsprachigen ausländischen Universität für das Fach des Staatsrechts und ein weiteres öffentlich-rechtliches Fach als habilitierter Privatdozent oder als planmäßiger Professor tätig ist oder gewesen ist und sich der wissenschaftlichen Forschung auf dem Gesamtgebiete des Staats- und Verwaltungsrechts gewidmet hat.

(2) Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, daß die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgeschlagenen die Mitgliedschaft anzutragen. Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Absicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der

Mitgliedschaft erfüllt sind. Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

§ 3

Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahre an einem vom Vorstand zu bestimmenden Orte stattfinden. In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. Die Tagesordnung wird durch den Vorstand bestimmt.

Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muß mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

§ 4

Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. Der Vorstand wird am Schluß jeder ordentlichen Mitgliederversammlung neu gewählt.

Zur Vorbereitung der Mitgliederversammlung kann sich der Vorstand durch Zuwahl anderer Mitglieder verstärken. Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet.

§ 5

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

§ 6

Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den Vorstand oder einen Ausschuß im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. Ein solcher Beschluß bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

§ 7

Der Mitgliederbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.

