

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**

Heft 14

**Die Finanzverfassung im Rahmen
der Staatsverfassung**

**Verwaltung
und Verwaltungsrechtsprechung**

Berichte

von

Karl M. Hettlage

Theodor Maunz

Erich Becker

Helmut Rumpf

und

Aussprache zu den Berichten

**in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer
zu Hamburg am 13. und 14. Oktober 1955**



Berlin 1956

Walter de Gruyter & Co.

**vormals C. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag Verlagsbuchhandlung
Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.**

Unveränderter photomechanischer Nachdruck 1973

ISBN 3 11 006016 7

© 1956/73 by Walter de Gruyter & Co., vormals J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung — Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp., Berlin 30

Printed in the Netherlands

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung, sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Inhalt

	Seite
Eröffnung der Tagung am 13. Oktober 1955	1
Erster Beratungsgegenstand:	
Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung	
1. Bericht von Professor Dr. Karl M. Hettlage	2
Leitsätze des Berichterstatters	32
2. Mitbericht von Professor Dr. Theodor Maunz	37
Leitsätze des Mitberichterstatters	61
3. Aussprache	64
Zweiter Beratungsgegenstand:	
Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung	
1. Bericht von Professor Dr. Dr. Erich Becker	96
Leitsätze des Berichterstatters	132
2. Mitbericht von Privatdozent Dr. Helmut Rumpf	136
Leitsätze des Mitberichterstatters	172
3. Aussprache	174
Verzeichnis der Redner	211
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	212
Satzung der Vereinigung	218

Eröffnung der Tagung am 13. Oktober 1955

Der Vorsitzende (Jahrreiß) eröffnete die Tagung. Der Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg, Herr Schultze-von Lasaulx, begrüßte die Vereinigung im Namen des Rektors und der Fakultät. Der Vorsitzende gab dem herzlichen Dank der Vereinigung Ausdruck für alle Fürsorglichkeit, die der Senat von Hamburg, die Universität und vor allem die Fakultät der Vorbereitung und Durchführung der Tagung gewidmet haben.

In einem Nachruf auf Ludwig Adamovich, Walter Henrich und Walter Jellinek würdigte der Vorsitzende den schweren Verlust, den Wissenschaft und Lehre durch das Ableben dieser drei Gelehrten im Jahre 1955 erlitten hat.

Erster Beratungsgegenstand:

Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung

1. Bericht von Professor Dr. Karl M. Hettlage, Mainz

I.

Die deutsche Finanzverfassung ist seit der Verabschiedung des Grundgesetzes eine offene Frage. Der Verfassungsgeber von 1949 sah sich aus äußeren und inneren Gründen nicht in der Lage, für den Bereich der Finanzen eine Zwischenverfassung so festzulegen, wie es im übrigen geschehen ist. In Art. 107 GG wurde der einfache Bundesgesetzgeber verpflichtet, diesen vorläufigsten Teil einer vorläufigen Ordnung bis zum Ende des Jahres 1952 durch eine vorläufig endgültige Regelung zu ersetzen. Seit 4 Jahren erörtern nun die gesetzgebenden Körperschaften, die Wissenschaft und die öffentliche Meinung Mittel und Wege zu einer besseren Finanzverfassung. Auch die Staatsrechtswissenschaft hat dazu einiges zu sagen.

Unsere heutige Finanzverfassung genießt keinen guten Ruf, obwohl die Finanzen nicht in schlechter Verfassung sind. Die bisherige Entwicklung hat eindeutig dargetan, daß die derzeitigen Verfassungsgrundlagen der Finanzpolitik je länger je mehr ein Hemmnis der großen Politik nach innen und außen sind. Über den hohen Rang der Frage nach einer besseren und richtigeren Finanzverfassung braucht kein Wort verloren zu werden. Die vom Verfassungsgeber selbst aufgegebene Neuordnung ist die erste größere Revision des Grundgesetzes und rührt an seine tragenden Grundgedanken.

Die besonderen finanzpolitischen und finanzwissenschaftlichen Fragen, die vor allem der bundesstaatliche Finanzausgleich aufgibt, werde ich nicht erörtern, obwohl gerade von dort her die gestaltenden Kräfte der Finanzverfassung kommen. Eine Betrachtung der Finanzverfassung in erster Linie unter staatsrechtlichen Gesichtspunkten tut den Problemen notwendig Gewalt an. Dieser gewollten Einseitigkeit der Betrachtungsweise müssen wir uns bei unserem Gedankenaustausch bewußt bleiben.

Mein Bericht bringt zunächst einige grundsätzliche Überlegungen über die Finanzverfassung überhaupt, ihr Ziel, ihren Gegenstand und ihre normative Eigenart; er wendet sich dann der Finanzgewalt und ihren Grenzen zu, insonderheit der Stel-

lung der Finanzgewalt im Rechtsstaat, in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat.

II. Wesen und Aufgabe einer verfassungsrechtlichen Finanzordnung

Unter der Finanzverfassung im staatsrechtlichen Sinne ist der Inbegriff jener Verfassungsnormen zu verstehen, die sich mit der Ordnung des Geldwesens und dem Ablauf der Finanzvorgänge in der staatlichen Haushalts-, Vermögens- und Schuldenwirtschaft und insbesondere der Grundordnung des Steuerwesens beim Staat und den eingegliederten Gemeinwesen befassen. Mit Recht hat Strickrodt in einer weit ausholenden Untersuchung über die Möglichkeiten eines allgemeinen Systems der Finanzverfassung hervorgehoben, daß dieser Begriff bisher allzu eng gehandhabt worden ist, indem man unter Finanzverfassung hauptsächlich die verfassungsrechtliche Ordnung der Finanzgewalt im Bundesstaat, den Finanzausgleich, verstanden hat. Tatsächlich schafft aber die Finanzverfassung erst den sicheren Rechtsboden, auf dem das ganze Wirtschafts- und Sozialgefüge ruht. Vorgänge des Geldwesens sind zwar immer nur Spiegelungen bestimmter güterwirtschaftlicher Sachverhalte. Diese Spiegelhaftigkeit nimmt ihnen aber nicht ihre eigene und unmittelbare Wirksamkeit in der Wirtschaftsordnung. Dieser untrennbare Zusammenhang von Wirtschaftsordnung und Finanzverfassung gipfelt in der Abhängigkeit des Wertes fast aller Rechtsbeziehungen vom Wert des Geldes. Ihren letzten Sinn nimmt die Finanzverfassung aus dieser Hinordnung auf die Sicherheit der Währung und die Beständigkeit aller geldwerten Rechtsverhältnisse.

Von der Finanzverfassung kann im gleichen Sinne wie von der Wirtschaftsverfassung gesprochen werden. Beide sind zwei Seiten der gleichen Münze. Soweit die Grundlagen des Wirtschaftslebens verfassungsrechtlich überhaupt normiert werden, wird damit zugleich immer auch etwas über die Verfassung des Geldwesens ausgesagt. So wird die Grundentscheidung einer Verfassung für ein liberales Wirtschaftssystem im Geldwesen nur eine Funktion der freien Wirtschaft und im Finanzrecht nur ein Organisationsmittel der Gesellschaft sehen, wie sie z. B. in bestimmten Autonomievorstellungen für die Notenbank oder in der gesetzlich offenen Kreditschöpfung der Banken sich ausdrückt. Eine liberale Wirtschaftsverfassung wird die Finanzgewalt des Staates gegenüber dem Bürger anders ausgestalten als etwa eine sozialistische oder totalitäre Ordnung. Eine Verfassung, die — wie das Grundgesetz — über die verfassungsmäßige Wirtschaftsordnung nichts Besonderes aus-

sagt, könnte an den Grundlagen der Finanzordnung ebenso schweigend vorübergehen. Sie könnte sich gegenüber Änderungen des Geldwertes als einem gesellschaftlichen Vorgang ebenso neutral verhalten wie gegenüber Fehlbeträgen im Staatshaushalt oder gegenüber Art und Ausmaß der staatlichen Verschuldung. Auch die Organisation der Finanzgewalt im Bundesstaat mit ihren Bestimmungen über die Zuteilung von Steuerquellen oder Steuererträgen könnte sie der einfachen Gesetzgebung nach der allgemeinen Kompetenzordnung überlassen, wie es die Weimarer Reichsverfassung im wesentlichen getan hat. Sie brauchte auch nichts über die innere Ordnung des Staatshaushaltes oder über die staatliche Verschuldung auszusagen.

Die tragenden Leitgedanken auch der Finanzverfassung gründen sich auf bestimmte politische Ideale, nicht zuletzt auf einer bestimmten Vorstellung von der sozialen Gerechtigkeit. Auch darin unterscheidet sie sich nicht von der Wirtschaftsverfassung. Ob man sie wegen dieser letzten Rechtfertigung in ihren Hauptsätzen, z. B. hinsichtlich der Stabilität des Geldwertes, mit dem Range überpositiven Rechts und der Geltungskraft ungeschriebenen Verfassungsrechts ausstatten darf, wie es gelegentlich geschieht, erscheint mir allerdings zweifelhaft. In welchem Maße aber ihre Kernsätze von den verfassungspolitischen Grundentscheidungen berührt werden, mag in bezug auf den Rechtsstaatsgedanken, die Gewaltenteilungslehre und das bundesstaatliche Prinzip näher dargetan werden.

III. Rechtsstaat und Finanzverfassung

Die rechtsstaatliche Grundordnung will die menschliche Persönlichkeit gegenüber staatlichen und sozialen Gewalten schützen. Damit muß sie auch der Finanzgewalt bestimmte Grenzen setzen und das natürliche unregelte Finanzgeschehen, durch das der Sozial- und Rechtsordnung schwere Gefahren drohen können, normativ umhegen. Sie muß vor allem auch den staatlichen Steueranspruch grundsätzlich der gleichen rechtsstaatlichen Begrenzung und Formalisierung wie sonstige Eingriffe der Staatsgewalt unterwerfen, wenn die rechtsstaatliche Grundordnung vollständig und widerspruchsfrei sein soll. Mit Recht aber hat Herr Forsthoff in seinem Bericht über Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates vor diesem Kreise 1953 betont, daß der Rechtsstaat als Steuerstaat auf einer spezifischen, in der rechtsstaatlichen Verfassung enthaltenen Voraussetzung beruhe, nämlich der Abgrenzung der Finanzhoheit von dem grundrechtlichen Schutz des Eigentums. Der Steueranspruch ist seiner Natur nach niemals Enteignung

im staatrechtlichen Sinne mit ihren Schranken und ihren Rechtsfolgen. Diese Herausnahme des Steueranspruchs aus dem Verfassungsschutz gegen enteignende Eingriffe bedeutet eine wesentliche Durchbrechung des ganzen rechtsstaatlichen Schutzsystems. Tatsächlich ist sie auch das trojanische Pferd des Sozialismus im bürgerlichen Rechtsstaat, wie uns die englische Entwicklung der letzten Jahrzehnte und unsere eigene auch beweisen. Wir allerdings haben dazu noch einen anderen Mißbrauch der staatlichen Finanzgewalt in der Stabilisierungsgesetzgebung nach zwei großen Inflationen mit ihren enteignenden Folgen gründlich kennengelernt. Was bleibt aber von der freiheitlichen Grundordnung und dem Schutz des Eigentums bestehen, wenn der Staat alle Geldbesitzer um 93,5 vH und alle Gläubiger um 90 vH und seine eigenen sogar um 100 vH ohne Verfassungsbruch enteignen darf?

Die Herausnahme der Finanzgewalt des Staates aus dem grundrechtlichen Enteignungsschutz gibt schwere Probleme auf. Es ist offenbar unsinnig und unmöglich, die Finanzgewalt unter die Grenzen und Rechtsfolgen von sonstigen enteignenden Eingriffen zu stellen. Auf ihr beruht die gesamte materielle Ordnung des Staatslebens. Die Finanzgewalt allein ermöglicht es, das Bekenntnis der Verfassung zum Sozialstaat zu verwirklichen. Das Spannungsverhältnis zwischen dem rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Ideal ist durch eine materielle Einschränkung der Finanzgewalt nicht aufzuheben. Eine solche Schutzklausel wäre ein Fremdkörper im System des sozialen Rechtsstaates. Sie wäre auch rechtsinhaltlich kaum vorstellbar und vollziehbar und würde günstigenfalls den Katalog unbestimmter Verfassungsrechtsbegriffe um eine weitere Umschreibung des Angemessenen und seiner Grenzen vermehren. Der gesetzgebenden Gewalt und auf der Grundlage der Gesetze auch der vollziehenden Gewalt ist hier ein breites Tor des Interventionismus ohne verfassungsrechtliche Schranken eröffnet, worauf schon Herr Scheuner in seinem vorjährigen Referat hingewiesen hat.

Inwieweit die Würde des Menschen und das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch ein Übermaß enteignender Besteuerung oder durch bestimmte Formen dieser Enteignung verletzt sein könnten, mag hier dahingestellt bleiben. Diese äußersten Werte der grundrechtlichen Ordnung begrenzen selbstverständlich auch die Finanzgewalt. Das gleiche muß von dem rechtsstaatlichen Fundamentalsatz der Gleichheit vor dem Gesetz gesagt werden. Aber wegen Verletzung des Gleichheitssatzes ist meines Wissens noch nie ein Steuergesetz für ver-

fassungswidrig erklärt worden, auch nicht das Investitionshilfegesetz, dem Herr Ipsen unter diesem Gesichtspunkt eine so tiefgründige Kritik angedeihen ließ. Der Gleichheitssatz bedeutet für die Handhabung der Finanzgewalt, daß, wie es Art. 134 der Weimarer Reichsverfassung ausdrückte, die Staatsbürger ohne Unterschied im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze beitragen. Eine solche Formel relativiert den verfassungsrechtlichen Schutz gegen abgaberechtliche Willkür fast bis zur Unwirksamkeit.

Die merkwürdige Sonderstellung der Finanzgewalt in der rechtsstaatlichen Schutzordnung betrifft natürlich nur Art und Außmaß des Steueranspruchs, nicht seine rechtsstaatliche Formalisierung durch den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes; sie beschränkt insbesondere auch nicht die Zulässigkeit des Rechtsweges. Eine Finanzgerichtsbarkeit nach den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen verstände sich aus der Generalklausel des Art. 19 GG bei uns von selbst, auch wenn sie nicht in Art. 108 GG noch ausdrücklich vorgesehen wäre. Diese Finanzgerichtsbarkeit bedeutet die richterliche Überprüfung der Gesetzesanwendung im vollen Umfange der sonstigen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sie nimmt an allen verfassungsrechtlichen Garantien der rechtsprechenden Gewalten, die unabhängigen Richtern anvertraut ist, teil. Insoweit kann von einer Sonderstellung der Finanzgewalt im Rechtsstaat nicht gesprochen werden.

Die Finanzverfassung wird auch von einem anderen allgemeinen Verfassungs-Problem berührt, dem von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Dieses Spannungsverhältnis, das alle Bereiche der Verfassung durchzieht, wird bei der Finanzverfassung besonders deutlich. Die Kategorien des Geldlichen pflegen höchst real zu sein. Wenn die Verfassung darüber etwas zuverlässig normieren will, ist ihr der bequeme Weg eines dilatorischen Formelkompromisses oder eines bloßen Programmsatzes zwar nicht verwehrt, aber doch aus der Natur der Sache erschwert. Die Finanzverfassung ist sozusagen der Schwurpunkt des ganzen Verfassungswerkes, was Rechtsstaat, Gewaltenteilung und vor allem die bundesstaatliche Ordnung angeht. Man hat den Finanzausgleich nicht zu Unrecht die deutsche Gretchenfrage genannt. In ihr wird die Ernsthaftigkeit und Realisierbarkeit wesentlicher Teile des übrigen Verfassungswerkes auf die Probe gestellt. Daraus mag sich auch die große Zurückhaltung der meisten Verfassungen zu Finanzfragen erklären, die die Entwicklung im wesent-

lichen der künftigen Entscheidung des einfachen Gesetzgebers überlassen.

Die Anforderungen an eine angemessene, materiell richtige Finanzverfassung wechseln ständig. Es gibt praktisch keinen Grundsatz einer guten Finanzordnung, der nicht heute richtig und notwendig, morgen aber unter veränderten Verhältnissen falsch und unangemessen sein kann. Selbst die goldene Finanzregel des jährlich auszugleichenden Haushalts, die unter normalen Voraussetzungen uneingeschränkt gelten soll und deshalb bei uns in Art. 110 GG mit Verfassungskraft ausgestaltet worden ist, wird in einer Wirtschaftskrise unvernünftig. Die Macht der Verhältnisse würde über sie hinweggehen. Die Normen der Finanzverfassung ermangeln vielfach tatsächlich der Vollziehbarkeit und Durchsetzbarkeit in jedem Fall. So sind z. B. Art. 109, 110 und 113 GG heute schon unwirksame, weil unwirkliche Gesetze. Der Verfassungsgeber sollte sich deshalb gerade im Bereich der Finanzen große Zurückhaltung und äußerstes Maß auferlegen.

Die rechtsstaatliche Ordnung setzt eine bestimmte gesellschaftliche Wirklichkeit voraus, die sie schützen und deren Entwicklung sie mehr oder weniger lenken will. Diese Ordnung in Gesellschaft und Wirtschaft beruht auf einer bestimmten Güterordnung mit einem festen Wertmaßstab aller geldwerten Rechtsbeziehungen, den wir Währung nennen. Wenn eine rechtsstaatliche Ordnung ihren Sinn behalten soll, so kann sie an diesem höchsten Rechtsgut, das die Grundlage der gesamten Wirtschafts- und Sozialordnung bildet, nicht achtlos vorübergehen. Veränderungen des Geldwertes sind weithin Folgen der Gesetzgebung, sie können aber auch durch bloße Regierungsmaßnahmen ganz legaler Art ausgelöst werden. Änderungen des Geldwertes brauchen nicht einmal vom Staat auszugehen. Der bloße Ablauf des freien Wirtschaftsgeschehens führt ständig zu Veränderungen der Kaufkraft durch Veränderungen der Preise und Löhne, des Kreditvolumens und anderer automatischer Vorgänge. Hier laufen Ereignisse höchsten politischen Ranges außerhalb der rechtsstaatlichen Grundordnung ab. Auf diesem Wege können Revolutionen sich abseits aller staatsrechtlichen Kategorien vollziehen. Mit anderen Worten: die Währung ist ein Schutzgut jeder rechtsstaatlichen Ordnung, das die Verfassung grundrechtlich oder institutionell, unmittelbar oder mittelbar, geschrieben oder ungeschrieben zu wahren hat.

Wie die Finanzverfassung die Währung normativ schützen sollte und könnte, ist schwer zu sagen. Meist geschieht dies mittelbar durch Gebote oder Verbote oder Verfassungsinsti-

tutionen, die letztlich dem Schutz der Währung und der Stabilität der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse dienen. Dazu rechnet beispielsweise schon die verfassungsrechtliche Festlegung der Gesetzesform für den Haushaltsplan und die staatliche Verschuldung und insbesondere natürlich das — sachlich problematische — Verfassungsgebot des Haushaltsausgleichs. Zu diesem mittelbaren Währungsschutz in der Finanzverfassung gehören weiter etwaige institutionelle Sicherungen für die Unabhängigkeit der Notenbank oder die Sonderrechte der Regierung und des Finanzministers in Finanzfragen oder die Ausdehnung der richterlichen Unabhängigkeit auf die Rechnungsprüfungsbehörden. Diese verschiedenartigen Verfassungsnormen sichern die Währung aber nur mittelbar und unvollständig. Sie sind auch durchweg nicht zu diesem Ziele aufeinander abgestimmt. Dennoch darf ihre Bedeutung nicht unterschätzt werden. In unserer Verfassung könnten sie wesentlich erweitert und vertieft werden z. B. durch eine verfassungsrechtliche Sicherung der Unabhängigkeit der Notenbank, deren Rechtsstellung ursprünglich auf Besatzungsrecht beruhte, heute aber der einfachen Bundesgesetzgebung überlassen ist. Zu diesem Ziele sagt Art. 88 GG nichts aus.

Einzelne Bestimmungen einfacher Gesetze, die der guten Ordnung der Finanzen und dem Währungsschutz dienen, haben tatsächlich den Rang materieller Verfassungsnormen. Das gilt z. B. von § 21 Abs. 3 der Reichshaushaltsordnung und § 26 der Geschäftsordnung der Bundesregierung, wonach die Mehrheit der Bundesregierung den Finanzminister nur überstimmen kann, wenn der Bundeskanzler mit der Mehrheit stimmt. Das gleiche galt von § 96 der Geschäftsordnung des Bundestags, der das Initiativrecht der Abgeordneten bei Finanzvorlagen einschränkte, leider aber durch ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts für unzulässig und verfassungswidrig erklärt worden ist. Das Außerordentliche solcher von der Verfassungsregel abweichenden Bestimmungen zum Schutze von Finanzen und Währung bringt sie in die Nähe des Ausnahme- und Notstandsrechts. Sie sind nicht selten autoritäre Abweichungen von den demokratischen Verfassungsgrundsätzen, wie denn die Finanzverfassung aus diesen hier nur angedeuteten Sachzusammenhängen weithin Ausnahmerecht von der allgemeinen Verfassungsregel ist.

Für das Ideal des sozialen Rechtsstaates könnte ein Grundrecht auf stabile Währung, auf Werterhaltung des Erarbeiteten und Gesparten, ebenso gerechtfertigt erscheinen, wie ein Grundrecht auf Arbeit mit dem Ziele der Vollbeschäftigung. Es braucht nicht gesagt zu werden, wie problematisch ein

solches Grundrecht wäre. Seinem Wesen nach könnte es sich nur als Programmsatz an den Gesetzgeber und die Regierung richten, ohne subjektive Sozialrechte des Einzelnen gegen währungsgefährdende Staatsmaßnahmen zu begründen. Eine aktuelle Rechtswirkung gegen Schwankungen der Kaufkraft, etwa im Sinne einer Richtlinie für Preis- und Lohnbewegungen, würde ein solcher Programmsatz der Verfassung praktisch nicht erwerben können. Lassen wir deshalb diesen abwegigen Einfall aus der Traumfabrik des Staatsrechts auf sich beruhen. Wir müssen feststellen, daß es für den Wert des Geldes keinen Verfassungsschutz und keine wirkliche Rechtssicherheit gibt. Das letzte Ziel einer Finanzverfassung ist insoweit nicht erreichbar. Das rechtsstaatliche Grundanliegen des Schutzes gegen staatliche Willkür zerschellt hier an der rauhen Wirklichkeit.

Um so bedeutender ist der mittelbare Schutz der Währung durch verfassungsrechtliche Einzelbestimmungen. In dieser Beziehung ist unsere Finanzverfassung wie die der meisten Staaten recht unvollkommen, wie denn überhaupt das Staatsrecht aus den neueren gesicherten Erkenntnissen der Staatswissenschaften, der Wirtschafts- und Finanzwissenschaften, kaum Folgerungen gezogen hat. Die wesentlichen Rechtstützen einer geordneten Geldverfassung und öffentlichen Finanzgebarung sind durchweg der einfachen Gesetzgebung überlassen, wie z. B. das Notenprivileg und die Stellung der Notenbank gegenüber Gesetzgeber und Regierung oder die — kaum entwickelte — Staatsaufsicht über die Kreditschöpfung der Banken. Andere währungsgefährdende Maßnahmen, wie die staatliche Geldschöpfung durch die Ausgabe von Kassenscheinen mit Annahmewang oder staatliche Wechselreiterei nach Art der berühmten Mefo-Wechsel oder Kippen und Wippen bei der Münzprägung, sind gesetzlich ungeregelt und nicht verboten.

Unser Grundgesetz kennt einen mittelbaren Währungsschutz in Art. 110 mit dem Gebot des Haushaltsausgleichs, in Art. 112, der Haushaltsüberschreitungen von einem unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnis abhängig machen will, in Art. 113 durch die vorbehaltene Zustimmung der Bundesregierung zu Mehrausgabebeschlüssen von Bundestag und Bundesrat gegenüber dem Voranschlag, in Art. 114 in der Entlastung der Bundesregierung durch Bundestag und Bundesrat als einen Akt mehr formeller Kontrolle und in der richterlichen Unabhängigkeit der Mitglieder des Rechnungshofes, und schließlich in Art. 115, der die Aufnahme von Krediten auf einen außerordentlichen Bedarf und in der Regel auf werbende

Zwecke beschränken will. Wie gering die Rechtssubstanz dieser Klauseln ist und wie wirkungslos sie in der politischen Praxis vielfach sind, wird uns zum Teil noch beschäftigen und braucht im einzelnen hier nicht dargetan zu werden. Als verfassungsrechtlicher Schutzdamm für die Stabilität der Währung können sie kaum gewertet werden. Soviel über die Bedeutung der Finanzverfassung für die rechtsstaatliche Grundordnung.

IV. Die Finanzgewalt in der Gewaltenteilung

Auch ein anderer tragender Grundgedanke unserer Verfassung, der Grundsatz der Gewaltenteilung, gibt für die Finanzverfassung eigene Probleme auf. Wesentliche Durchbrechungen des Trennungsgrundsatzes sind für die Finanzverfassung geradezu typisch. Nicht zu Unrecht hat Herr Wacke die Finanzverfassung der Bundesrepublik als einen Katalog von Verfassungsausnahmen bezeichnet. Diese Abweichungen von der sonstigen Kompetenzordnung betreffen die Zuständigkeit zur Steuergesetzgebung, das Verhältnis von Legislative und Exekutive bei der Feststellung des Staatshaushalts und insbesondere die Aufteilung der Finanzgewalt im Bundesstaat. Die Abweichungen von der allgemeinen Verfassungsordnung berühren sogar die Gerichtsbarkeit, wenn man die einheitliche Regelung der Finanzgerichtsbarkeit durch Bundesgesetz, die Art. 108 Abs. 5 GG vorschreibt, abweichend von Art. 92 GG dahin versteht, daß die Finanzgerichte aller Instanzen als Bundesgerichte eingerichtet werden können. Ich halte diese Auffassung mit den Herren Friesenhahn und Klein nicht für zutreffend, will darauf aber auch im einzelnen nicht eingehen.

Für die grundsatzwidrige Ausübung von funktioneller Verwaltung durch Organe der Gesetzgebung bietet die Finanzverfassung die bekannten Beispiele der Feststellung des Haushaltsplans oder der Erteilung von Kreditermächtigungen durch ein formelles Gesetz, die einen eindeutigen Vorrang der Legislative begründen. Das erklärt sich aus der geschichtlichen Entwicklung des vordemokratischen Steuerbewilligungsrechts zum volldemokratischen Haushaltsbewilligungsrecht.

Auch hier bestätigt sich die Feststellung der Herren Drath, Forsthoff, Weber u. a., daß der Grundsatz der Gewaltenteilung seine umfassende Funktion des Hemmens und Ausgleichs der Gewaltenträger in der modernen Demokratie einzubüßen beginnt und mehr ein technisches Mittel zur Organisation der Staatsgewalt zugunsten der individuellen Freiheit geworden ist. Der Einbruch der gesetzgebenden Gewalt in den Funktionsbereich von Regierung und Verwaltung ist breit: von der Enteignung durch Gesetz über parlamentarische Mitwirkungs-

rechte beim Gesetzesvollzug bis zur unmittelbaren Einflußnahme auf die Durchführung des gesetzlich festgestellten Haushaltsplanes. Die Ursachen und Probleme dieser Entwicklung gehören nicht hierher, ihre Auswirkungen auf die Finanzverfassung, insbesondere auf die Rechtsnatur des Haushaltsplans und die tragenden Grundgedanken des öffentlichen Haushaltsrechts, sollen aber kurz hervorgehoben werden.

Das Haushaltsgesetz ist keine Norm, die Ansprüche oder Verbindlichkeiten Dritter begründet (§ 24 RHO); das gilt gleichermaßen für öffentliche und private Rechte und Pflichten. So kann z. B. eine Steuer nicht schon deshalb erhoben werden, weil sie im Haushaltsgesetz vorgesehen ist. Umgekehrt muß eine Verbindlichkeit gegenüber dem Staat selbstverständlich erfüllt werden, auch wenn sie nicht im Haushaltsplan als Einnahme veranschlagt ist. Die Rechtswirkung des Haushaltsgesetzes wird zutreffend als Autorisation, als Ermächtigung an die Regierung zur Leistung bestimmter Ausgaben für bestimmte Zwecke gekennzeichnet. Für die Einnahmeseite des Haushaltsplans begründet das Haushaltsgesetz keine Pflicht der Regierung, die veranschlagten Beträge zu erheben. Eine Rechtspflicht dazu kann nur durch besondere Gesetze, vor allem die Abgabengesetze, begründet werden; das gleiche gilt für eine etwaige Verpflichtung der Regierung zur Leistung bestimmter Ausgaben. Die vollziehende Gewalt ist bei der Durchführung des Haushaltsplans kein Vollzugsausschuß der gesetzgebenden Gewalt. Diese Selbständigkeit und alleinige Verantwortung der Regierung entspricht dem Verfassungsgrundsatz der Gewaltentrennung in Art. 20 Abs. 2 GG. Die Befugnisse der gesetzgebenden Organe beschränken sich auf die politische Haushaltsüberwachung, die sich in der formalen Genehmigung von Haushaltsabweichungen, in der Überprüfung der Rechnung und der abschließenden Entlastung äußert. Einmischungen von Gesetzgebungsorganen, z. B. des Finanzausschusses oder eines Fachausschusses der Volksvertretung, in den Vollzug des Haushaltsplans sind verfassungswidrig. So ist ein Haushaltsvermerk, der die Leistung einer Ausgabe oder die Besetzung einer Planstelle von der vorherigen Zustimmung eines Ausschusses der Volksvertretung abhängig machen will, rechtsunwirksam und für die Regierung unbeachtlich. Nach Art. 79 Abs. 3 GG würde eine Mitwirkung von Gesetzgebungsorganen beim Vollzug des Haushaltsplans nicht einmal durch verfassungsänderndes Gesetz begründet werden können. Ich bin der Meinung, daß diese Verfassungsschranke auch außerhalb des Haushaltsvollzuges unübersteigbar ist und eine Mitwirkung von Ausschüssen oder Mitgliedern der gesetzgebenden

Körperschaften in Regierungs- und Verwaltungsangelegenheiten auf Grund besonderer Gesetze verbietet.

Für den Bereich des Haushaltsvollzuges muß ich aber leider hinzusetzen, daß diese verfassungsrechtlichen Feststellungen über die alleinige Entscheidungskompetenz der Regierung tatsächlich nur einen geringen praktischen Wert haben, denn die politische Abhängigkeit der Regierung vom Parlament läßt sie ein ständiges Einvernehmen mit diesem suchen und Auseinandersetzungen über ihre alleinigen Entscheidungsbefugnisse nach Möglichkeit vermeiden.

Diese politische Abhängigkeit der Regierung vom Parlament ist auch geeignet, die tragenden Grundgedanken unseres Haushaltsrechts mehr und mehr zu verändern und auszuhöhlen. Alle Haushaltsordnungen gehen von der Annahme aus, daß die Volksvertretung der natürliche Hüter einer guten Finanzordnung gegenüber einer ausgabefreudigen Regierung sei, die unzweifelhaft auch heute einer Bindung und Überwachung zur Wahrung von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bedarf. Das Lebensgesetz der Massendemokratie, das ist der Wettbewerb der Parteien um die Stimme der Wähler, hat diese Interessenlage wesentlich verschoben. Das Parlament ist keineswegs mehr der geborene Hüter von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Die Regierung beim Vollzug des Haushaltsplans auch rechtlich noch dem Willen des Parlaments zu unterwerfen, hieße den natürlichen Hang der Demokratie zum Selbstmord noch verstärken. Gegen diese immer drohende Durchbrechung der Gewaltenteilung muß in der Finanzverfassung ein autoritäres Gegengewicht geschaffen werden. Ansätze dazu sind im Grundgesetz enthalten z. B. in dem Zustimmungsvorbehalt der Bundesregierung zu Mehrausgabebeschlüssen von Bundestag und Bundesrat in Art. 113 GG, der aber unklar und unvollständig ist und seinen Zweck bisher nicht erfüllt hat, oder in dem alleinigen Recht des Finanzministers zur Zustimmung zu Haushaltsüberschreitungen nach Art. 112 GG, das die nachträgliche Genehmigung durch Bundestag und Bundesrat aus § 83 der Reichshaushaltsordnung bedeutungslos gemacht hat. Auch die Unabhängigkeit des Rechnungshofes nach Art. 114 GG enthält ein solches autoritäres Element, das sich aber nur in „Erinnerungen“ und nicht in Maßnahmen äußern darf. Der Rechnungshof ist bisher verfassungsrechtlich nur der sachverständige Gehilfe des Parlaments zur Vorbereitung der Entlastung geblieben. Ein künftiges Finanzverfassungsgesetz wird aus diesen Ansätzen ein System gegenseitiger Kontrollen von Parlament und Regierung zur Sicherung von Haushalt und Währung mit dem Rechnungshof als unabhängigem insti-

tutionellen Hüter einer geordneten und wirtschaftlichen Finanzgebarung entwickeln müssen. Dabei sollte auch die Sonderstellung des Finanzministers innerhalb und außerhalb der Regierung verfassungsrechtlich gewährleistet werden. In anderen Ländern, insbesondere in Großbritannien, hat die politische Tradition seit Jahrhunderten zu solchen autoritären Einrichtungen der demokratischen Verfassung geführt, die ihre ungeschriebene Verfassungskraft bis heute behalten haben.

Diese Abweichungen von dem sonstigen Verfassungsbild im Bereich der Finanzordnung sind so bedeutend, daß die Frage nach einer in ihrer Art eigenen Finanzfunktion der Staatsgewalt gestellt werden kann. So meint z. B. Herr Wacke, daß für diese Abweichungen im Bereich von Gesetzgebung und Verwaltung, vor allem von der bundesstaatlichen Grundordnung, besondere innere Gründe maßgebend sein müssen; sie führten zu einer eigenen Finanzfunktion, die von allen anderen Bereichen des Staatslebens deutlich abgrenzbar sei. Mit der materiellen Verwaltung, die die Interessen der Bürger betreue und Daseinsvorsorge treibt, sei sie nicht vergleichbar. Die Finanzfunktion laufe quer durch das gesamte Staatsgefüge und bestehe in der Selbstausstattung des Staates, in der Beschaffung der Mittel, in der Intendantur. Tatsächlich ist ja auch die Finanzverwaltung in Preußen aus der Heeresverwaltung der Kriegs- und Domänenkammern hervorgegangen, und diesen militärischen Zug, gepaart mit Nüchternheit und Ordnungssinn, hat sie bis heute im Typ zu bewahren sich bemüht. Der antiparlamentarische Affekt ist überall bei den Finanzministerien am größten. Sein Amt und die Finanzverfassung überhaupt leben immer ein wenig in der Nähe des Ausnahmezustandes. Man könnte Abschnitt 10 des Grundgesetzes über das Finanzwesen als die Traditionskompanie Preußens im liberal-demokratischen Verfassungsstaat rheinisch-bayerischen Gepräges bezeichnen, und es ist wohl auch kein Zufall, daß der geistige Vater dieser Finanzverfassung ein früherer preußischer Finanzminister war.

Ähnliche Ausnahmezüge zeigt im übrigen auch das Finanzrecht anderer Staaten, z. B. Frankreichs mit dem berühmten Inspecteur des Finance, der auf allen Stufen der Verwaltung fast ihr Vormund mit weiten Zustimmungs- und Mitzeichnungsrechten ist. So weist die Natur der Sache dem Hüter der öffentlichen Finanzen tatsächlich überall die Funktion zu, ein objektives und objektivierendes Prinzip im Verfassungsbau und in der politischen Entwicklung der Parteiendemokratie zu sein. Ob man die Finanzgewalt wegen dieser Eigenart und Eigengesetzlichkeit staatsrechtlich als eine besondere Finanz-

funktion bezeichnen soll, lasse ich dahingestellt. Eine vierte Gewalt ist damit nicht anerkannt. Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung behalten auch im Finanzbereich ihre funktionelle Eigenart und ihre typische Ausprägung.

V. Die Finanzgewalt im Bundesstaat

Die ganze Eigenart der Finanzverfassung und der komplexe Charakter ihrer Probleme wird bei ihrer Einordnung in das bundesstaatliche Verfassungssystem offenbar. Man bezeichnet diese Frage meist als die des Finanzausgleichs, der nicht minder ein staatsrechtliches wie ein finanzwirtschaftliches und finanzwissenschaftliches Problem ist. Es ist oft gesagt worden, daß die bundestaatliche Aufteilung der Gewalten und die politische Bedeutung des bündischen Gedankens wirkungslos bleiben, wenn ihnen nicht die Finanzverfassung in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung entspricht. Wo die finanziellen Voraussetzungen für das verfassungsmäßige Zusammenwirken von Bund und Gliedern fehlen, ist der Wille der Verfassung nur beschränkt oder überhaupt nicht vollziehbar. Diese Inkongruenz von Staatsverfassung und Finanzverfassung kann sich gleichermaßen gegen den Bund wie gegen die Länder richten. Das zentrale Problem der bundesstaatlichen Finanzordnung besteht nun aber darin, daß die allgemeinen Grundsätze für das Zusammenwirken und die Trennung zwischen Bund und Ländern für die Finanzgewalt nicht unverändert angewandt werden können. Ältere Verfassungen haben das versucht, indem sie keine Sonderregeln für die Handhabung der Finanzgewalt aufstellten. Heute enthalten die Verfassungen wohl aller Bundesstaaten Sonderbestimmungen über die Aufteilung der Steuergesetzgebung und der Besteuerungshoheit. Bereits die Verfassung der Vereinigten Staaten von 1787 verlieh der Union eine umfassende Finanzgewalt, die von der sonstigen Gewichtsverteilung der Verfassung erheblich abwich. Durch die 16. Verfassungsnovelle von 1913 erhielt der Bund das Recht, eine eigene Einkommensteuer neben der Einkommensteuer der Einzelstaaten zu erheben. Immerhin blieben die Steuerquellen unbeschadet des Vorranges der Bundesfinanzgesetze einer getrennten Gesetzgebung und Verwaltung von Bund und Einzelstaaten überlassen, wobei der Bund neben den Zöllen, die ihm allein zustehen, sowohl indirekte als auch direkte Steuern nach eigenem Ermessen erheben kann. In der Schweiz wies die Bundesverfassung von 1848, deren Finanzartikel kennzeichnenderweise 1874 und später mehrfach ge-

ändert wurden, dem Bund zunächst die Zölle und Monopolerträge von Bahn und Post sowie die Verkehr- und Verbrauchssteuern zu. 1915 wurde dann zur Deckung des militärischen Bedarfes eine Bundeseinkommensteuer erhoben, die seitdem alljährlich unter wechselnden Bezeichnungen als direkte Bundessteuer weiter erhoben wird. Zu ihrer Rechtfertigung außerhalb der verfassungsmäßigen Gesetzgebungskompetenz erfand man eine wohlbegründete Theorie des fiskalischen Notrechts. Der Kampf um die verfassungsrechtliche Legalisierung der Bundeseinkommensteuer dauert in der Schweiz noch an. Die deutsche Entwicklung von der Bismarckschen Reichsverfassung bis heute ist bekannt. Sie weist die gleichen Entwicklungstendenzen auf. Es geht uns hier nicht um die finanzpolitische Generallinie dieser Erscheinungen, sondern lediglich um den Bedeutungswandel, den die staatsrechtlichen Probleme der Finanzgewalt im Bundesstaat unter ihr erfahren haben.

Unter **F i n a n z g e w a l t** ist die Ausübung der Staatsgewalt zur Deckung des staatlichen Bedarfs durch öffentliche Zwangsabgaben zu verstehen. Diese Finanzgewalt ist ein Ausfluß der allgemeinen Staatsgewalt, die im Bundesstaat wie diese auf Bund und Länder aufgeteilt werden muß. Sie ausschließlich dem Bund oder den Gliedstaaten vorzubehalten, hieße das bündische Prinzip beseitigen. Gewiß wäre eine Finanzverfassung denkbar, die die gesamte Finanzgesetzgebung und die Erhebung aller Steuern dem Bund vorbehielte und die Länder wie die übrigen Gebietskörperschaften an dem Aufkommen der Bundessteuern entsprechend ihren Aufgaben beteiligte. Eine solche Finanzverfassung würde man aber nicht mehr bundesstaatlich nennen dürfen, selbst wenn den Ländern im übrigen eine ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebung und ein eigener weisungsfreier Verwaltungsbereich eingeräumt würden. Man würde diese Länder wegen des Fehlens einer eigenen Finanzgewalt nur noch als hochpotenzierte Selbstverwaltungskörper mit einer weitgehenden autonomen Rechtsetzungsbefugnis und mit eigenen und übertragenen Verwaltungsaufgaben bezeichnen können, nicht aber als Gliedstaaten eines Bundesstaates.

Es ist eine viel erörterte Erscheinung, daß die ständig zunehmenden Aufgaben des modernen Verwaltungsstaates in Bundesgesetzen einheitlich geregelt werden und dem stärkeren Finanzträger, das ist der Bund, angelastet werden. Die äußeren und inneren Gründe dafür sind bekannt. Diese Ungleichmäßigkeit in der Zunahme des Finanzbedarfes bei Bund und Ländern erfordert eine ständige Anpassung ihrer Finanzkompetenzen. Die förderale Theorie, die unserer Verfassung zugrunde liegt,

ist ein Kind des christlich-naturrechtlichen Subsidiaritätsprinzips und des Idealismus und der Romantik. Sie ist nicht nur ein zweckmäßiges, sondern ein unentbehrliches Gegenstück zur demokratischen Staatsform und zum rechtsstaatlichen Anliegen. Der Zuwachs an gesamtstaatlicher Verantwortung und öffentlichen Aufgaben und Lasten beim Bund hat die Labilität jeder bundesstaatlichen Ordnung durch den Kampf um einen möglichst großen Anteil an der Finanzgewalt erheblich vergrößert. Die Entwicklung hat den Bund überall zum angreifenden Teil gemacht. Die angegriffenen Länder nehmen ihre Zuflucht zum Verfassungsrecht, weshalb die neueren Finanzverfassungen sich überwiegend mit dem Finanzausgleich in Artikeln befassen, die ihrer Tendenz nach Schutzklauseln zugunsten des bisherigen Besitzstandes der Länder sind. Weitgehende Zustimmungsvorbehalte der Länder bei der Finanzgesetzgebung des Bundes sollen dieses Verteidigungssystem bis in die Grundsatzfragen der Verfassung hinein vertiefen. Gegenstände und Gehalt der Finanzartikel werden weniger durch ihren Rang für das Verfassungsleben als vielmehr durch das Ziel taktischer Vollkommenheit dieses staatsrechtlichen Verteidigungswerkes bestimmt. So werden dann schließlich sogar bestimmte Bedarfsgrößen und feste Quoten an einem ungewissen künftigen Steueraufkommen verfassungsrechtlich festgelegt, um sie tunlichst unentziehbar zu machen. Alles dieses ist in seiner Tendenz durchaus verständlich.

Worin liegt nun aber der tiefere Grund für diese Erscheinungen? Das Problem beginnt mit der Zuteilung der öffentlichen Aufgaben und des Finanzbedarfes auf Bund und Länder. Eine sinnvolle Zuordnung der Deckungsmittel, sei es aus eigenen Steuern, sei es aus Steueranteilen anderer Steuergläubiger, setzt eine bestimmte und in der großen Linie beständige, wenn auch nicht endgültige Zuweisung der finanziellen Lasten an alle Träger öffentlicher Aufgaben voraus. Über diese Aufgaben- und Ausgaben-Verteilung pflegen die Verfassungen der Bundesstaaten nichts besonderes zu bestimmen, so auch das Grundgesetz nicht. Sie unterstellen, daß durch die Zuweisung der Verwaltungsaufgaben bei der Durchführung der Gesetze zugleich über die Kostenträgerschaft entschieden werde, wobei der verfassungsrechtliche Unterschied zwischen einer eigenen Landesverwaltung und einer Bundesauftragsverwaltung der Länder keine Bedeutung für die Lasten haben soll; sie rechtfertige es lediglich, daß der Bund ausnahmsweise die Kosten einer Auftragsverwaltung durch Bundeszuschüsse mittrage, weil es sich hier um Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern handele.

Der Entwurf der Bundesregierung zu einem Finanzverfassungsgesetz, das den bisherigen Art. 106 GG in sieben neue Verfassungsartikel auflösen und erweitern wollte, versuchte in dieser Art, die Finanzverantwortung aus der Verwaltungsverwaltung abzuleiten. Die Deckungsmittel, die bisher nicht nach dem Finanzbedarf auf Bund und Länder aufgeteilt sind, sollen nunmehr nach dem besonderen „finanziellen Kompetenzbereich“ erneut aufgeteilt werden. Bundesaufgaben sollen aus Bundesmitteln, Länderaufgaben aus Ländermitteln finanziert werden, so lautet die eindrucksvolle Formel. Eine solche Richtlinie verschiebt das Problem nur von der Deckung des Istbedarfes, wie er nach der jeweiligen und vielfach grundsatzlosen Entscheidung des Gesetzgebers entsteht, hin zu der Ermittlung eines Sollbedarfes, zur „richtigen“ Zuordnung der Aufgaben und Lasten an Bund und Länder. Der innere Zusammenhang zwischen Aufgabenverantwortung und Ausgabenverantwortung soll das lastenzuteilende Prinzip sein. Dieser Leitgedanke entspricht dem förderalen Prinzip, mit dessen Sinn und Zweck die Ausweitung hoheitlicher Gewalt eines Partners auf Kosten eines anderen, sei es im Verhältnis Bund — Länder, sei es der Länder untereinander, grundsätzlich nicht vereinbar ist.

An den Begriffen „Aufgabenverantwortung“, „Ausgabenverantwortung“ und „Finanzverantwortung“ hat sich eine lebhafte Diskussion entfacht. Wer trägt die Aufgabenverantwortung bei der Durchführung eines Bundesgesetzes durch die Länder in eigener Verwaltung nach Art. 30 und 84 GG? Besteht nicht eine selbständige Deckungsverantwortung des Bundes dergestalt, daß ihm verfassungsrechtlich die Verantwortung für die Deckung aller Lasten auferlegt wird, die seine Gesetzgebung verursacht? Es ist ein allgemeiner Rechtsgedanke, daß Tätigwerden im fremden Auftrag grundsätzlich auch für fremde Rechnung geschieht, was sicherlich auch für die Bundesauftragsverwaltung der Länder gelten muß. Diesen Grundsatz aber auch auf die weisungsfreie eigene Verwaltungstätigkeit der Länder bei der Durchführung von Bundesgesetzen auszudehnen ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Länder Art und Ausmaß der Aufgabenerfüllung im Rahmen der Bundesgesetze allein bestimmen. Diese Länderaufgaben bedingen Länderausgaben und sollen deshalb nach der Meinung der Bundesregierung auch deren alleinige Finanzverantwortung begründen.

Dieser Streit um die Verantwortungen ist deshalb so unfruchtbar, weil jeder Partner dem anderen die Finanzverantwortung für eine Aufgabe zuzuschieben versucht, bei der jener

in irgendeiner Form über die Durchführung der Aufgabe und damit über die Höhe ihrer Kosten mitbestimmt. Dieses politische Beteiligtsein soll zu einer entsprechenden finanziellen Beteiligung führen. Art und Ausmaß dieser wechselseitigen Interessen im weiten Bereich der öffentlichen Aufgaben sind so verschiedenartig und weitgespannt, daß daraus brauchbare Grundsätze für die Deckungs- oder Finanzverantwortung kaum mehr zu entwickeln sind. Schließlich bleibt es bei der Tautologie der vorgeschlagenen Neufassung des Art. 106 Abs. 2 GG, nach der „der Bund die zur Ausübung der staatlichen Befugnisse und zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben erforderlichen Ausgaben trägt, soweit die Wahrnehmung dieser Befugnisse und Aufgaben Sache des Bundes ist; alle übrigen Kosten sollen die Länder tragen“. Die Begründung erläutert diese Umschreibung des *sum cuique* dahin, daß die Länder die Kosten ihrer Verwaltung grundsätzlich allein zu tragen haben, und daß bei der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben durch mehrere Gebietskörperschaften — gemeint ist vor allem die Auftragsverwaltung — diese Gemeinschaftsaufgaben auch gemeinschaftlich finanziert werden müßten. Der Bund solle aber nicht das Recht haben, fremde Aufgaben, an denen er nur politisch interessiert ist, durch Zuschüsse mitzufinanzieren. Diese Ausführung eigener Länderaufgaben ganz für Rechnung des Bundes, wie sie Art. 120 GG für die Besatzungslasten und die Kriegsfolgelasten mit einem Block von rund 5 Milliarden DM als Ausnahme von der Regel vorschreibt, solle es künftig nicht mehr geben. Bis dahin soll eine Pauschalierung der Kostenerstattung oder eine wirklich spürbare Interessenquote der Länder von mindestens 30 vH (bisher 15 vH; nach der beschlossenen Neuregelung für ein Teilgebiet des Art. 120 GG künftig 20 vH) das finanzielle Interesse des Verwalters fremder Mittel erhalten.

Technische Einzelheiten interessieren hier nicht. Wichtig ist nur die Erkenntnis, daß aus der Natur einer bestimmten Aufgabe kaum ein brauchbares Zuordnungsprinzip für die Kostenbelastung entnommen werden kann. Selbst dort, wo eine Aufgabe ihrer Art nach als typische Länderaufgabe zu bezeichnen ist, besteht möglicherweise noch eine Ausgleichsfunktion des Bundes, die in Art. 28 Abs. 3 GG als Grundsatz verkündet wird. Diese Ausgleichsfunktion kann in einer ziemlich breiten Grenzzone dem sonst die Aufgabenzuteilung beherrschenden Subsidiaritätsprinzip widersprechen. Föderalismus bedeutet Verschiedenheit der öffentlichen Aufgaben nach Art und Ausmaß ihrer Verwirklichung von Land zu Land aus Selbstentscheidung.

Für die rechtsstaatliche Freiheit und für die politischen Werte des echten Föderalismus ist es kein zu hoher Preis, wenn sich dieser Unterschied der Aufgabenerfüllung in maßvollen Grenzen hält. Um diese Grenzen geht es aber gerade bei der Lastenzuweisung. Die politische Grundanschauung hierüber hat sich in den letzten 50 Jahren gewandelt. Die öffentliche Meinung nimmt schon geringfügige Leistungs- oder Belastungsunterschiede nicht mehr widerspruchslos hin. Ein gleichmäßiger Verwaltungsstandard und eine gleichmäßige Steuerbelastung sind auch im Bundesstaat ein Ideal geworden. Der Kreis der Aufgaben, deren Vollzug keine regionale Mannigfaltigkeit mehr erträgt, wird immer größer. Selbst die Zitadelle der Eigenstaatlichkeit, die kulturellen Aufgaben, werden davon erfaßt. Sollen die Schulen in Schleswig-Holstein oder in Bayern deswegen weniger gut ausgestattet sein als in Nordrhein-Westfalen, weil das Aufkommen an Landessteuern je Einwohner 1955 in Schleswig-Holstein 170,— DM, in Bayern 230,— DM und in Nordrhein-Westfalen 316,— DM betrug? Soll die Universität in Hamburg dreimal so reich ausgestattet sein wie die Landesuniversität in Schleswig-Holstein, weil das Steueraufkommen in Hamburg je Kopf 480,— DM und in Schleswig-Holstein nur 170,— DM beträgt? Hier fließt dem Bund ganz von selbst auch ohne den Verfassungshinweis in Art. 28 Abs. 3 GG eine Ausgleichsfunktion zu, deren Ausmaß heute mit den ursprünglichen Anschauungen der Verfassung kaum mehr in Einklang steht. Die Länder pflegen als Kollektiv allen Durchbrechungen der verfassungsmäßigen Aufgabentrennung zu widersprechen, sie einzeln vielfach aber selbst durch das Nachsuchen von Bundeszuschüssen herbeizuführen. Während sonst das Geld der Aufgabe folgen soll, zieht hier das Geld die Aufgabe nach sich.

Nach der Begründung zum Finanzverfassungsgesetz scheint die Bundesregierung aus dieser Entwicklung eine neue verfassungsrechtliche Theorie der Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern entwickeln zu wollen, die „auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen, gegebenenfalls des ungeschriebenen Verfassungsrechts, durch die staatspolitische Praxis bestimmt werden“. Für diese Gemeinschaftsaufgaben, deren Kern die Bundesauftragsverwaltung ist, soll der Bund den Sachaufwand ganz oder teilweise tragen und sogar Zuschüsse zu den persönlichen und sachlichen Verwaltungskosten der Länder leisten dürfen, während sonst gegenseitige Verwaltungskostenzahlungen grundsätzlich ausgeschlossen sein sollen. Ich übergehe die finanzpolitische und technische Seite dieser Verwaltungskostenfrage hier. Sie hat

ein erhebliches finanzielles Gewicht. In der großen Linie hat das inzwischen in Kraft getretene Vierte Überleitungsgesetz, vorher Finanzanpassungsgesetz genannt, dergleichen Verwaltungskostenzuschüsse beseitigt, vor allem für die Auftrags-tätigkeit der Finanzämter als Landesbehörden für den Bund bei der Einziehung der Umsatzsteuer, der Beförderungsteuer und des Bundesanteils an der Einkommensteuer.

Ich muß es mir auch versagen, in die innere Problematik des Versuches einer Zuordnung der finanziellen Lasten nach Verantwortungsbereichen einzugehen. Herr Köttgen hat das in einer gründlichen und gedankenreichen Form schon getan. Ich stimme ihm darin zu, daß aus der formalen Erklärung einer Aufgabe zur Länderaufgabe im Sinne von Art. 30 und 84 GG allein die Finanzverantwortung nicht begründet werden kann. Die Sachverantwortung bemißt sich nach anderen Gesichtspunkten, beispielsweise nach dem Ausmaß der bundesgesetzlichen Regelung von der Rahmenregelung bis in die technischen Einzelheiten hinein, die wegen des angedeuteten Bedürfnisses nach einheitlicher Aufgabenerfüllung mehr und mehr zunimmt. Umgekehrt besteht wegen der formellen Weisungsgebundenheit der Länder bei ihrer Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 GG unter dem Gesichtspunkt der Sachverantwortung keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, sie deshalb aus Bundesmitteln zu finanzieren. Die Entscheidung über die Kostentragung ist aus der verfassungsrechtlichen Kategorie des Gesetzesvollzugs durch bestimmte Verwaltungsträger nicht zu treffen. Der einfache Bundesgesetzgeber hat freie Hand für sachgerechte Regelungen und Unterscheidungen. Ich stimme Herr Köttgen insbesondere zu, wenn er meint, daß sich hinter der Idee der Rechts- und Wirtschaftseinheit, deren Bedeutung Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG bestätigt, für die Gegenwart — mehr oder minder unverhüllt — die Idee einer Verwaltungseinheit verberge. Ich bin der Meinung, daß kein moderner Bundesstaat, der ein sozialer Rechtsstaat sein will, auf die Dauer nicht umhinkommt, diese Verwaltungseinheit in ihren wesentlichen Zweigen zu verwirklichen. Der unaufhaltsame Übergang vom bürgerlichen Rechtsstaat zum Verwaltungsstaat hat auch die traditionelle Scheidung der Verwaltungsbereiche im Bundesstaat entscheidend verändert und keine restaurativen Verfassungsbemühungen können diese Entwicklungstendenz aufhalten. Hier setzt die Macht der Entwicklung und die Natur der Dinge der konservativen Haltung Grenzen, die man bedauern muß, aber nicht ignorieren kann.

Auch die besondere Eigenart der Finanzgewalt erzwingt eine einheitlichere Betrachtung und eine verfassungsrechtliche Zusammenfassung, vielfach abweichend von der sonstigen Gewaltenteilung zwischen Bund und Ländern. Das Objekt der Finanzgewalt, die Vielzahl der Steuergegenstände und Steuerschuldner, bildete seinerseits eine große Einheit. Aus dieser einen Steuerkraft der Wirtschaft entspringen schließlich alle Steuerquellen gemeinsam. So unausgewogen das Steuersystem auch sein mag, alle Wirtschaftsvorgänge wirken irgendwie in alle Steuerverhältnisse hinein. Umgekehrt wirkt jede Veränderung der Besteuerung bei einer Steuerart in irgendeiner Form auf alle übrigen zurück. Dieser unteilbare große Zusammenhang zwischen Wirtschaft und Steuer erheischt eine ständige Anpassung des gesamten Steueraufkommens an den Gesamtbedarf aller Bedarfsträger. Nationale Aufgaben, nationaler Finanzbedarf, Nationaleinkommen und nationales Steueraufkommen sind letztlich einheitliche und korrespondierende Größen. Unbeschadet der Vielzahl ihrer Teilhaber ist die Finanzgewalt eine einheitliche, wie die Staatsgewalt eine einheitliche ist, unbeschadet ihrer Funktionsformen und ihrer zahlreichen Wirkungsbereiche.

Gleiche öffentliche Lasten und gleiche Verwaltungsleistungen sind auch die Voraussetzung für eine möglichst weitgehende Wettbewerbsgleichheit, für gleiche wirtschaftliche Startbedingungen. Eine freiheitliche Verfassung muß die prinzipielle Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen unter dem Steuergesetz fordern. Sie verlangt zwar nicht Gleichheit und Gleichartigkeit der Besteuerung, aber doch Gleichmäßigkeit, d. h. gleiches Maß unter gleichartigen Voraussetzungen. Sie duldet grundsätzlich keine regionalen Steuerunterschiede, die sich aus einer unterschiedlichen Handhabung der gliedstaatlichen Finanzgewalt ergeben, obwohl die regionalen Verschiedenheiten von Finanzbedarf und Steuerkraft sich doch im Bundesstaat von selbst verstehen müßten. Dieser eifersüchtige Gleichheitsdrang der Wirtschaft nivelliert sogar die Hebesätze der örtlichen Gewerbe- und Grundsteuern und beschränkt damit die gemeindliche Selbstverwaltung in ihrer schon begrenzten Finanzautonomie nicht weniger als die föderale der Länder.

Es ließen sich noch weitere typische wirtschaftliche Zusammenhänge aufzeigen, die einen linientreuen Föderalismus in der Finanzverfassung heute unmöglich machen. Sie alle lassen sich auf die Unvereinbarkeit einer föderalen Finanzautonomie in Steuergesetzgebung und Ertragshoheit mit der wirtschaftlichen und sozialen Einheit des modernen Verwal-

tungsstaates — gleich welcher Verfassungsform — zurückführen. Dieses Spannungsverhältnis kann die Finanzverfassung nur dadurch lösen, daß sie die Finanzordnung dem einheitlichen Wirtschafts- und Sozialgefüge anpaßt, nicht umgekehrt dadurch, daß sie die Wirtschafts- und Sozialordnung entsprechend den natürlichen gliedstaatlichen Verschiedenheiten zu differenzieren versucht. Ein solcher Versuch würde alsbald bei der Wiedereinführung von unsichtbaren Binnenzöllen durch unterschiedliche Belastungen von Gütererzeugung, Verkehr und Verbrauch enden.

Welche Folgerungen hat unsere Verfassung aus dieser unentrinnbaren Gewalt des Einheits- und Gleichheitsgedankens im Bereich des Wirtschaftlichen und Sozialen bei der Aufteilung der Finanzgewalt gezogen? Für die Gesetzgebung begründet Art. 105 GG eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundes nur für die Zölle und die Finanzmonopole. Die große Masse der übrigen Abgaben soll der konkurrierenden Gesetzgebung von Bund und Ländern unter den allgemeinen Voraussetzungen einer Bedarfsgesetzgebung nach Art. 72 GG unterliegen. Die drei Voraussetzungen einer Bedarfsgesetzgebung gelten alternativ und sind so weit gefaßt, daß praktisch alle Steuern wegen ihrer Bedeutung für die Rechts- und Wirtschaftseinheit darunter fallen. Art. 105 fügt diesen Voraussetzungen noch eine weitere hinzu, nämlich die Inanspruchnahme einer Steuer — ganz oder teilweise — zur Deckung der Bundesausgaben. Damit ist aus der formell konkurrierenden Bedarfsgesetzgebung praktisch eine ausschließliche Bundeszuständigkeit für alle Steuern geworden, mit Ausnahme der in Art. 105 ausdrücklich vorbehaltenen Steuern mit örtlich bedingtem Wirkungskreis. Die Finanzverfassung hat also den erwähnten Entwicklungstendenzen ohne förmliche Änderung der allgemeinen Gesetzgebungszuordnung etwa durch eine erweiterte ausschließliche Bundesgesetzgebung bereits Raum gegeben.

Mit einem kurzen Wort nur sei auf die ausdrücklich angenommenen Steuern mit örtlich bedingtem Wirkungskreis eingegangen. Dieser neue Begriff ist wiederholt kritisiert und als ungerechtfertigt und unbrauchbar bezeichnet worden. Zwischenzeitliche Verwaltungsgerichtsurteile können diese Meinung nur bestätigen. In unserem Zusammenhang ist kritisch anzumerken, daß die Beispiele, die die Verfassung selbst für solche Steuern mit örtlich bedingtem Wirkungskreis gibt, nämlich die Grunderwerbsteuer, die Wertzuwachssteuer und die Feuer-

schutzsteuer, typische Verkehrssteuern sind, die zwar an eine örtliche Belegenheit anknüpfen, tatsächlich aber wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung heute wie früher einer bundeseinheitlichen Gesetzgebung bedürfen. Hier widerruft die Finanzverfassung ihre eigenen Grundsätze, um mit dem Kunstbegriff der Steuern mit örtlich bedingtem Wirkungskreis die Autonomievorstellungen der allgemeinen Staatsverfassung wenigstens noch in einem stillen Winkel wirksam werden zu lassen. Dieser innere Widerspruch der Finanzverfassung sollte dadurch beseitigt werden, daß sogenannte Steuern mit örtlich bedingtem Wirkungskreis künftig nicht mehr aus der allgemeinen Zuständigkeitsordnung ausgeklammert werden.

Das Grundgesetz hat die Zuständigkeit zur Finanzgesetzgebung endgültig zwischen Bund und Ländern aufgeteilt. Die Vorläufigkeit der Finanzverfassung aus Art. 107 erfaßt nicht die Gesetzgebungszuständigkeit. Zur Verwirklichung dieser Verfassungsentscheidung bedarf es keiner ausfüllenden Bundesgesetzgebung mehr wie unter der Weimarer Verfassung. Die Zuständigkeitsordnung ergibt sich mit unmittelbarer Rechtswirkung aus der Verfassung selbst. Der Anspruch des Grundgesetzes auf Vollständigkeit und Endgültigkeit seiner Regelungen ist in diesem Teil der Finanzverfassung nicht so bedenklich wie die gleichgerichteten heutigen Tendenzen für die Aufteilung der Ertragshoheit. Die Weimarer Reichsverfassung (Art. 8 und 11) regelte die Gesetzgebungszuständigkeit teils weiter, teils enger. Sie war scheinbar enger, insoweit sie eine konkurrierende Bundesgesetzgebung nur zuließ, wenn eine Abgabe — ganz oder teilweise — zur Deckung von Bundesausgaben in Anspruch genommen wurde; sie war weiter, weil das Reich nach Art. 11 durch einfaches Bundesgesetz Grundsätze über die Zulässigkeit und die Erhebungsart von Landesabgaben aufstellen konnte, was der einfache Bundesgesetzgeber heute für die Steuern mit örtlich bedingtem Wirkungskreis nicht mehr kann. Die Aufteilung der Gesetzgebungszuständigkeit ist verfassungsfest und tatsächlich unabänderlich, weil die Zustimmung von zwei Drittel der Stimmen des Bundesrates zu einer etwaigen Änderung zugunsten des Bundes kaum zu erreichen wäre. Praktische Bedeutung hat diese Frage für die Grunderwerbsteuer, für eine etwa wieder einzuführende Wertzuwachssteuer, für die Vergnügungssteuer und für die Feuerchutzsteuer, die für die bundeseinheitlichen Belange des Städtebaues, des Wohnungsbaues und der Filmwirtschaft keineswegs gering ist.

VI. Spaltung der Einkommensteuer?

Im Rahmen dieser Überlegungen sei der Plan einer Spaltung der Einkommensteuer kurz verfassungsrechtlich gewürdigt. Danach soll dem Bund auch künftig die Gesetzgebung über die allgemeinen Rechtsgrundlagen der Einkommensteuer einschließlich eines Meßbetragstarifes vorbehalten bleiben. Jedoch soll jedes Land innerhalb bestimmter Grenzen einen Hebesatz als Landestarif der Einkommensteuer durch Gesetz festsetzen können. Auf diesem modernen Wege zur Lösung politischer Probleme durch Spaltung würde der alljährliche Finanzkrieg um die Höhe des Bundes- und Länderanteils an der heute einheitlichen Einkommensteuer vermieden werden, indem nicht das Aufkommen, sondern der Tarif geteilt wird. Die Länder wollen auch künftig bei der Gesetzgebung über die Bundeseinkommensteuer unter Beibehaltung ihres Zustimmungsrechts im Bundesrat mitwirken, während der Bund bei der Festsetzung des Tarifes der Landeseinkommensteuer nicht mitwirken würde. Heute haben wir eine Einkommensteuer mit zwei Bruchteils-Steuergläubigern unter einer gespaltenen Verwaltung, die die Finanzämter für den Landesanteil in eigener Verwaltung als Landesbehörden, für den Bundesanteil aber in Bundesauftragsverwaltung tätig werden läßt. Das ist wahrlich schon kurios genug. Künftig würden in jedem Lande zwei Einkommensteuern von zwei Steuergläubigern erhoben nach der Art, wie z. B. in den Vereinigten Staaten von 49 Einzelstaaten etwa 35 eine eigene Einkommensteuer neben der Bundeseinkommensteuer erheben. Auf das Rückschrittliche und wirtschaftlich Bedenkliche einer solchen doppelten und ungleichen Besteuerung des Einkommens gehe ich hier nicht ein. In diesem Kreise erhebt sich aber die Frage, ob dergleichen Lösungen überhaupt im Rahmen des Art. 107 GG durch einfaches Bundesgesetz eingeführt und für die Zukunft verfassungsfest gemacht werden können. Die Festsetzung des Tarifes oder des Hebesatzes einer Steuer durch Landesgesetz ist nicht bloß formell, sondern auch materiell ein Akt der Gesetzgebung. Ein Steuergesetz, das die Höhe der Abgaben nicht normiert und keinen unmittelbar anwendbaren Steuersatz oder Tarif enthält, ist kein Gesetz; es ist unvollziehbar und als Eingriffsgesetz im rechtsstaatlichen Sinne noch nicht vorhanden. Es bedarf einer ergänzenden Gesetzgebung, um vollziehbar und in seiner Anwendung gerichtlich nachprüfbar zu werden. Die Gesetzgebung über die Steuern vom Einkommen ist aber in Art. 105 unabänderlich dem Bund vorbehalten. Daß eine Länder-Einkommensteuer mit selbständiger Festsetzung der Hebesätze der Zuständigkeitsordnung

des Art. 105 nicht entsprechen würde, ergibt sich auch aus der besonderen Ausnahmeermächtigung für die Realsteuern in Art. 105 Abs. 2 Ziff. 3, wo die Festsetzung von Hebesätzen ausdrücklich der Landesgesetzgebung und auf ihrer Grundlage der Gemeindeautonomie überlassen ist. Es könnten also wohl begründete Zweifel darüber geäußert werden, ob die Einkommensteuer durch einfaches Bundesgesetz auf der Grundlage des Art. 107 gespalten werden kann. Allerdings muß zugegeben werden, daß die vorbehaltene Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Einkommensteuer aus Art. 105 nur eine konkurrierende ist, die es in die Entscheidung des Bundesgesetzgebers stellt, in welchem Umfang er Teile seiner bisher umfassenden Gesetzgebung künftig den Ländern überlassen will. Die wirtschaftlichen Bedenken gegen zwei Einkommensteuern mit unterschiedlicher Höhe der Länder-Einkommensteuer überragen aber bei weitem diese staatsrechtlichen Überlegungen.

VII. Die Steuerertragshoheit

Auch hinsichtlich der Aufteilung der Steuererträge im heutigen Art. 106 GG will ich mich auf einige grundsätzliche Bemerkungen im Rahmen der allgemeinen Problematik der Finanzverfassung beschränken. Vorweg eine begriffliche Klarstellung: Wir sprechen von der Finanzgewalt als Besteuerungsgewalt, die sich in Gesetzgebung und Verwaltung äußert. Für den Vollzug der Steuergesetze bezeichnen wir sie auch als die Ertragshoheit eines bestimmten Steuergläubigers. Die Ertragshoheit ist rechtlich mit dem Steueranspruch gegenüber dem Abgabepflichtigen identisch, weshalb man früher einfach von Bundessteuern einerseits und Landessteuern andererseits sprach. Für Steuern, deren Aufkommen nicht dem abgabeberechtigten Steuergläubiger, sondern einer anderen Gebietskörperschaft zufließt, hat man eine gesonderte Ertragshoheit dieser Körperschaft begründen wollen. Ich halte eine solche besondere „Ertragshoheit“ für mißverständlich, denn sie ist kein Bestandteil der Finanzgewalt als Besteuerungsgewalt. Der Anspruch eines Partners im Finanzausgleich auf Beteiligung am Aufkommen einer Steuer eines anderen Steuergläubigers ist selbständiger und eigenartiger Natur. Er entsteht aus der gesetzlichen Zuweisung des Aufkommens und ist begrifflich kein Bestandteil der Finanzgewalt als Abgabenhochheit. Das Grundgesetz ist einer Aufteilung der Finanzgewalt auf Bund und Länder in Bundessteuern und Landessteuern ausgewichen, indem es nur vom „Zufließen“ bestimmter Steuern an Bund oder Länder spricht.

Bedeutsam ist diese rechtsbegriffliche Feinheit praktisch nur für die Einkommensteuer.

Die bisherige Verteilung des Steueraufkommens auf Bund und Länder in Art. 106 GG ist von keinem klaren Zuteilungsprinzip beherrscht, weder von der früheren Scheidung nach indirekten und direkten Steuern, noch von der Unterscheidung der Reichsabgabeordnung in Besitz- und Verkehrsteuern einerseits und Verbrauchsabgaben und Zölle andererseits. Ein schlechter Kompromiß führte dazu, daß Steuern mit entscheidender Bedeutung für die gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge den Ländern allein in Verwaltung und Aufkommen überlassen wurden. Hierzu gehören die Vermögensteuer, die Erbschaftsteuer und die Kapitalverkehrsteuern, wie die Versicherungsteuer und die Wechselsteuer, und unter den Verbrauchsabgaben als einzige Ausnahme natürlich die Biersteuer. Der kürzliche Versuch des Bundestages, wenigstens für die Verkehrsteuern sowie für die Vermögensteuer und die Erbschaftsteuer klarere Grundsätze zu schaffen und die natürliche Finanzhoheit des Bundes dafür wieder herzustellen, ist am Widerspruch des Bundesrats gescheitert. Alle diese Steuern sind wegen ihrer übergebietlichen Belastung nicht auf ein bestimmtes Land radizierbar. Sie sollten deshalb dem Bund zufließen und von den Finanzämtern der Länder in seinem Auftrage verwaltet werden. Ähnliches gilt für die Kraftfahrzeugsteuer, die nach richtiger Auffassung eine Aufwandsteuer, d. h. eine Verbrauchssteuer im Sinne des Art. 106 GG ist, die dem Bund zusteht und keine Verkehrsteuer, d. h. eine Steuer vom Rechtsverkehr, die heute den Ländern zufließen. Die Verfassung selbst sagt nichts über das Aufkommen der Kraftfahrzeugsteuer. Die Finanzpraxis vor und nach 1949 hat sie kurzerhand zu einer Verkehrsteuer erklärt und damit den Ländern vorbehalten, während die Mineralölabgaben dem Bund zustehen. Dieser Begriffskrieg zwischen Bund und Ländern erinnert an die Meinungsverschiedenheiten von 1906 über die Reichserbschaftsteuer, deren Zulässigkeit als Reichssteuer nach der alten Reichsverfassung sich danach richtete, ob man sie als direkte oder indirekte Steuer ansah.

Aus diesen staatsrechtlichen Vorfragen über die Finanzhoheit, d. h. die Steuergläubigerschaft, ergeben sich keineswegs automatisch auch die Entscheidungen über die Verteilung des Steueraufkommens. Seit jeher sind die Länder an dem Aufkommen bestimmter Reichssteuern im Rahmen des Finanzausgleichs beteiligt worden. Solche Steueranteile im Rahmen eines Überweisungssystems läßt Art. 107 GG auch für die Neuordnung zu, wenn den Begünstigten darauf nur ein

bestimmter Rechtsanspruch eingeräumt wird. So könnte beispielsweise die Kraftfahrzeugsteuer als Bundessteuer selbstverständlich ganz oder anteilig den Ländern zufließen.

Matrikularbeiträge der Länder an den Bund sind heute ebenso verfassungswidrig wie Ermessenszuwendungen des Bundes aus zentralen Ausgleichsstocks an die Länder.

VIII. Der Lasten- und Steuerkraftausgleich

Als vorletzte Einzelfrage im Rahmen der besonderen Fragestellung meines Themas möchte ich noch die staatsrechtliche Problematik des Lasten- und Steuerkraftausgleichs zwischen den Ländern behandeln. Man bezeichnete diesen Teil des allgemeinen Finanzausgleichs früher zutreffend als den Lastenausgleich und meinte damit sowohl den Ausgleich unterschiedlicher Belastungen durch organisatorische Maßnahmen, z. B. durch Ausgleichskassen, wie vor allem die gesetzliche Berücksichtigung der Unterschiede von Finanzbedarf und Finanzkraft zwischen den Ländern in dem Verteilungsschlüssel für ihren Anteil an bestimmten Reichssteuern. Auch innerhalb der Länder, vor allem Preußens, gab es diesen besonderen Lastenausgleich für bestimmte Sachgebiete, vor allem die Fürsorgelasten, die Schullasten, die Straßenbaulasten und die Polizeilasten.

Der Steuerkraftausgleich zwischen den Ländern von Reichs wegen hielt sich ursprünglich in mäßigen Grenzen, wurde aber im Laufe der Jahre zu einem ausgeklügelten System von Rechnungseinheiten für Finanzzuweisungen, die sich möglichst weitgehend dem Bedarf jedes einzelnen Verwaltungsträgers bis zur kleinsten Gemeinde anpaßten, um eine überall gleichwertige Aufgabenerfüllung zu sichern. Ein solches System von allgemeinen Bedarfzuweisungen wäre heute verfassungswidrig, weil Art. 107 GG nur Anteile an bestimmten Steuern für jeden Teil zuläßt. Ebenso wäre eine Finanzausgleichsregelung, die auch für die Gemeinden und Gemeindeverbände bundesrechtlich Beteiligungsansprüche schaffen würde, verfassungswidrig, weil die Gesetzgebung über Gemeindeangelegenheiten aller Art ausschließlich den Ländern vorbehalten ist, obwohl Art. 28 GG, worauf Herr Köttgen kürzlich erneut hingewiesen hat, durchaus eine verfassungsrechtliche Beziehung zwischen Bund und Gemeinden herstellt. Die Gemeinden und Gemeindeverbände fordern den Steuerverbund zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, der durch ein verfassungsänderndes Initiativgesetz aus der Mitte des Bundestages widerhergestellt werden soll, aber wohl an der un-

erreichbaren Zustimmung von zwei Drittel der Stimmen des Bundesrats scheitern wird.

Der Finanzausgleich zwischen den Ländern wurde früher nicht nur durch Reichsgesetz geregelt, er wurde auch bei der Überweisung der Länderanteile an den Reichssteuern von Reichs wegen verwirklicht. Auf Befehl der Besatzungsmächte wurde ein solcher Steuerkraftausgleich im Grundgesetz verboten. Daraus entstand in Art. 106 Abs. 3 und 4 GG ein höchst widerspruchsvolles Gebilde von Bundeszuschüssen zu Länderaufgaben aus dem Bundesanteil an der Einkommensteuer und Ausgleichszahlungen der finanzstärkeren an die finanzschwächeren Länder. Aus dem väterlichen Finanzausgleich von Reichs wegen wurde ein brüderlicher der Länder untereinander, bei dem der Bund nur als Gesetzgeber und beim rechnungstechnischen Vollzug, nicht aber als zahlender Finanzausgleichspartner beteiligt ist. Einzelheiten dieses horizontalen Finanzausgleichs interessieren hier nicht, obwohl sie finanzwissenschaftlich und statistisch wahre Leckerbissen darstellen. Hier interessiert nur, ob ein solcher brüderlicher Finanzausgleich der Länder untereinander dem Grundgedanken der bundesstaatlichen Verfassungsordnung überhaupt und dem Grundgesetz im besonderen entspricht. Der Beschluß des Bundestags über ein neues Finanzverfassungsgesetz will sowohl einen väterlich-vertikalen wie einen brüderlich-horizontalen Ausgleich in der Verfassung zulassen, der Bundesrat dagegen erklärt allein den letzteren für verfassungsmäßig.

Zugleich sei bemerkt, daß ein solcher Ausgleich, gleich welcher Form, immer nur die Folgen, nicht aber die Ursachen der ungleichen Aufgabenlast und Steuerkraft angleichen kann. Die Steuerkraft eines Landes deckt sich regelmäßig nicht mit seinem Finanzbedarf. Dieses Mißverhältnis ist durch die Kriegsfolgen und die hohen sozialen und technischen Anforderungen in den Großstädten und den dicht bevölkerten Gebieten heute noch größer als die früheren Unterschiede zwischen industriellen und ländlichen Gebieten. Solche Leistungsunterschiede innerhalb eines modernen Sozialstaates entbehren jeder inneren Berechtigung und verfassungsrechtlichen Legitimität. Sie sind von Bundes wegen, wenn nicht zu beseitigen, so doch wesentlich zu verringern. Die Gewährleistungspflichten des Bundes als Sozialstaat aus Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 3 GG wurden in anderem Zusammenhang bereits hervorgehoben. Unzureichende Leistungen eines Landes, die hinter den Leistungen aller übrigen Länder zurückbleiben, sind deshalb von Bundes wegen auszugleichen. Dieser Gedanke der bündischen Gemeinschaftshilfe findet zwar eine gewisse

Grenze an der Subsidiarität der Bundesaufgaben und der Selbstbestimmung der Länder über ihre Finanzgebarung. Auch darf ein steuerschwaches Land nicht eine aufwendige Haushaltspolitik auf Kosten des Bundes oder anderer Länder treiben. Das Problem heißt deshalb nicht Ausgleich aller Finanzkraftunterschiede der Länder, sondern ihre Angleichung. Es geht dabei um das Ausmaß des Finanzausgleichs als Bundespflicht. Der Unterschied der Steuerkraft betrug in 1955 — bezogen auf 100 als Bundesdurchschnitt — 63 beim steuerschwächsten Land und 116 beim steuerstärksten. Er soll ab 1955 auf etwa 85 zu 112 verringert werden. Die dazu erforderliche Verteilungsmasse ist von rund DM 250 Mill. auf nur etwa DM 400 Mill. erhöht worden; das sind noch nicht 5 vH. der Ländersteuereinnahmen. Es ist eine politische Frage, ob das genügt. Es ist aber auch eine Rechtsfrage, ob dieser Ausgleich nicht eine echte Bundesaufgabe des ungeschriebenen Bundesstaatsrechts ist, die er mit eigenen Mitteln zu erfüllen hat und nicht bloß als schiedsrichterlicher Gesetzgeber für eine gemeinschaftliche Ländersache wie heute. Für Einzelfälle, die aus dem Rahmen jeder durchschnittlichen Betrachtung fallen, wie Schleswig-Holstein und Berlin, sind auch die Länder der Meinung, daß der Bund allein die erforderliche Sonderhilfe zu leisten habe. Bei dieser Auslegung der Verfassung unter Interessengesichtspunkten schlägt offenbar Finanzquantität in Finanzqualität um. Soviel zur allgemeinen staatsrechtlichen Seite des Länderfinanzausgleichs.

IX. Die Elastizität des Finanzausgleichs als Verfassungsproblem

Unter den Fragen von grundsätzlicher Bedeutung wende ich mich zum Schluß noch kurz dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Problem von Sicherungs- und Revisionsklauseln in der Finanzverfassung zu. Art, Ausmaß und Lasten der öffentlichen Aufgaben wandeln sich ununterbrochen, die Steuerkraft der Aufgabenträger nicht minder. Die Deckungsordnung der Finanzverfassung ist nie endgültig im Sinne einer Unabänderlichkeit für längere Zeit. Diese immerwährende Anpassung an den Wandel von Finanzbedarf und Finanzkraft muß in der Verfassung selbst ausdrücklich offen gehalten werden, wenn sie durch einfaches Bundesgesetz möglich sein soll. Die Relativität jeder Finanzverfassung kommt auch in Art. 107 GG zum Ausdruck, der eine Zuordnung der Deckungsmittel an Bund und Länder entsprechend ihren

Aufgaben verlangt, und diese Aufgaben sind nie endgültig und unabänderlich. Das engere Ziel dieser Klauseln ist es, Länder und Gemeinden gegen die finanziellen Auswirkungen der künftigen Bundesgesetzgebung zu schützen, die ihnen neue Aufgaben und Lasten auferlegt.

Die rechtliche Problematik solcher Sicherungs- und Garantieklauseln besteht darin, daß sie sich notwendig in so unbestimmten Begriffen, wie der Zumutbarkeit einer unausgeglichenen Mehrbelastung oder dem Erforderlichsein zusätzlicher Deckungsmittel, kristallisieren müssen. Solche im Grundsatz ebenso richtigen wie praktisch unbrauchbaren Begriffe — Herr Flume nennt sie „Pseudo-Normen“ — wären möglicherweise vom Bundesverfassungsgericht auszulegen und anzuwenden, das dann im Kern Entscheidungen des Gesetzgebers überprüfen und selbst treffen müßte. Das ganze Problem würde vollends verfassungsrechtlich unlösbar, wenn entsprechend dem Beschluß des Bundesrats jedes Mehrbelastungsgesetz nur gleichzeitig mit einem Finanzdeckungsgesetz als Zustimmungsgesetz verabschiedet werden könnte. Eine solche Bestimmung würde das Gesetzgebungsverfahren der Verfassung ändern und weit über die Ermächtigung aus Art. 107 GG hinausgehen. Solche verfassungsrechtliche Junktims sind immer verhängnisvoll, weil sie das System starr und brüchig machen. In unserem Falle würden sie praktisch jedes Bundesgesetz mit Finanzfolgen zum Zustimmungsgesetz machen. Diese Zuflucht der Länder vor dem Entwicklungsgesetz des modernen Sozialstaates bei der Verfassung hat etwas Tragisches an sich.

Eine nach beiden Seiten wirkende Revisionsklausel, wie sie von der Bundesregierung und dem Bundestag vorzuschlagen ist, hat einen verständigen Sinn. Man muß sich aber auch bei ihr darüber klar sein, daß sie unter den gleichen Schwierigkeiten einer handlichen Umschreibung ihres Wirksamwerdens leidet und ihr keine automatische Rechtswirksamkeit zugunsten eines Finanzausgleichspartners beigelegt werden kann. Ihr Adressat kann aus der Natur der Sache nur der künftige Bundesgesetzgeber sein, der den Verfassungsbefehl einlöst und die Finanzfolgen auslöst. Die früheren Versuche, der Revisionsklausel eine automatische Rechtswirkung beizulegen, wie sie in § 54 des Reichsfinanzausgleichsgesetzes enthalten waren, sind praktisch gescheitert. Die Bundesregierung erklärt heute mit Recht, daß es angesichts dieser Zwangslage immer nur einen Appell an die Loyalität und Einsicht des Gesetzgebers gäbe.

X. Schlußbemerkungen

Damit bin ich am Schluß meines Berichts. Er wollte lediglich einen Überblick über die besondere staatsrechtliche Problematik der Finanzverfassung im Rahmen der allgemeinen Verfassungsordnung geben. Der Versuch einer wissenschaftlichen und systematischen Betrachtung zwang mich, weiter auszuholen und von dem Grundanliegen einer Finanzverfassung überhaupt auszugehen. Ich weiß, daß viele der behandelten Fragen einer vertieften staatsrechtlichen Durchdringung fähig und bedürftig sind, und ich bin überzeugt, daß der Herr Mitberichterstatter und die Aussprache hier wertvolle Ergänzungen bringen werden.

Läßt man das gesamte Bild der gegenwärtigen Bemühungen um eine neue und endgültigere westdeutsche Finanzverfassung auf sich wirken, so muß der Staatsrechtler davor nicht weniger erschrecken als der Finanzpolitiker. Grund dafür ist nicht die Komplexität und die technische Schwierigkeit und die Unübersichtlichkeit des Problemkreises, als vielmehr der Fehlgebrauch, den politische Interessen hier mit der Rechtsordnung höchsten Ranges, der Verfassung, immer neu versuchen. Es ist die Angst um die Erhaltung der zufälligen Besitzstände von 1949, es ist das mangelnde Vertrauen in die gestaltenden Kräfte der politischen Entwicklung, und vielleicht ist es auch ein Übermaß von Verfassungsgläubigkeit, vor der gerade wir Staatsrechtler um des Rechtes willen warnen sollten. Die faktische Kraft des Normativen ist sehr viel geringer als die normative Kraft des Faktischen. Die Flucht in die Verfassung ist ein Schwächezeichen unserer Zeit und ihr Beruf zur Verfassungsgesetzgebung ist recht gering. Wie kann man unter so vorläufigen Verhältnissen so grundsätzlich und so endgültig sein wollen! Nicolo Machiavelli schrieb 1499 in seinen discorsi: „Roms Größe bestand darin, daß es sich nicht völlig durchordnete und lieber die Fortdauer der inneren Kämpfe und Bewegungen wählte, als eine endgültig ausgewogene Verfassung“. Möchte unseren Finanzverfassungsgebern etwas von dieser römischen Größe beschieden sein.

Leitsätze des Berichterstatters über: Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung

I. Begriff und Wesen

- 1. Finanzverfassung im allgemeinen Sinn meint den Inbegriff von Verfassungssätzen, die sich auf die Ordnung des Geldwesens, die staatliche Haushalts-, Vermögens- und Schuldenwirtschaft sowie die Ausübung der Finanzgewalt beziehen. Im Bundesstaat ist die Aufteilung der Steuergesetzgebung und der Steuererträge ein wesentlicher Teil der Finanzverfassung, der die Entscheidungen der Staatsverfassung über das Zusammenwirken von Bund und Ländern in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung erst vollziehbar und lebensfähig macht.*
- 2. Die Finanzverfassung einerseits und die Wirtschafts- und Sozialverfassung andererseits bedingen und ergänzen sich gegenseitig. Soweit diese Bereiche des Wirtschaftlichen und Sozialen überhaupt durch die Verfassung normiert werden, wird auch ihre Ordnung von den Grundentscheidungen des Verfassungsgebers getragen.*

In der freiheitlich-demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes ist die Finanzverfassung — unbeschadet ausdrücklicher Sonderregelungen und Durchbrechungen — von den Grundsätzen des sozialen Rechtsstaates, der Gewaltenteilung und insbesondere von dem föderalen Prinzip beherrscht.

II. Rechtsstaat und Finanzverfassung

- 3. Das Bekenntnis der Verfassung zum sozialen Rechtsstaat verleiht den Grundfragen der Finanzordnung, insbesondere der Sicherung eines gleichbleibenden Geldwertes und der Ausübung der Finanzgewalt, einen überragenden Rang. Der Rechtsstaat ist höchst unvollkommen, wenn der staatlichen Willkür bei der Bestimmung des Geldwertes und der Ausgestaltung der Besteuerung keine Grenzen gesetzt sind.*
- 4. Auch die Finanzgewalt findet ihre Grenzen an der Würde des Menschen und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.*

Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz erlaubt nur eine sachgerechte Verhältnismäßigkeit der Besteuerung, deren Maßstab durch die Überzeugung aller billig und gerecht denkenden Staatsbürger bestimmt wird.

- 5. Das Ziel der Finanzgewalt ist notwendigerweise die entschädigungslose Fortnahme von Eigentum zur Verwirklichung der Staatszwecke. Die besonderen Schranken der Verfassung gegen enteignende Eingriffe der Staatsgewalt gelten deshalb nicht für die Finanzgewalt. Art. 14 und 15 GG verbieten keine „Enteignung“ und keine „Sozialentwährung“ durch Besteuerung. Der Finanzgesetzgeber ist aber an die allgemeinen Verfassungsgrenzen für die Ausübung der Staatsgewalt in der freiheitlichen Grundrechtsordnung gebunden. Der Rechtsweg gegen Finanzbefehle ist unbeschränkt (Art. 19 GG).*
- 6. Der Schutz der Währung ist eine höchste Aufgabe jedes Rechtsstaats, weil auf ihr die ganze Rechts- und Sozialordnung beruht. Staatliche Eingriffe oder Unterlassungen, die zu wesentlichen Veränderungen des Geldwertes führen, sind mit dem Bekenntnis der Verfassung zum Rechtsstaat und vor allem zum Sozialstaat (Sparer- und Rentnerschutz!) nicht vereinbar. Sie sind verfassungswidrig, auch wenn die Währung nicht ausdrücklich durch besondere Verfassungsnormen unmittelbar oder mittelbar (institutionell) geschützt ist.*
- 7. Gesetze, die diese Grundpflicht des Staates erfüllen, z. B. Gesetze über die Stellung der Notenbank, die Haushaltsführung, die unabhängige Rechnungsprüfung, sind materiell ebenso Verfassungsrecht wie Bestimmungen der Geschäftsordnungen über eine Beschränkung der parlamentarischen Finanzinitiative oder über eine autoritäre Sonderstellung des Finanzministers. Wenn sie auch nicht die formelle Verfassungskraft des Art. 79 GG besitzen, so sind sie doch als materielles Verfassungsrecht gegenüber den sonstigen Gegenständen der einfachen Gesetzgebung im Rang herausgehoben.*

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6. 3. 1952 (Entsch. 2, 144) über die Verfassungswidrigkeit einer Selbstbeschränkung der parlamentarischen Gesetzinitiative in Finanzsachen ist in seiner Tendenz rechtsirrig. Eine solche Selbstbeschränkung der parlamentarischen Finanzinitiative entspricht auch dem Verfassungsgebot zum Ausgleich des Haushaltsplans (Art. 110 GG).

III. Gewaltentrennung und Finanzgewalt

8. Die Finanzgewalt unterliegt dem Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 GG). Die Finanzverfassung kennt aber einige typische Durchbrechungen dieses Grundsatzes: Gesetzesform des Haushaltsplans und der Kreditbewilligung; als Ausnahme von der Ausnahme: weitgehendes Nothaushaltsrecht der Regierung (Art. 111 GG), Genehmigung von Haushaltsabweichungen allein durch den Finanzminister (Art. 112 GG), Zustimmungsrecht der Regierung zu Mehrausgaben gegenüber dem Voranschlag (Art. 113 GG). Die Ausnahmen vom Grundsatz der Gewaltenteilung sind aus dem Zweck der einzelnen finanzrechtlichen Institutionen und aus geschichtlichen Zusammenhängen gerechtfertigt. Der Gewaltenteilungsgrundsatz nötigt im Zweifelsfall dazu, die Ausnahmen eng und die Ausnahmen von der Ausnahme weit auszulegen.
9. Gegenüber modernen Einbrüchen der gesetzgebenden Gewalt in den Bereich der vollziehenden (nach Art des gewaltenhäufenden Parlamentsabsolutismus der Volkdemokratien) ist daran festzuhalten, daß der Haushaltsplan seiner Rechtsnatur nach nur eine Ermächtigung an die Regierung ist. Die Regierung ist nicht verpflichtet, die bewilligten Beträge für die vorgesehenen Zwecke auszugeben. Die Regierung kann Haushaltsansätze sperren oder andere Maßnahmen der Mittelbewirtschaftung nach pflichtmäßigem Ermessen allein treffen. Mitwirkungsrecht des Parlaments oder eines Parlamentsausschusses beim Vollzug des Haushaltsplans können nur durch verfassungsänderndes Gesetz begründet werden.

IV. Die Finanzgewalt im Bundesstaat

10. Die Aufteilung der Finanzgewalt im Bundesstaat wird in einem modernen Verwaltungsstaat durch die Tatsache bestimmt, daß auch der Bundesstaat ein einheitliches Wirtschafts- und Sozialgefüge darstellt, daß sich von dem eines Einheitsstaats nicht wesentlich unterscheidet. Das Schwerkgewicht der Gesetzgebung in diesem Bereich und damit überhaupt liegt beim Bund, der politisch auch für die Deckung des Finanzbedarfs der ausführenden Verwaltungsträger verantwortlich ist. Der Bund übt deshalb notwendigerweise auch ganz überwiegend die Steuergesetzgebung aus. Eine konkurrierende Finanzgesetzgebung kann es wegen der wirtschaftlichen Einheit aller Steuergegenstände nur für Steuern geben, die für die Ein-

heit und Einheitlichkeit des Wirtschafts- und Sozialgefüges bedeutungslos sind (Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG).

11. Die Zuweisung von Deckungsmitteln („Steuerertrag“) setzt eine bestimmte Aufgaben- und Lastenzuweisung voraus. Solange die Verfassung selbst darüber keine Grundsätze enthält, kann der einfache Bundesgesetzgeber die Lasten des Vollzugs der Bundesgesetze nach sachgemäßem Ermessen dem Bund oder den Ländern auferlegen. Es ist Aufgabe des Bundesgesetzgebers, für eine entsprechende Zuordnung von Deckungsmitteln zu sorgen.

Aus der verfassungsrechtlichen Unterscheidung zwischen dem Vollzug der Bundesgesetze in landeseigener Verwaltung (Art. 30, 84 GG) und in weisungsgebundener Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) können keine allgemeingültigen Grundsätze für die Lastentragung gefolgert werden. Eine endgültige und verfassungskräftige Trennung der Finanzmassen von Bund und Ländern (und Gemeinden/Gemeindeverbänden) ist aus der Natur des Finanzbedarfs oder der Deckungsmittel nicht möglich. Nur für die Lasten der Bundesauftragsverwaltung der Länder besteht eine Verfassungspflicht des Bundes zur unmittelbaren Kostentragung.

Die persönlichen und sächlichen Verwaltungskosten von Bund und Ländern als Behördenträgern sind von jedem Teil ohne gegenseitige Verwaltungskostenerstattungen zu tragen.

Weisungsfreie Landesverwaltung auf Bundeskosten (Hauptfall Art. 120 GG) widerspricht dem Grundsatz, daß eigene Verwaltung nicht für fremde Rechnung ausgeübt werden soll. „Wer befiehlt, schafft an“. Für diese Länderverwaltung besteht keine parlamentarische Kontrolle der Landtage, weil die Mittel nicht im Landeshaushalt bewilligt sind. Soweit eine solche Landesverwaltung auf Bundeskosten für einzelne Sachgebiete noch fortbesteht, hat der Bund eine unbeschränkte Finanzaufsicht mit Weisungsbefugnis; die Rechnungskontrolle obliegt für diese Länderverwaltung dem Bundestag und Bundesrat unter Mitwirkung des Bundesrechnungshofs.

12. Die überregionale Gewährleistungs- und Ausgleichspflicht des Bundes (Beispiel Art. 28 Abs. 3 GG) bedeutet auch die grundsätzliche Verpflichtung des Bundes zum Ausgleich wesentlicher Unterschiede der Verwaltungsleistungen und der Steuerbelastung in den Ländern. Diese Ausgleichspflicht fließt unmittelbar aus dem Zweck der allgemeinen

Koordinierungspflicht des Bundesstaats. Sie entspricht dem Bekenntnis der Verfassung zum Sozialstaat, dessen Objekt auch die Länder und die sonstigen Träger öffentlicher Aufgaben sind. Das differenzierende Prinzip des Bundesstaats findet seine Grenzen an den Erfordernissen eines modernen Verwaltungsstaats.

Eine Spaltung der Einkommensteuer in eine einheitliche Bundeseinkommensteuer und Landeseinkommensteuern mit unterschiedlichen Steuersätzen ist heute auch unter staatsrechtlichen Gesichtspunkten bedenklich, weil sie ungleiche Startbedingungen für den wirtschaftlichen Wettbewerb und Sozialunterschiede schafft, „für die ein sachlich einleuchtender Grund der Differenzierung sich nicht finden läßt“ (BVerfG 1, 10).

13. *Anteile der Länder am Aufkommen der Bundessteuern in einem Überweisungssystem sind nicht verfassungswidrig, wenn diese Anteile sich nach einem gesetzlichen Maßstab bemessen und den Ländern darauf ein Anspruch zusteht. Dagegen sind allgemeine Bedarfszuweisungen nach Schlüsselzahlen, die nicht einen bestimmten gesetzlichen Anteil an einer bestimmten Steuer darstellen, ebenso verfassungswidrig für etwaige Matrikularbeiträge der Länder an den Bund (Art. 107 Satz 3 GG).*
14. *Ein Steuerkraftausgleich zwischen den Ländern ist verfassungsrechtlich geboten. Die Verfassung läßt seinen Vollzug sowohl von Bundes wegen aus Bundesmitteln (väterlich, vertikal) wie auch für die Länder untereinander aus Ländermitteln (brüderlich, horizontal) zu. Dem Gedanken der bündischen Gemeinschaftshilfe entspricht ein vertikaler Finanzausgleich besser.*
15. *Sicherungs-(Garantie-)Klauseln zugunsten eines Partners (Länder) im Finanzausgleich widerstreiten dem ständigen Wechsel von Aufgabenlast und Finanzkraft aller Partner (Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände).*

Eine allseitige Anpassungs-(Revisions-)Klausel dagegen versteht sich aus dem Zweck des Finanzausgleichs von selbst. Sie kann aber nur den künftigen Bundesgesetzgeber verpflichten; unmittelbare Ansprüche der Partner gegeneinander, insbesondere gegen den Bund kann sie schon wegen der rechtlichen Unbestimmtheit ihrer Tatbestandsmerkmale („Zumutbarkeit einer unausgeglichenen Mehrbelastung, erforderliche zusätzliche Deckungsmittel“ u. ä.) nicht begründen. Eine solche Klausel würde im Konfliktfall das Verfassungsgericht möglicherweise in die Aufgabe des Gesetzgebers drängen.

Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung

2. Mitbericht von Professor Dr. Theodor Maunz, München

Herr Kollege Hettlage hat das Thema des Tages in so umfassender und gedankenreicher Art entwickelt, daß eine nochmalige volle Ausbreitung der gleichen Fragen durch mich wenig fruchtbar wäre, zumal ich in vielen Punkten mit ihm durchaus übereinstimme. Ich will aber versuchen, dem behandelten Stoff an einigen Stellen einige weitere Nuancierungen zu geben.

Seitdem der Begriff der politischen Verfassung jene sorgfältige Durchdenkung erfahren hat, die für die heutige deutsche Verfassungslehre kennzeichnend ist, ist die Finanzverfassung stets als ein Stück der Gesamtverfassung betrachtet worden. Die Formulierung: Finanzverfassung „im Rahmen“ der Staatsverfassung enthält daher eine zutreffende Charakterisierung des gegenseitigen Verhältnisses. In einem etwas veränderten Sinn könnte sogar von einer Abhängigkeit (oder wie man auch zu sagen pflegt: von einer Interdependenz) der Finanzverfassung von der Staatsverfassung gesprochen werden, wenn nämlich unter Staatsverfassung die Entscheidung über den politischen Kern des staatlichen Lebens verstanden wird. Im einen wie im anderen Sinn ist die Finanzverfassung ein untrennbarer Bestandteil der Staatsverfassung. Dennoch hat jene Seite der Verfassung, die wir Finanzverfassung nennen, ihre eigenen Voraussetzungen, ihre abgesonderten Gegenstände und auch ihr besonderes Ziel.

Wenn wir von den politischen Fakten und Streitthemen ausgehen und an sie rechtliche Maßstäbe anlegen, so finden wir vorzugsweise drei Fragenkreise für das Verfassungsrecht interessant: Die verfassungsrechtlichen Bindungen des Haushaltsrechts, das Finanzausgleichsrecht und die leitenden Steuergrundsätze. Im Haushaltsrecht konzentrieren sich die verfassungsrechtlich bedeutsamen Fragen auf das Verhältnis von Volksvertretung und Regierung und damit auf ein historisch ehrwürdiges Kampffeld um politische Grundpositionen. Im Finanzausgleichsrecht betreffen sie die Leistungsfähigkeit der Gliedstaaten im Gesamtstaat und werfen damit das Problem der Bundesstaatlichkeit auf. Bei den leitenden Steuerideen beziehen sie sich auf das Verhältnis des Bürgers zum Staat, und zwar in erster Linie auf die Rechtsstaatlichkeit

im Bereich der Finanzverwaltung und auf die Steuerwürdigkeit. Es wird zu fragen sein, ob die Zeit gekommen ist, in allen drei Gebieten oder wenigstens in einem Teil davon aus den traditionellen Antithesen und Polemiken herauszukommen. Dazu muß an die Ursachen erinnert werden, die zu den bekannten Entgegensetzungen und Fronten geführt haben, und es muß überlegt werden, ob in der Gegenwart neue Gesichtspunkte jene Ursachen verdrängen konnten.

I. Die Kampfstellung von Volksvertretung und Regierung¹⁾ ist im 19. Jahrhundert das vordringlichste Anliegen und der meistbehandelte Gegenstand des Haushaltsrechts gewesen. Hier fand ein wichtiger Teil des Ringens zwischen demokratischen und autoritären Gewalten um den Einfluß auf die Staatsführung statt. Moderne Untersuchungen haben auch für das deutsche Haushaltsrecht wieder bewußt gemacht, welche Bedeutung dem Zusammenhang von Budgetrecht und Staatsverfassung besonders in England und Frankreich eingeräumt worden ist²⁾. Lorenz v. Stein hatte schon im 19. Jahrhundert den Satz geschrieben, daß das Budgetrecht „Hauptausdruck und Träger der verfassungsmäßigen Freiheit überhaupt gewesen ist“. Bei einer Würdigung des Haushaltsrechts ist immer wieder erörtert worden, welche entscheidenden Kräfte politischer Art auf die Begrenzungen der Regierungsmacht durch das Parlament in haushaltsrechtlicher Hinsicht eingewirkt haben. Der Haushaltsbeschluß war in überwiegender deutscher Vorstellung des 19. Jahrhunderts³⁾ die Ermächtigung, nicht die Weisung der Volksvertretung an die Regierung, Ausgaben zu leisten, Zahlungsverpflichtungen einzugehen und Abgaben zu erheben. Die Bedeutung des Haushalts war in dieser Hinsicht um so größer, als der Grundsatz der Delegationsbedürftigkeit von Vollzugsakten im übrigen noch nicht generell anerkannt oder durchgeführt war, und als andere Wege zu einer Kontrolle der Exekutive noch nicht oder nur in Ansätzen vorhanden waren. In einer späteren Entwicklungsstufe aber, in der eine lückenlose Gesetzmäßigkeit und eine umfassende Kontrolle erreicht waren, war jene Ermächtigung nur eine unter vielen geworden. Es lag dann nahe zu überlegen, ob nicht der Haushaltsbeschluß mehr als eine der üblichen Delegationen ist, ob er vielleicht gar eine recht-

¹⁾ Vgl. dazu Hettlage, DÖV 1955, 2 ff.

²⁾ Vgl. Johannes Heckel, Die Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechts und seiner Ergänzungen, Handbuch d. Deutschen Staatsrechts, Band II, 1932, S. 358 ff.

³⁾ Vgl. u. a. Laband, Deutsches Staatsrecht, Band IV, 5. Aufl. 1914, S. 529, 533, 542 ff. (Gegenstimmen dortselbst S. 540, Anm. 1).
liche Bindung der Exekutive darstellt, die beschlossenen Aus-

gaben wirklich vorzunehmen. Der Streit über diese Frage ist m. E. noch nicht endgültig ausgetragen. Doch weigern sich die Regierungen heute noch, meist mit Erfolg — und sie werden darin auch vielfach von der Wissenschaft, auch von Herrn Kollegen Hettlage⁴⁾, unterstützt — im Haushaltsbeschluß etwas anderes als eine Ermächtigung zu sehen. Mit dem fortschreitenden Übergewicht der Volksvertretung wird aber immer unsicherer, wie lange diese Position von den Regierungen noch gehalten werden kann und ob es überhaupt noch sinnvoll ist, sie zu halten; denn heute schon kann es keinem Parlament verwehrt werden, außerhalb des Haushalts in einem speziellen Gesetz Bindungen der Regierungen zu finanziellen Aufwendungen festzulegen, zum Beispiel in einem Besoldungsgesetz, einem Fürsorgegesetz, einem Kriegsfolgenschlußgesetz u. a., dem der Haushalt dann Rechnung tragen muß. Die Positionen eines Haushalts des Staates werden bekanntlich in einem immer weiter um sich greifenden Umfang bereits vor der Haushaltsberatung durch Gesetz festgelegt, insbesondere durch Personal- und Sozialausgaben. Das Gewaltenteilungsprinzip würde vergeblich beschworen werden, um die Verfassungswidrigkeit eines solchen Gesetzes zu stützen.

Allerdings ist festzustellen, daß die wachsende Stärke der Volksvertretung auch Gegenwirkungen erzeugt hat. Vor allem ist erwogen und teilweise in den Verfassungstexten sogar ausdrücklich festgelegt worden, daß ihrer grundsätzlich anerkannten Macht doch von den unabweisbaren Notwendigkeiten größtmöglicher Sparsamkeit her Grenzen gezogen werden sollen und daß zu diesem Zwecke verfassungsrechtliche Hemmungen eingeschaltet werden. So erklären sich Verfassungssätze wie die, daß die Regierung oder der Finanzminister Einspruch gegen irgendwelche Ausgaben oder gegen Ausgabenerhöhungen durch das Parlament während des Haushaltsjahres erheben können, oder daß gar nur die Regierung oder der Finanzminister Vorschläge für neue Ausgaben machen dürfen. Die besondere Stellung des Finanzministers, wo sie verfassungsrechtlichen Ausdruck gefunden hat — vgl. etwa Grundgesetz Art. 112 — ist in diese Entwicklungsreihe zu stellen, ebenso das etwaige Verbot von Einnahmesenkungen und ähnlichen Maßnahmen, die einen Teil der gesetzgebenden Befugnisse dem Parlament entziehen oder auf die Regierung übertragen wollen. Solche Einschaltungen gegen die Allmacht des parlamentarischen Beschließens, die infolge der Ausgabefreudigkeit der Parlamente notwendig schienen, lassen erkennen, daß sich in diesem Punkt die Gewichte verlagert

⁴⁾ Hettlage, DÖV 1955, 33.

haben. Nicht mehr die Regierung erscheint als die primär aufwendige Stelle, der die Ängste der Steuerzahler, repräsentiert durch die Volksvertretung, mäßigend vor Augen gehalten werden müssen. Vielmehr ist jetzt die Regierung die Verteidigerin des ausgeglichenen Haushalts und der stabilen Währung gegenüber einer weit sorgloseren Volksvertretung. Wenn wir einen kritischen Blick auf die verfassungsmäßigen Versuche einer Rückenstärkung der sparsamen Regierung gegenüber dem gehebereiten Parlament werfen, soweit sie bereits geltendes Recht darstellen, so scheint sich zu zeigen, daß die der Regierung in die Hände gegebenen größeren Befugnisse ohne Schwierigkeiten ertragen, ja vielfach als nützlich empfunden worden sind, jedenfalls dort, wo sie in gewissem Umfang historischen Ansätzen folgen. Wo sie ohne geschichtlichen Vorgang aus bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen in die Verfassung eingefügt werden sollen, wird die Beurteilung zu einem ähnlichen Ergebnis gelangen, wie bei sonstigen Übernahmen anderwärts bewährter Rechtsformen in ein System, dem sie fremd sind. Die Befürchtung ist nicht von der Hand zu weisen, daß, was nicht natürlich entstanden ist, nur schwer und zögernd zur wirklichen Belebung gelangt. Im ganzen gesehen wird man die Regelungen, wie sie das Grundgesetz über die Stärkung der Regierung enthält, als vernünftig und tragbar ansprechen dürfen, und es ist unter sorgsamer Abwägung historischer und politischer Kräfte und Auffassungen eine weitere Ausreifung denkbar⁵⁾.

Nun sind aber in jüngster Zeit im Haushaltsrecht der USA neue Gedanken geäußert worden, die über die altbekannten Versuche, die Macht des Parlaments durch die Weisheit der Regierung einzudämmen, weit hinausgehen und eine nochmalige Durchdenkung überkommener Rechtsformen erfordern⁶⁾. In diesem Sinne jedenfalls möchte ich einige Gedanken von Smithies deuten, die uns Ottmar Bühler vermittelt hat. Bühler⁷⁾ charakterisiert diesen Vorgang mit folgenden Worten: „Über die Auffassung des Budgets als eines Kontrollsystems des Parlaments über die Regierung ist man in den USA offen-

⁵⁾ Mit den verfassungsmäßigen Voraussetzungen formaler Art für die Reform des staatlichen Haushaltsrechts beschäftigt sich Dahlgrün, DÖV 1955, 6 ff.; vgl. auch in diesem Zusammenhang die Bemerkungen von Dahlgrün, DÖV 1955, 72 ff. zu Hettlage, DÖV 1955, 1 ff. und 33 ff. mit Erwiderung Hettlages, DÖV 1955, 74 f.

⁶⁾ Vgl. Smithies, *The budgetary process in the United States*, New York 1955.

⁷⁾ Vgl. Bühler in einem (ungedruckten) Bericht zum Buch von Smithies an den Wissenschaftlichen Beirat des Bundesfinanzministeriums.

bar weit hinausgekommen. Daher hat man dort in ganz anderer Weise die Hände frei für die eigentlichen wirtschaftlichen Probleme des Haushalts. Die richtigen Abwägungen bei den Bewilligungen, die richtige Zeit für die Abrufungen, die möglichst genaue Feststellung der Wirkungen des Haushalts auf die nationale Wirtschaft stehen im Vordergrund.“ Mit anderen Worten: der Haushalt und sein Vollzug werden als ein wirtschaftliches Phänomen ersten Ranges gewertet, demgegenüber das Funktionieren und Ineinandergreifen von Legislativ- und Exekutivorganen als durchaus nebensächlich angesehen werden. Smithies und wohl auch Bühler scheinen sogar zu hoffen, daß jene alten neuralgischen Punkte bald überhaupt unproblematisch werden könnten. Jener will das anscheinend in der Weise erreichen, daß das Budget ausschließlich als Realisierung des Regierungsprogramms gewertet wird und daher alleinige Sache des Präsidenten ist. Zwar ist es offenbar auch bei seinen Bestrebungen noch unentschieden, ob der Präsident oder der Finanzminister die Stelle sein sollen, durch die das Regierungsprogramm realisiert wird, in diesem Sinn gesehen also der Haushalt nicht nur ausgeführt, sondern sogar aufgestellt und beschlossen werden soll. Doch ist diese Frage m. E. für uns zunächst nicht die entscheidende. Jedenfalls ist klar, was gewollt ist: unter der Erkenntnis der Einwirkung des Haushalts auf das Geschehen in der Wirtschaft und auf das Befinden der Wirtschaft soll an die Stelle politischer Spannungsfelder zwischen Verfassungsorganen die gemessene Ruhe der Sachvernunft gesetzt werden. Bei Würdigung dieser Gedankengänge ist zunächst ohne weiteres einzuräumen, daß Geldverschiebungen im Ausmaß des Bundeshaushalts (in der Bundesrepublik alljährlich fast 40 Milliarden) auf die Wirtschaft einwirken, wie kaum ein anderes normales Ereignis. Gerade in jüngster Zeit ist dies wieder augenscheinlich geworden, als bauliche Aufträge der Regierung an eine bereits in Hochkonjunktur stehende Wirtschaft abgebremst oder Steuerensenkungen in dieser Situation als unzeitgemäß bezeichnet worden sind. Über diesen zutreffenden Aspekt des neuen Gedankens braucht also kein Wort verloren zu werden.

Etwas anderes ist es jedoch, ob es gelingen kann, ja ob es wünschenswert ist, politische Spannungen durch Sachvernunft verdrängen zu wollen. Der Gegensatz von Volksvertretung und Regierung auf dem Hintergrund demokratischer oder autoritärer Wertungen beruht auf einem echten politischen Gegensatz, der durch Sieg, Niederlage oder Ausgleich gelöst werden kann, nicht aber durch Verschieben auf die Ebene des „Sachgemäßen“. Die früheren Versuche, Neutralisierungen von

Ausschnitten aus dem politischen Geschehen zu bewirken, etwa die Wehrmacht oder das Beamtentum zu entpolitisieren, wozu nunmehr die Neutralisierung des Haushaltswesens käme, bedeuteten in Wahrheit nur ein Verlagern oder Verdecken des Kampffeldes. Mit den Fronten um wirtschaftspolitische Anschauungen und Folgerungen wird der alte Kampf zweifellos fortgesetzt werden. Versachlichung oder Entpolitisierung wären allenfalls dann zu erwarten, wenn über die wirtschaftlichen Grundsätze, nach denen die Bewilligung und der Abruf von Haushaltsmitteln erfolgen sollen, restlos Übereinstimmung bestände. Das würde u. a. eine völlige Verbrüderung der Anhänger staatsgelenkter Wirtschaft und freier Wettbewerbswirtschaft voraussetzen. Ein solches Ereignis kann nicht als wahrscheinlich betrachtet werden. Was aber ist nützlicher, den Kampf unter der einen oder der anderen Fahne zu führen, als politischen oder als wirtschaftlichen Kampf? Schon die Frage scheint zu zeigen, daß mit dem Ruf nach Sachvernunft allein nichts Entscheidendes erreicht, jedenfalls der Kampf nicht beendet ist, und die Kräfte nicht für andere Aufgaben verfügbar geworden sind. In einem, aber für das Ganze nicht entscheidenden Punkt kann wohl den Befürwortern einer Entpolitisierung des Haushalts recht gegeben werden, daß nämlich eine Offenlegung und Betonung der wirtschaftlichen Beweggründe durchaus von Vorteil sein kann. Das führt zu dem Ergebnis, die Auseinandersetzungen um den Haushalt stärker als bisher auf wirtschaftspolitische Erwägungen zu erstrecken. Dadurch wird keine Entmachtung des die politischen Kräfte des Volkes repräsentierenden Parlaments herbeigeführt. Letzten Endes kann es sogar zu seiner Stärkung führen, wenn zum Beispiel sein Einwirken auf die so bedeutsamen Abrufungen der bewilligten Beträge in den Bereich der Möglichkeiten rückt. Im ganzen gesehen eröffnen die Gedanken von Smithies weniger wegen der Meinung, der Haushalt könne als ausschließliche Sache der Exekutive angesehen werden, neue Gesichtspunkte, als vielmehr wegen der Forderung, Bewilligungen und Abrufungen von Haushaltsbeträgen stärker als bisher unter dem Blickpunkt der Einwirkung auf wirtschaftliche Vorgänge zu sehen, jedenfalls wirtschaftliche Ziele deutlicher als bisher offenzulegen. Die Hände von Volksvertretung und Regierung werden dadurch freilich — um beim Bild zu bleiben — nur noch beschäftigt und die geistigen Anstrengungen noch größer werden als bisher.

Die Beeinflussung der Wirtschaft durch den Haushalt und überhaupt durch die Staatsfinanzgebarung führt zu der weiteren Frage, ob die Finanzverfassung des Bundes bereits

materielle staatswirtschaftliche Grundsätze in sich birgt oder ob es möglich und sinnvoll wäre, solche Verfassungsbestandteile aufzustellen und einzufügen. Es handelt sich mit anderen Worten darum, ob die geltende Verfassung bereits eine bestimmte Grundentscheidung finanzpolitischer Art getroffen hat und wie sie etwa zu den Fragekreisen „Haushalt und Konjunktur“, „Haushalt und Vollbeschäftigung“, „Haushalt und Preis-Lohn-Stabilisierung“ steht. Zu den traditionellen Bestandteilen unserer Finanzverfassung gehört allerdings schon bisher die Proklamierung des Ausgleichsprinzips, des Prinzips der Einheitlichkeit, der Vollständigkeit, der Nichtübertragbarkeit, der Scheidung in fortlaufende und einmalige Ausgaben und der Vorweg-Abdeckung von Fehlbeträgen. Sie beziehen sich teils auf die verfahrensrechtliche, teils auch auf die staatswirtschaftliche Seite des Haushaltsrechts. In letzterer Hinsicht wäre eine starke Erweiterung denkbar. Freilich ist schon das Ausgleichsprinzip heute keineswegs mehr unangegriffen. Unter wirtschaftspolitischem Blickpunkt wird immer wieder die Meinung vertreten, daß ein vorübergehendes Defizit wirtschaftlich durchaus fruchtbar sein könne. Es käme nur darauf an, daß sich der Staat nicht für laufende Ausgabenzwecke verschulde. Nach der Vorstellung des Grundgesetzes müßte dagegen jeder Haushalt, der nicht ausgeglichen ist, verfassungswidrig und damit wohl unwirksam sein. Auf seiner Grundlage dürften keine Zahlungen vorgenommen werden. Es ist nicht wahrscheinlich, daß die parlamentarische und exekutive Praxis solche Folgerungen gegen sich gelten lassen würde. Vielfach ist die politische Handhabung bereits über traditionelle Programme und Terminologien des Haushaltsrechts faktisch hinweggegangen. Wenn neue staatswirtschaftliche Grundsätze in das Verfassungsrecht eingebaut werden sollen, müßte man sich erst über sie verständigen und sie zu einer gewissen außerrechtlichen Anerkennung bringen. Erst dann wird man darüber nachdenken können, ob sie in den Rang von Verfassungssätzen erhoben werden sollen. Vorläufig pflegen in den Verfassungstexten noch immer die ehrwürdigen, aber keineswegs mehr mit Überzeugung und Sorgfalt beachteten Prinzipien des Haushaltsrechts des 19. Jahrhunderts in den überkommenen Formulierungen fortgeführt zu werden.

II. Finanzausgleichsrecht

Das andere Kampffeld, auf dem verfassungsrechtliche Gegensätze neben wirtschaftspolitischen Meinungsverschiedenheiten

ausgetragen werden, ist das der verschiedenen vertikalen und horizontalen Finanzausgleiche⁸⁾).

Der betragsmäßige Hintergrund, auf dem sich der vertikale Finanzausgleich abspielt, ist in der Bundesrepublik bekanntlich folgender: Die allein dem Bund zufließenden Steuern erbrachten 1954 eine Summe von 19,5 Milliarden, während die ausschließlichen Ländersteuern 2,1 Milliarden einbrachten. Neben beiden steht der gemeinsame Topf für Bund und Länder, den die Einkommen- und Körperschaftsteuer mit einem Aufkommen von 12,2 Milliarden darstellt. Davon erhielt der Bund 38 % oder 4,6 Milliarden, während den Ländern 62 % oder 7,5 Milliarden zukamen. Insgesamt also konnten der Bund mit 24,2 Milliarden, die Länder mit 9,7 Milliarden rechnen. Es ist wohl das Erstaunlichste in dem bisher alljährlich regelmäßig aufflammenden Streit um die Bundes- und Länderanteile, daß es sich bei ihm um etwa 2 % der Einkommensteuer, das ist etwa 240 Millionen im Jahr, also um weit weniger als 1 % des Gesamtvolumens handelt. Es läge nahe, sowohl allen Föderalisten wie ihren Gegnern zu raten, kein weiteres Wort mehr auf diesen Streit⁹⁾ zu verschwenden, sondern ihn einzustellen oder allenfalls die ärmliche Beute zu halbieren. Die Bagatelle dieses Streites hat verständlicherweise die Vermutung aufkommen lassen, daß der Bund damit auf einem verfassungsrechtlich sonst nicht vorgesehenen Weg¹⁰⁾ eine mittelbare Einwirkung über die Haushalte der Länder zu gewinnen und so manche Üppigkeiten auf ein vernünftiges Maß zurückzuführen suche¹¹⁾. Damit würde ein verständliches

⁸⁾ Dazu aus dem jüngsten Schrifttum z. B.: Fischer-Menshausen, DÖV 1955, 261 ff.; Henle, BayVBl. 1955, 225 ff.; Hüchting, DÖV 1955, 288 ff. sowie DÖV 1955, 38 ff.; Klein in Festschrift für Giese, 1953, S. 61 ff.; Köttgen, DVBl. 1953, 681 ff. sowie DÖV 1953, 358 ff.; Wacke, DÖV 1955, 578 ff.; vgl. auch Wacke, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 1950; sodann die Referate von Augustin, DÖV 1953, 433 f.; Nederkorn, DÖV 1953, 552 ff.; ferner — o. V. — DVBl. 1953, 432.

⁹⁾ Bräuer, DÖV 1955, 585 spricht von einem „geradezu unwürdig gewordenen Tauziehen zwischen Bund und Ländern um die Verteilungsquote“; Henle, BayVBl. 1955, 225 meint, dank der pünktlichen Wiederholung dieses „mit planetarischer Regelmäßigkeit und trojanischem Lärm“ durchgeführten Streites „möchte fast der Eindruck entstehen, es handle sich um eine Art konstitutioneller Einrichtung“.

¹⁰⁾ Vgl. dazu Bräuer, DÖV 1955, 585.

¹¹⁾ Henle, BayVBl. 1955, 225 ist der Ansicht, angesichts der großzügigen Art, mit der sonst finanzielle Rücksichten behandelt zu werden pflegten, ließe sich der Finanzstreit nicht ausreichend durch ein waches finanzpolitisches Interesse erklären. Es liege

Ziel auf einem illegitimen Pfad angesteuert werden. Für diese Deutung mag sprechen, daß im Bundesbereich gelegentlich erwogen worden ist, das Scheitern einer Einigung über den Bundesanteil zu einer Bundesexekutive besonderer Art zu benützen, deren Rechtsgrundlage in Art. 108 Abs. 4 GG zu finden wäre. Darnach kann der Bund die ordnungsgemäße Verwaltung der gemeinsamen Steuern, soweit sie dem Bund zufließen, durch Bundesbevollmächtigte überwachen lassen, die gegenüber den Mittel- und Unterbehörden ein Weisungsrecht haben. Es wird aber wohl kaum bestritten werden können, daß dieser Verfassungssatz nur das Vollstreckungsverfahren regeln will, während er eine materiellrechtliche Vorschrift über die Höhe des Bundesanteiles nicht selbst enthält, sondern voraussetzt. Ein Beschneiden allzu großer Ausgabefreudigkeit der Länder durch den Bund wird also auf diesem Wege schwerlich zu erreichen sein.

Über einige Erkenntnisse scheinen sich indessen alle Beteiligten einig zu sein: Zunächst darüber, daß bei jeder überhaupt denkbaren Gestaltung des Finanzausgleichs zwischen Bund und Land eine Einigung über die Verteilung von Steuerquellen und Steueraufkommen nötig ist. Ein Finanzausgleich wäre selbst dann notwendig, wenn Deutschland ein Einheitsstaat wäre, und natürlich auch dann, wenn der Bund eine bundeseigene Finanzverwaltung hätte (das haben die Jahre vor 1945 und vor 1933 bewiesen). Die Intensität des Streites würde durch das eine wie das andere Faktum keineswegs gemildert, sondern nur auf eine andere rechtliche Ebene verlagert. Ferner besteht Einigkeit darüber, daß kein anderer Weg des Finanzausgleichs möglich ist, als der über eine große gemeinsame Steuer von Bund und Ländern (neben bundeseigenen und landeseigenen Steuern). Von keiner Seite ist ein anderer Weg auch nur angedeutet oder in Betracht gezogen worden¹²⁾. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern eine gemeinsame Steuer den föderativen Aufbau gefährden soll. Mit dem Bundesstaat ist nicht das „Trennsystem“ notwendig verknüpft¹³⁾; es lassen sich auch andere Gestaltungen mit ihm verbinden. Im Gegenteil: eine gemeinsame Steuer ist durchaus begrüßenswert; denn sie zwingt im Verhältnis von Bund und Ländern zu beiderseitiger Rücksichtnahme und gegenseitigem Verständnis ohne

nahe, in ihm ein Symptom zu sehen, das auf eine tieferliegende Störung, eine Art Dystonie im inneren Gefüge unseres Staates schließen ließe.

¹²⁾ Vgl. Henle, BayVBl. 1955, 226.

¹³⁾ Vgl. dazu Wacke, DÖV 1955, 578 (mit Hinweis auf Popitz).

Pochen auf rechtliche Überlegenheit. Schließlich ist auch nirgends geäußert worden, daß als gemeinsame Steuer eine andere als die Einkommen- und Körperschaftssteuer in Frage käme. Damit sind sich aber die streitenden Seiten schon sehr nahe gekommen. Noch keine Formel ist dafür gefunden worden, wie man die unentbehrliche Elastizität des Bundeshaushalts kombinieren kann mit einer gewissen Stabilität, die die Länder sichert, ihre Aufgaben zu erfüllen, ohne in einem ständigen finanziellen Schwebezustand zu bleiben. In diesem Punkt scheinen die planenden Finanzpolitiker von den formulierenden Verfassungsrechtlern noch nicht genügend unterstützt worden zu sein.

Die grundsätzliche Richtung, die das Grundgesetz dem Finanzausgleichsrecht zwischen Bund und Ländern gewiesen hat, ist trotz des Mißlingens einiger Sätze im ganzen doch sowohl für den Bund wie für die Länder vorteilhaft. Unbestreitbar für den Bund günstig ist das durch Art. 106 Abs. 3 GG herbeigeführte Ergebnis¹⁴⁾, wonach der Bund zur Deckung seiner durch andere Einkünfte nicht gedeckten Ausgaben einen Teil der Einkommen- und Körperschaftssteuer in Anspruch nehmen darf. Die Erfahrung zeigt jedenfalls, daß sich sein Anteil von 1951 bis 1954 mehr als verdoppeln konnte, während der Länderanteil in der gleichen Zeit nur um ein Viertel anwuchs. Überdies bedeutet die Quote des Bundes an der gemeinsamen Steuer gegenwärtig nur etwa die Hälfte seiner Gesamtsteuermasse, während die Quote der Länder an der gleichen Steuer vier Fünftel ihrer Gesamtsteuermasse ausmacht. Das Risiko der Länder bei jeder Veränderung des Anteils ist also viermal so groß als das des Bundes. Andererseits bedeutet die Regelung eine unleugbare Stärkung des Ländereinflusses, da das Bundesgesetz, das den Anteil des Bundes bestimmt, der Zustimmung des Bundesrates bedarf. Es besteht Zustimmungsrecht, nicht Zustimmungspflicht des Bundesrates. Die anderen maßgeblichen Bundesorgane können also die Notwendigkeit und die Höhe des Bundesanteiles nicht ohne Verständigung mit der Ländermehrheit bestimmen. Dadurch ist ein beruhigendes Gleichgewicht in die verfassungsrechtlichen Beziehungen zwischen Bund und Ländern auf finanziellem Gebiet gekommen, wenigstens insofern als die Risiken verteilt und die Gemeinsamkeiten herausgehoben sind. Auch wenn der Bund nun naturgemäß versuchen wird, die Länderfront aufzugliedern (was politisch naheliegend ist), oder wenn umgekehrt die Länder bestrebt sein werden, in möglichst einheit-

¹⁴⁾ Vgl. hierzu auch die näheren Zahlenangaben bei Henle, BayVBl. 1955, 227.

licher Linie ihre Interessen zu wahren, muß jedenfalls in einer Art rechtlicher Waffengleichheit gerungen werden. Die Zustimmung des Bundesrates kann in keiner Weise ersetzt werden. Bundesregierung und Bundestag müssen sich letztlich mit den Ländern verständigen, ebenso wie die Länder untereinander eine Mehrheitslinie zu gewinnen suchen müssen. Kein einzelnes Land hat vermöge seiner Gliedstaatseigenschaft ein Einfluß- oder gar Einspruchsrecht. Hegemonial- oder Vetopositionen könnten, wie auch sonst im Bundesstaat, nur das Einvernehmen stören. Es ist für einen gesunden Bundesstaat charakteristisch, daß ohne vertrauensvolle Verständigung kein rechtes Ergebnis zustande kommen kann und daß die Glieder dem gleichen Wagnis ausgesetzt sind wie der Gesamtstaat. Von dieser Erkenntnis aus ist es verständlich, daß im Verlaufe der jüngsten Verhandlungen zwischen Bund und Ländern über eine längerdauernde Fixierung oder gar Verselbständigung eines Bundesanteiles an der Einkommen- und Körperschaftsteuer die Länder es — jedenfalls vorerst — abgelehnt haben, auf ihre Mitbestimmung und Mitkontrolle eines künftigen verselbständigten Bundesanteiles einschließlich einer etwaigen Ergänzungsabgabe des Bundes zu verzichten. Durch einen Wegfall der Mitwirkung des Bundesrates würden kaum Verbesserungen erzielt werden; die Interessenkämpfe würden unvermindert fort dauern. Vollends würde eine einseitige Bestimmung seines Anteiles an der gemeinsamen Masse durch den Bund verfassungsrechtlich und finanzpolitisch ins Ungeisse führen. Andererseits muß es als ein legitimes Anliegen des Bundes bezeichnet werden, in gleichem Umfange Kenntnis von der Finanzwirtschaft der Länder zu erhalten, wie die Länder Kenntnis von der Finanzgebarung des Bundes bereits besitzen. Wenn dieses Anliegen nicht schon durch die Pflicht der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten¹⁵⁾ seine Erfüllung erfahren kann, müßte eine ausdrückliche Auskunftspflicht statuiert werden¹⁶⁾.

¹⁵⁾ Vgl. auch Fischer-Menshausen, DÖV 1955, 262: „Auf keinem Gebiet des bundesstaatlichen Gemeinschaftslebens wird deutlicher als hier (erg.: im Gebiete der Finanzen), daß die föderative Verfassungsordnung sich nicht in der Verteilung von Kompetenzbefugnissen und der Sicherung von Freiheitsrechten erschöpft, sondern in erster Linie Verpflichtungen für alle Bundesglieder begründet ...“; vgl. in diesem Zusammenhang namentlich auch Klein in Festschrift für Giese, 1953, S. 61 ff. Allgemein zur Rechtspflicht zum bundesfreundlichen Verhalten vgl. u. a. BVerfGE v. 21. 5. 1952 in E 1, 315 (im Anschluß an Smend in Festschrift für Otto Mayer, 1916, S. 261)

¹⁶⁾ Vgl. auch Hettlage, DÖV 1955, 37.

Wie im Haushaltsrecht, so ist auch im Finanzausgleichsrecht das Bestreben erkennbar geworden, dadurch aus der politischen Spannung herauszukommen, daß an die Stelle politischer Auseinandersetzungen die Sachvernunft gesetzt wird. Sie soll hier darin bestehen, daß die Dauerhaftigkeit der Regelung als gewährleistet angesehen wird, wenn das Bedarfsdeckungsprinzip verwirklicht ist. Die Endgültigkeit liegt hier nicht in der Festlegung der Anteile, sondern in der Festlegung einer Regel für die Regelung¹⁷⁾. Die Zauberformel hierfür, die wir der Bundestagsdrucksache 1254 entnehmen können, sollte folgendermaßen lauten: „Vom Aufkommen der Einkommen- und Körperschaftssteuer stehen dem Bund und den Ländern Anteile in dem Verhältnis zu, in dem der Steuerbedarf des Bundes nach Abzug seiner anderen Steuereinnahmen zu dem entsprechenden Steuerbedarf der Länder steht (Bedarfsverhältnisse).“ Da hier ein ernster Versuch gemacht wird, die politischen Spannungen durch die Flucht in die Sachlichkeit zu ersetzen, verlohnt es sich, nachzuspüren, welcher Erfolg ihm beschieden sein kann. Die Formel geht davon aus, daß Bund und Länder gesondert die Aufgaben tragen, die sich aus der Wahrnehmung der ihnen verfassungsmäßig zukommenden Aufgaben ergeben. Bei den Einnahmen haben Bund und Länder Anspruch auf gleichmäßige Deckung ihrer Ausgaben und zwar so, daß ein billiger Ausgleich erzielt, eine Belastung der Steuerpflichtigen vermieden und die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet möglichst gewahrt werden. Offensichtlich bemühen sich die Urheber der Formel, die Verteilung der Einnahmen zwischen Bund und Ländern sozusagen mittels einer mathematischen Gleichung vorzunehmen, die politische Regungen und Bestrebungen von selbst ausschalten soll. In einem Rhythmus von zwei Jahren soll die Gleichung unter Zugrundelegung der gleichen Leitgedanken revidiert werden können. Indessen kann auch hier die Sachvernunft nur eine Verlagerung des Kampffeldes vornehmen. Die politischen Gegensätze bleiben bestehen und die entscheidenden Fragen ungelöst¹⁸⁾. Schon der Begriff des „Bedarfs“ ist kein unpolitischer Sachbegriff, sondern eine Größe des politischen Ermessens. Den öffentlichen Bedarf kann man beliebig wachsen lassen, man kann ihn aber nicht objektivieren. Er hat eine Tendenz ins Unermeßliche¹⁹⁾, die man nur mit politischen

¹⁷⁾ Vgl. Henle, BayVBl. 1955, 226.

¹⁸⁾ Hierzu und zum folgenden vor allem Henle BayVBl. 1955, 226.

¹⁹⁾ Vgl. auch Klein in Festschrift für Giese, 1953, S. 72 ff. zum „Gesetz des steigenden Staatsbedarfs“ (unter Anführung von Adolf Wagner, Gerloff und Popitz).

Erwägungen eindämmen kann. Aber selbst wenn man den Bedarf als bestimmbar ansehen könnte, so wären die Schwierigkeiten noch keineswegs behoben. Wenn beide Partner an der Steuermasse im Verhältnis ihres Bedarfs beteiligt sein sollen, so ist eine Abwägung der einzelnen Ausgabeposten nach ihrer Bedeutung für den Staat unausweichlich. Es müßten also etwa Autobahnen mit Kliniken, Botschaftsgebäude mit Hochwasserverbauungen, Flugplätze mit Landwirtschaftsschulen nach ihrer Wichtigkeit verglichen und abgewogen werden. Ist die Steuermasse kleiner als der Gesamtbedarf, so müßte eine gleichmäßige Verminderung des beiderseitigen Bedarfs eintreten, damit der verfassungsmäßig vorgeschriebene Haushaltsausgleich in Bund und Ländern erfolgen kann (Art. 110 GG). Diese Notwendigkeit gibt uns den Schlüssel dafür, daß im politischen Verhältnis von Bund und Ländern trotz des Bedarfsdeckungsprinzips so gut wie alles beim alten bleiben würde. Der Kampf würde dann darum gehen, welcher Bedarf zu hoch und welcher als der wichtigere zu gelten hat. Erfahrungsgemäß wird dabei jeder Partner seine gegenüber dem Vorjahr etwas erhöhten Anforderungen als sehr bescheiden, die Anforderung des anderen Partners aber als überhöht bezeichnen. Zum Nachweis der Unentbehrlichkeit bestimmter Ausgaben würden lebensnotwendige politische Ziele des Gesamtstaates vorgebracht, vertragliche Pflichten nach außen oder innen behauptet oder unverrückbare soziale Mindestprogramme entwickelt werden. Es liegt auf der Hand, daß auf diesem Wege kein befriedigendes Ergebnis sichtbar wird. Die Formel, nach der eine bestimmte Steuermasse dem Gesamtstaat und den Gliedstaaten nach ihrem Bedarf zuzuteilen ist, löst die politischen Fronten nicht auf. Sie kann es schon deshalb nicht, weil das Bedarfsdeckungsprinzip in seinem Kern nichts anderes ist als eine Begriffsbestimmung des Finanzausgleichs selbst. Damit sind wir aber wieder am Anfang der Gedankenreihe angelangt. Bei diesem Rundlauf zum Ausgangspunkt bleibt überdies die verfassungsrechtliche Schwierigkeit noch unerörtert, die darin besteht, daß nach Art. 107 GG „bestimmte“ Steuern zugeteilt werden sollen, nicht ein unbestimmter Anteil, der nach erst zu findenden Maßstäben bemessen werden soll. Außerdem soll diese Verteilung der Steuern „endgültig“ erfolgen, während das Bedarfsdeckungsprinzip offensichtlich die Vorläufigkeit stabilisieren würde. Es ist freilich fraglich, ob dieses Verfassungsziel überhaupt je erreicht werden kann, ob also der Rechtssatz nicht eine Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung darstellt.

Darnach möchte es also so scheinen, als ob es überhaupt keine Ruhe in diesem Bereich der Finanzverfassung geben könne. Ich fürchte in der Tat, daß es so ist und daß der Stand der größtmöglichen Ruhe und des optimalen Ausgleichs bereits erreicht ist. Es liegt im Wesen des Politischen, daß es zu keiner vollen Ruhe kommen kann. Sowohl der Bund wie die Länder sind dem Risiko des politischen Handelns und Geschehens preisgegeben, das sogar den Existenzverlust miteinschließt. Keine Sachvernunft kann sie vor diesem Risiko bewahren²⁰⁾. Bekennt man sich zu dieser Grundhaltung, so zeigen sich drei theoretisch mögliche Entwicklungswege für die Zukunft:

Erstens die Beseitigung des einen Partners durch den anderen. Nach Lage der politischen Kräfte könnte das nur die Beseitigung der Länder durch den Bund sein, ähnlich dem Vorgang in der Sowjetzone. Es soll hier unerörtert bleiben, daß das, von der verfassungsrechtlichen Seite der Möglichkeit dieses Weges abgesehen, ein höchst beklagenswerter und folgeschwerer politischer Eingriff in die geschichtliche Fundierung des deutschen Staates wäre. Im Zusammenhang mit der Würdigung der Finanzverfassung fällt zunächst nur ins Gewicht, daß die Frage der Verteilung der Steuermasse dadurch seinem Inhalt nach nicht gefördert würde. Nur das Verfahren würde ein anderes. An die Stelle von Verhandlungen träte die einseitige Entscheidung wie in den Jahren zwischen 1933 und 1945. Ungeachtet dessen würde der politische Kampf mindestens versteckt weitergehen

Zweitens das Bestehenlassen des gegenwärtigen finanzverfassungsrechtlichen Zustandes im Verhältnis von Bund und Ländern, allenfalls mit einigen Verbesserungen, wie sie zum Beispiel die beiden Bundesgesetze vom 27. 4. 1955²¹⁾ enthalten.

²⁰⁾ Hettlage, DVBl. 1953, 716 f. befürchtet allgemein von einem „Finanzverfassungsgesetz“, es führe „zur rechtsbegrifflichen Bemäntelung politischer Interessen und zu einer weiteren politischen und sachlichen Belastung des Bundesverfassungsgerichts“; die Finanzpolitik widerstrebe „ihrem Wesen nach einer handfesten rechtlichen Funktionsordnung“.

²¹⁾ Vgl. dazu z. B.: Fischer-Menshausen, DÖV 1955, 261 ff., der die Gesetzeswerke — als Teilstücke des gesamten geplanten Reformwerkes — als „einen bemerkenswerten Fortschritt für das finanzielle Gefüge unseres Bundesstaats“ bezeichnet (261); Hüchtling, DÖV 1955, 39 stellte — vom Blickfeld des von ihm eingehend geschilderten Beratungsstandes aus — der gesamten Finanzreform eine nur teilweise günstige Prognose, meinte indes, daß sich „im Grunde“ die Meinungsverschiedenheiten auf nur verhältnismäßig wenige Fragen beschränkten; vgl. auch aaO. 45; vgl. ferner Hüchtling in DÖV 1955, 291 ff. sowie in DÖV 1955, 38 gg.; vgl. auch Henle, BayVBl. 1955, 228; W. Krause, DÖV 1955, 279 ff.; Kurzweilly, DÖV 1955, 281 ff.

So unhaltbar, wie er manchmal dargestellt wird, scheint dieser Zustand doch nicht zu sein. Er hat sich zwar erst sechs Jahre lang, seit Gründung der Bundesrepublik, gehalten, aber doch ohne den Beteiligten nachweisbaren oder vermeidbaren Schaden zuzufügen. Ob andere Wege weniger Nachteile gleichzeitig und größere Vorzüge zu bieten vermögen, ist zum mindesten bestritten. Vermutlich wird die Praxis der kommenden Jahre diesen Weg schon deshalb gehen, weil er den geringsten Widerstand verspricht^{21a)}.

Drittens das unablässige Ringen um Einigung und Ausgleich zwischen Bund und Ländern, je nach Lage der wechselnden politischen Situationen unter immer erneuter Durchdenkung²²⁾

^{21a)} Zwei Monate nach Erstattung des Berichts ist das Bundesgesetz zur Änderung und Ergänzung der Finanzverfassung (Finanzverfassungsgesetz) vom 23. 12. 1955 (BGBl. S. 817) verkündet worden. Darnach haben auch die Art. 106 und 107 GG eine Neufassung erhalten. Nunmehr stehen vom Aufkommen der Einkommensteuer und Körperschaftssteuer bis 31. 3. 58 dem Bund 33 $\frac{1}{3}$ vH, den Ländern 66 $\frac{2}{3}$ vH zu. Ab 1. 4. 58 ist das Verteilungsverhältnis 35 vH und 65 vH. Damit ist eine zwar als übergangsweise gedachte, aber doch bis auf weiteres endgültige Lösung gefunden worden. Bei wesentlicher Änderung der hauswirtschaftlichen Lage und bei Entstehen erheblicher Haushaltsfehlbeträge im Bund oder in den Ländern soll dieses Verteilungsverhältnis — erstmals ab 1. 4. 58 und sodann in weiteren Abständen von je zwei Jahren — zugunsten des Bundes oder zugunsten der Länder geändert werden können. Zugunsten der Länder ist es zu ändern, wenn diesen durch Bundesgesetz zusätzliche Ausgaben auferlegt oder Einnahmen entzogen werden. Die Änderungen des Verteilungsverhältnisses erfolgen jeweils in Form eines einfachen Zustimmungsgesetzes. Aus dem Gesetz ergibt sich deutlich, daß die Grundlinien der bisherigen Regelung fortgeführt werden. Die Erwägungen, die für das frühere Recht angestellt worden sind, können auch für die jetzige Rechtslage verwendet werden. Bemerkenswerterweise ist das Finanzverfassungsgesetz von beiden Seiten, von Bundes- wie von Landesseite, als Erfolg betrachtet worden. Die Ansichten der Presse gingen auseinander. Sicher scheint zu sein, daß eine stärkere gegenseitige Überwachung der Haushaltsgebarung eintreten wird; denn es müssen ja jeweils von der anderen Seite die wesentliche Änderung der hauswirtschaftlichen Lage und der Grund des Entstehens erheblicher Haushaltsfehlbeträge kritisch geprüft werden. Es zeichnet sich außerdem eine Entwicklung ab, die es immer weniger angezeigt erscheinen läßt, von einem „Sieg“ des Bundes oder der Länder zu sprechen. Das wirtschaftliche Ergebnis wird ein mit steigender Intensität angesteuertes Ziel, und die Notwendigkeiten der außen- und innenpolitischen Lage machen den Bewegungsspielraum immer kleiner, innerhalb dessen das gegenwärtige Gleichgewicht geändert werden kann.

²²⁾ Es regen sich bereits Versuche zu einer „theoretischen Grundlegung einer Disziplin der Finanzverfassungsrechtslehre“, vgl. Strickrodt, JZ 1955, 129 ff. (138) sowie in JZ 1955, 469 ff.; vgl. auch Strickrodt, Die Finanzverfassung des Bundes als poli-

der finanzwirtschaftlichen Gesamtsituation, wie es dem Ideal eines in sich befriedeten Bundesstaates entspricht. Das ist der mühsamste und arbeitsreichste, aber schließlich auch lohnendste Weg. Dazu müssen allerdings die maßgebenden Kräfte in Bund und Ländern ernstlich und verständnisvoll bereit sein, wie es etwa in der Schweizer Eidgenossenschaft Bund und Kantone sind und seit langem gewesen sind. Die politischen und psychologischen Voraussetzungen dazu sind jedenfalls in der Bundesrepublik auf beiden Seiten heute ungleich günstiger, als sie je in der Weimarer Zeit gewesen sind.

Das Finanzverfassungsrecht berührt nicht nur das politische und rechtliche Verhältnis von Bund und Ländern, sondern — in der Form des horizontalen Finanzausgleichs — auch die gegenseitigen Beziehungen der Länder zueinander. Das zweite der beiden genannten Finanzgesetze des Bundes von 1955 sieht sein Ziel in einer Angleichung der Finanzkraft der Länder untereinander²⁴). Die stärkeren Gegensätze zwischen reichen und armen Ländern in der Bundesrepublik, die ohne die Intensivierung des horizontalen Finanzausgleichs bestehen müßten, und das dadurch bewirkte Gefälle innerhalb der Länder von West und Ost sollen mit diesem Gesetz abgeschwächt werden. Ein sehr durchdachtes System von Steuerkraftmeßzahlen und Ausgleichsmeßzahlen samt „Zahlenveredlung“ liefert die Maßstäbe für die Erkenntnis, wann ein Land als finanzstark und damit als reich, oder als finanzschwach und damit als arm angesehen werden kann. Daß es freilich letzten Endes das Steuersystem selbst ist, das ein Land reich oder arm macht, daß also keine naturgegebenen differenzierenden Merkmale vorliegen, wird dabei nicht erkannt. Die Anwendung des ausgearbeiteten Zahlensystemes auf die deutschen Länder ergibt, daß trotz aller Ausgleichsmaßnahmen, die seit Errichtung der Bundesrepublik besonders auf dem Gebiete der Kriegsfolgeschäden und des Lastenausgleichs vorgenommen worden sind, die Finanzstärke der Länder auch heute sehr unterschiedlich ist. Sie schwankt, soweit man sie zahlenmäßig ausdrücken kann, zwischen den Kennziffern 167 und 318 auf den Einwohner. Hier greift das Gesetz von 1955 ein, indem die ausgleichspflichtigen Länder 51 % ihres Überschusses an Finanz-

tisches Problem, 1951; ferner die Andeutungen bei Klein in Festschrift für Giese, 1953, S. 89, Köttgen, DVBl. 1953, 684; in diesem Zusammenhang vgl. auch die größeren Untersuchungen z. B. von Bühler in Thoma-Festschrift, 1950, S. 1 ff.; Gerloff, Die Finanzgewalt im Bundesstaat, 1948; Wacke, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 1950 sowie in DÖV 1955, 577 ff.

²⁴) Genaue Zahlenangaben bei Hüchting, DÖV 1955, 230 ff.; DÖV 1955, 288, 291 ff. und DÖV 1955, 44 f.

kraft gegenüber dem Bundesdurchschnitt für die ausgleichsberechtigten Länder zur Verfügung stellen. Ein so erheblicher Ausgleich hat naturgemäß weitgehende Folgen auch politischer und verfassungsrechtlicher Art. Mit dem bundesstaatlichen Staat ist er nicht wesensmäßig verbunden. In einem Bundesstaat, in dem der Gesamtstaat und alle Gliedstaaten untereinander in einem freundschaftlichen Verhältnis ohne Argwohn stehen, und die Bürger des einen Landes nicht mit Neid auf die Bürger eines anderen Landes blicken, läßt es sich unschwer ertragen, daß es reiche und arme Länder und demgemäß auch bevorzugte und benachteiligte Bürger gibt. Es kann grundsätzlich auch keine Bundesrechtspflicht auf Ausgleich anerkannt werden, allenfalls in äußersten Notfällen, etwa bei unmittelbar bedrohter Staatlichkeit des Landes. Dennoch kommt der Ausgleich des Reichtums und der Armut zwischen den Ländern in der Bundesrepublik einem politischen Interesse beider Partner entgegen. Er versetzt die Länder mit unterdurchschnittlicher Finanzkraft in die Lage, ihren Bürgern annähernd gleiche Leistungen zu gewähren wie die anderen Länder²⁵⁾, so daß sie sich nicht mehr einem unangenehmen Druck ihrer eigenen Bürger ausgesetzt sehen, der bei engherziger Beurteilung der Lage bis zur Verneinung ihrer Existenzberechtigung reichen kann. Andererseits hat der Bund ein Interesse daran, daß die politischen Gegensätze in Bezug auf die Bundespolitik nicht dadurch gesteigert werden, daß die Länder je nach dem Blick auf ihre Haushalte auch Fragen der Außenpolitik, der Wirtschaftspolitik, der Sozialpolitik im Bundesrat unterschiedlich beurteilen. Die Interessenlage soll von sachfremden Nebenerwägungen gereinigt und auf die Kernfragen selbst gerichtet werden. Die Anliegen beider Partner kommen sich hier im gleichen Ergebnis entgegen und so hat auch das Bundesgesetz eine Synthese gefunden, die eine weitgehende Angleichung der Länder untereinander bringt. Selbst die gebenden Länder sehen die Zweckmäßigkeit des Ausgleichs ein und begrenzen damit nicht ungern die Unruhe, die durch ihren Reichtum entsteht. So werden künftig die Länder Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Hamburg, Bremen und Hessen Zahlungen in Höhe von jährlich etwa 450—500 Millionen erbringen und die Länder Bayern, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz werden Empfänger dieser Zuweisung sein.

²⁵⁾ Vgl. dazu Fischer-Menshausen, DÖV 1955, 265 (unter IV): „Ein sozialer Bundesstaat ... kann nicht zulassen, daß die Qualität der öffentlichen Verwaltungsleistungen je nach der Steuerstärke oder Steuerschwäche der einzelnen Länder gebietsweise differenziert wird ...“; vgl. z. B. auch Hüchting, DÖV 1955, 288.

Wir haben seit 1955 einen durch finanziellen Rationalismus beeinflussten föderativen Aufbau, von dem vorsichtige Beurteiler meinen, daß er den Bestand und die Wirksamkeit der Länder eher festigt als gefährdet. Mit dieser Lösung dürften auch verschiedene, in den letzten Jahren behandelte Fragen des Ausgleichs in anderer Richtung (etwa die Frage der Zulässigkeit einer ländermäßigen Staffelung der Steueranteile des Bundes) überholt sein. Ich möchte diesen sogenannten „brüderlichen“ Ausgleich (nach der Bezeichnung von Hettlage) vom bundesstaatlichen Gesichtspunkt den Vorzug vor dem sogenannten „väterlichen“ Ausgleich geben, wenn auch selbstverständlich nicht verkannt wird, daß auch der brüderliche Ausgleich nicht durch Staatsvertrag der Länder, sondern durch Bundesgesetz zustande gekommen ist.

Ungelöst ist jedoch noch die finanzrechtliche und damit verfassungsrechtliche Stellung der Gemeinden im Gesamtstaat²⁶⁾. Das Grundgesetz geht nicht von einem dreistufigen Bundesaufbau in Gemeinden — Länder — Bund aus, sondern von einem zweistufigen Land — Bund²⁷⁾. Die Gemeinden behandelt es im Abschnitt „Bund und Länder“. Aber die darin enthaltene verfassungsmäßige Gewähr kommunaler Rechte vom Bund her, insbesondere die der Selbstverwaltung²⁸⁾, verbunden mit der Befugnis zur Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung dieser Rechte an das Bundesverfassungsgericht, bringt Gemeinden und Gemeindeverbände schon jetzt in eine gewisse verfassungsrechtliche Verbindung mit dem Bund²⁹⁾, die der Zwischenschaltung der Länder ermangelt. Eine Garantie eines bestimmten Steuereinkommens oder Steueraufkommens ist darin nicht enthalten. Selbst die Realsteuern sind im Grundgesetz nicht den Kommunen unmittelbar, sondern den Ländern

²⁶⁾ Dazu z. B. Bühler im Bonnier Kommentar, 2 zu Art. 106 S. 3; Greinert in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. II (1950), S. 401 ff.; Heckt, DÖV 1955, 265 ff.; Heun, DÖV 1953, 485 ff. mit Erwiderung von Augustin, DÖV 1953, 709 ff.; Klein in Festschrift für Giese, 1953 S. 94 ff. (mit weiteren Belegen); Köttgen, DÖV 1953, 359; Rietdorf, DÖV 1953, 225 ff. mit kritischen Bemerkungen Fischer-Menshausen, DÖV 1953, 229 f.

²⁷⁾ Dazu z. B. Bräuer, DÖV 1955, 585 f.; Kaiser (referiert von Nederkorn, DÖV 1953, S. 556); Köttgen, DÖV 1953, 359 (zugleich mit Hinweisen auf Bühler im Bonner Kommentar, Art. 107, S. 1 und v. Mangoldt, Kommentar, 1. Aufl., S. 570); siehe ferner die Nachweise in Anm. 32.

²⁸⁾ In diesem Zusammenhang auch: Klein in Festschrift für Giese, 1953, S. 94 ff.; Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 1953; vgl. z. B. auch Heckt, DÖV 1955, 266: „Die institutionelle Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG hat... einen wesentlichen finanzpolitischen Inhalt.“

²⁹⁾ Dazu auch Köttgen, DÖV 1953, 359.

zugesprochen, die sie allerdings an die letzteren weitergegeben haben. Die Kommunen erstreben die sogenannte verbundene Steuerwirtschaft, und sie verstehen darunter u. a. die Beteiligung mit festen Sätzen am Aufkommen bestimmter Steuern und eine bundesverfassungsmäßige Zuteilung der Realsteuern an sie, an der die Länder nichts ändern könnten. Es wird von keiner Seite in Zweifel gezogen, daß es dazu einer Änderung des Grundgesetzes bedürfe³⁰⁾. Wenn gleichzeitig eine finanzielle Garantie für die Länder im Verhältnis zum Bund festgelegt wird, kann in einer verbundenen Steuerwirtschaft (im „Steuerverbund“) keine Abschwächung des bundesstaatlichen Aufbaus der Bundesrepublik erblickt werden. Der Aufbau von unten nach oben entspricht föderativem Denken. Der Gefahr, daß die Länder zwischen Bund und Gemeinden zerrieben würden, kann durchaus vorgebeugt werden, ohne den Gemeinden die Sicherheit für ihr Wirken vorzuenthalten.

So wenig es sich rechtfertigen ließe, die gegenwärtige Verteilung der Steuerquellen und Steuererträge als unerträglich oder gar unsinnig zu bezeichnen, so wäre es auch unangebracht, die Lage, die sich bei der Verwaltung der Steuern im Bund-Länder-Verhältnis ergeben hat, zu dramatisieren. Die Entscheidung, daß keine Bundesfinanzverwaltung bestehen soll, hat der Verfassungsgeber des Grundgesetzes getroffen. Sie hat Verfassungsrang und wird solange fortbestehen, als sich nicht die verfassungsgesetzgebenden Organe zu einer anderen Organisation entschließen. Sicher scheint zu sein, daß sich die Anhänger und Gegner einer Bundesfinanzverwaltung mit rationalen Erwägungen nicht zu überzeugen vermögen, auch nicht mit noch so umfassendem Zahlenmaterial. Ob überhaupt eine Verbilligung und Vereinfachung bewirkt würde, ist sogar unter Fachleuten bestritten und zweifelhaft. Was aber im übrigen für das Bundesfinanzministerium durch Errichtung einer Bundesfinanzverwaltung erstrebt wird, hat es doch wohl jetzt schon. Insbesondere stehen ihm weitestgehende rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten in Bezug auf die Gleichmäßigkeit des Gesetzesvollzuges schon jetzt zu. Es braucht nur davon einen sachgemäßen Gebrauch zu machen, statt neue Befugnisse zu den nicht ausgenützten alten zu häufen. Die „Mischverwaltung“ oder „Mitverwaltung“³¹⁾, die das Grundgesetz geschaffen hat, muß sich eng an die vom Grundgesetz gestalteten Formen anschließen, wenn sie mit der Verfassung im Einklang stehen soll. Es besteht weder ein Bedürfnis noch die rechtliche Mög-

³¹⁾ Vgl. Kratzer, DÖV 1950, S. 534; Köttgen, DÖV 1955, S. 485; Gerner, BayVBl. 1955, 193; Fußlein, DVBl. 1956, 1.

³⁰⁾ Dazu näher Heckt, DÖV 1955, 226.

lichkeit, sie zu erweitern. Das Gleiche gilt für die Bundesaufsichts- und Bundesweisungsbefugnisse auf finanzrechtlichem Gebiet. Weder die Natur der Sache noch die Erfordernisse des modernen Verwaltungsstaates können eine Änderung der gegenwärtigen Verteilung von Zuständigkeiten, Aufgaben und Aufsichtsbefugnissen ohne Verfassungsänderung rechtfertigen. Für die „Natur der Sache“ als zuständigkeitsbegründendes Element wird das Rechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts über ein Bundesbaugesetz zugrunde gelegt werden müssen. Auch im Bereich der Finanzverfassung müssen wir uns darnach ausrichten. Sonstige Erwägungen können Motive für den Verfassungsgesetzgeber sein, gehören aber nicht dem geltenden Recht an. Der Gedanke dagegen, daß im Verhältnis von Bund und Ländern jeder Teil die Finanzverantwortung tragen sollte, soweit ihm die Erfüllung von Aufgaben obliegt, steht durchaus im Einklang mit der Grundrichtung unserer Verfassung und mit der bundesstaatlichen Struktur der Bundesrepublik.

III. Einfaches Finanzgesetz und Finanzverfassungsgesetz

Noch nicht endgültig gelöst ist eine grundsätzliche Frage des formellen Verfassungsrechts. Durch Art. 106 Abs. 3 und 4 GG ist der einfache Bundesgesetzgeber ermächtigt, Bundesanteile an Ländersteuern festzusetzen und finanzielle Ausgleichs unter den Ländern herbeizuführen. Art. 106 GG ist Verfassungsrecht im formellen Sinn, Gesetze dagegen, die die Bundesanteile festsetzen oder Ausgleichszahlungen vorschreiben, sind einfache Zustimmungsgesetze, auch wenn sie von der Grundverteilung der Steuern durch das Grundgesetz abweichen. Ähnlich verhält es sich mit Art. 107 GG³²⁾, ^{32a)}.

³²⁾ Vgl. zu den Gesetzentwürfen im Zusammenhang mit Art. 107 GG besonders: Fischer-Menshausen, DÖV 1955, 261 ff.; vgl. auch in DÖV 1952, 673 ff. sowie in DÖV 1953, 229 f.; Görg, DÖV 1955, 273 ff.; Heckt, DÖV 1955, 265 ff.; Henle, BayVBl. 1955, 225 ff.; Hettlage, DVBl. 1953, 713 ff. sowie FA Bd. 14, 1953, Heft 3; Heun, DÖV 1953, 485 ff.; Huchting, DÖV 1955, 41 f., auch in DÖV 1953, 231; Köttgen, DÖV 1953, 358 ff. sowie in DVBl. 1953, 681 ff.; Noltenius, Gesundung der Finanzverfassung ..., 1953; o. V. DVBl. 1953, 432 f. (Referat); Rietdorf, DÖV 1953, 225 ff.; Strickrodt, JZ 1955, 129 ff. (bes. 134).

^{32a)} Durch Finanzverfassungsgesetz vom 23. 12. 1955 (BGBl. S. 817), ein Gesetz, daß nicht in den Formen der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG ergangen, sondern als einfaches Zustimmungsgesetz beschlossen worden ist, haben die Art. 106 und 107 GG eine neue Fassung erhalten. Anscheinend ging der Gesetzgeber davon aus, daß er im Hinblick auf die grundgesetzliche Er-

Sein Inhalt ist formelles Verfassungsrecht. Doch ist der einfache Gesetzgeber ermächtigt, unter Abweichung von Art. 79 GG eine neue Verteilung aller der konkurrierenden Gesetzgebung unterliegenden Steuern auf Bund und Länder³³⁾,^{33a)} durch einfache Zustimmung vorzunehmen. Dieses so neu-geschaffene Recht kann nach unseren bisherigen Vorstellungen vom Werden des Verfassungsrechts nicht wieder formelles Verfassungsrecht werden³⁴⁾. Nirgends sonst hat der einfache Gesetzgeber die Kraft, formelles Verfassungsrecht zu schaffen. Das kann nur der Verfassungsgeber schlechthin und der Verfassungsänderungsgesetzgeber, letzterer mit qualifizierten Mehrheiten. Das Ergebnis wird künftig wohl ähnlich sein, wie im Verhältnis von Grundrechten zu vorbehaltenen Gesetzen, die von Grundrechtssätzen abweichen dürfen: ein Verfassungskern, der ja trotz Art. 106 und 107 nicht abwandelbar ist, bleibt unveränderbar bestehen; der übrige Grundgesetzzinhalt in diesem Punkt ist aber nicht verfassungskräftig, und die Ab-

mächtigung diese Artikel durch einfaches Gesetz ändern dürfe. Ob die Artikel in ihrer Neufassung nunmehr formelles Verfassungsrecht geworden sind, also nur noch unter den verfassungsändernden Voraussetzungen geändert werden dürfen, scheint dahingestellt geblieben zu sein. Die Frage wird aber auftauchen, wenn etwa nicht nur das mit einfachem Gesetz zu verändernde Beteiligungsverhältnis von Bund und Ländern in Betracht kommt. Anscheinend wird bis jetzt stillschweigend die Anomalie in Kauf genommen, daß durch ein einfaches Gesetz aufgrund verfassungsrechtlicher Ermächtigung formelles Verfassungsrecht geschaffen werden kann.

³³⁾ Auch hier sind die Gemeinden nicht erwähnt; vgl. dazu näher z. B. Heckt, DÖV 1955, 269; Köttgen, DÖV 1953, 359; Huchting, DÖV 1955, 42 ist der Ansicht, Partner des Finanzausgleichs im Sinne des Art. 107 GG seien außer Bund und Ländergesamtheit „als deren integrierende Bestandteile auch die Gesamtheit der Gemeinden“ (nicht aber einzelne Länder und Gemeinden); vgl. u. a. auch Heun, DÖV 1953, 486 f.; Muthling (referiert von Augustin DÖV 1953, 434).

^{33a)} Im März 1956 hat der Bundestag einen Gesetzentwurf zum „Steuerverbund“ von Bund, Land und Gemeinde beschlossen. Das weitere Gesetzgebungsverfahren (Bundesrat usw.) ist noch im Gange. Nach diesem Gesetzentwurf soll den Gemeinden das Aufkommen an der Grund- und Gewerbesteuer garantiert werden und die Länder sollen verpflichtet werden, den Gemeinden einen prozentualen Anteil an dem den Ländern zufließenden Einkommen — und Körperschaftsteueraufkommen einzuräumen. Die Höhe des prozentualen Anteils wird von Bundes wegen nicht festgelegt.

³⁴⁾ Zu dieser sehr umstrittenen Frage vgl. vor allem: Bühler, Bonner Kommentar zu Art. 107, S. 1; Heckt, DÖV 1953, 654 f.; Hettlage, DVBl. 1953, 713 ff.; Klein, in Festschrift für Giese, 1953, S. 125 ff. sowie besonders in DVBl. 1954, 37 ff. (mit erschöpfenden Nachweisen); Köttgen, DVBl. 1953, 681 ff. sowie in DÖV 1953, 552.

weichungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers ist weder einmalig noch verbrauchbar. Wollte man der durch einfaches Gesetz erfolgenden Neufassung des Art. 107 GG den Charakter von Verfassungsrecht zubilligen — wahrscheinlich wird die Verfassungspraxis dazu neigen, sobald der neue Art. 107 GG in dieser Art zustande gekommen ist — dann wird man etwa so konstruieren müssen: Der einfache Bundesgesetzgeber handelt hier noch in Fortsetzung der verfassungsgebenden Kraft des Verfassungsgebers, mit dessen Willen und in dessen Auftrag; seine Tätigkeit ist noch sozusagen ein Ausfluß der verfassungsgebenden Gewalt. Ein Novum in der Verfassungslehre wird dennoch eine Verfassungsschöpfung auch mit dieser Begründung stets bleiben. Es würde die traditionellen Wege der Verfassungsgebung bestätigen und festigen, wenn man den einfachen Gesetzgeber nur einfache Gesetze erlassen ließe³⁵.

IV. Steuererhebender Staat und steuerzahlender Bürger

Nachdem damit das Verhältnis Regierung und Parlament, das Verhältnis Bund — Land — Gemeinde, und das Verhältnis einfaches und Verfassungsgesetz in der Schau der Finanzverfassung dargestellt worden sind, ist es förderlich, noch einen kurzen Blick auf das Verhältnis des Bürgers zum steuererhebenden und finanzgestaltenden Staat zu werfen.

Die Rechtsstaatlichkeit gibt weniger Schwierigkeiten auf als die Steuerwürdigkeit. Daß keine Steuer anders als auf Grund eines förmlichen Gesetzes erhoben werden kann unter Ausschluß des freien Ermessens der Finanzverwaltung, dünkt uns heute eine Selbstverständlichkeit. Die Einführung von Härteparagraphen, von Rahmensätzen für Einzelbemessungen oder von Pauschsätzen wird damit nicht als unvereinbar angesehen. Eine Modifizierung des Legalitätsprinzips, das die Steuerleichheit bei der Gesetzesanwendung gewährleistet, durch das Opportunitätsprinzip kann, wie im Strafrecht, nicht als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip angesehen werden. Die normbildende Tätigkeit der Finanzministerien ist mehr und mehr zurückgedrängt und die Ausschaltung der richterlichen Nachprüfung ist beseitigt worden. Die Hoffnung auf einen Abbau der autoritären Art unserer Steuerverwaltung, etwa durch reine Selbsteinschätzung und automatische Zahlung

³⁵) Mit Art. 107 GG (Verfassungskraft) haben sich beschäftigt: Klein, DVBl. 1954, 37 ff.; Hecht, DÖV 1954, 173 f.; Köttgen, DVBl. 1953, 681 ff.; Hettlage, DVBl. 1953, 713 ff. (714 ff.); Köttgen, DÖV 1953, 358 ff. (364); Hecht, DÖV 1953, 654 f.

nach nordamerikanischem Vorbild, hat unsere Finanzverwaltung bisher in keiner Weise genährt.

Weit schwieriger ist es, Grundsätze für das materielle Steuerrecht als Verfassungsbestandteil festzulegen. Zweifelhafte ist es schon, ob unser gegenwärtiges Steuersystem mit den uns allen geläufigen Einzelsteuern bereits dadurch verfassungsmäßig verankert ist, daß das Grundgesetz diese Einzelsteuern mehrfach aufzählt, oder ob darin nur eine „Wenn-Dann“-Vorschrift zu erblicken ist. Nicht minder zweifelhaft ist es, ob die Steuerwürdigkeit, zu der insbesondere die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit gehört, Verfassungsbestandteil geworden ist. Ich möchte letzteres bejahen, da sie die Ausprägung des Gleichheitssatzes auf steuerlichem Gebiet darstellt, indem allen ein möglichst gleiches Opfer, gemessen an ihrer wirtschaftlichen Kraft, zugemutet und auferlegt wird. Ob freilich auch noch die Pflicht zur Betriebserhaltung aus dem Gleichheitssatz hergeleitet werden kann, ist zum mindesten fraglich. Es wäre aber einer Prüfung wert, ob sie etwa aus dem Sozialstaatsprinzip gefolgert werden kann. Die Pflicht zur sozialen Ausgestaltung der Steuer durch angemessene Progression wohnt sicher diesem Prinzip inne.

Gehen wir noch einen Schritt weiter, so gelangen wir zu der bereits von Bühler angeregten Überlegung, ob nicht die Gesamtheit unserer Finanzwirtschaft einem rationell geleiteten Unternehmerbetrieb angenähert werden soll und kann. Da tauchen dann Fragen auf wie etwa folgende: Lohnt es sich überhaupt noch, eine Aufsplitterung in fünfzig Steuern vorzunehmen und hinzunehmen? Warum sind die sogenannten indirekten Steuern noch nicht in die Umsatzsteuer eingeschmolzen? usw. Auch beim Verhältnis der leitenden Steuerideen zur Staatsverfassung taucht eine ähnliche Fragestellung auf, wie bei jener Sachvermutung, die die politischen Spannungen zwischen Regierung und Parlament ersetzen soll, oder wie beim Bedarfsdeckungsprinzip, das an die Stelle politischer Auseinandersetzungen die wirtschaftlich sozusagen von selbst gegebenen Folgerungen für das Verhältnis Bund — Länder ziehen soll: es ist der Einbau finanzwirtschaftlicher Erkenntnisse als verbindlicher Ordnungsprinzipien in das Rechtssystem. Wir haben bisher im Verfassungsrecht weder die Möglichkeiten und Notwendigkeiten noch die Wirkungen eines solchen Einbaus untersucht, obschon uns der seit dreißig Jahren vor sich gehende Einbau betriebswirtschaftlicher Grundsätze in das Steuerrecht schon hellhörig hätte machen können. Bemerkenswert ist es jedenfalls, daß, wie in manchen anderen Zweigen des öffentlichen Lebens, so auch hier, wieder

der Wunsch sichtbar wird, Erfahrungen und Erkenntnisse zu Rechtssätzen zu erheben und sie möglichst auch gleich mit Verfassungsrang auszustatten.

Die rechtliche Zementierung zeitbedingter Situationen oder wirtschaftlicher Thesen hat, im ganzen gesehen, doch wohl mehr Nachteile als Vorzüge. In der Bundesrepublik wirkt sie um so seltsamer, als immer wieder beteuert wird, das Grundgesetz sei ein Provisorium. Wenn aber die Staatsverfassung nur vorläufig ist, kann auch die Finanzverfassung in ihr nicht endgültig sein.

Selbst wenn aber einmal die gesamtdeutsche Verfassung geschaffen und damit das Provisorium überwunden sein sollte, kann für eine Finanzverfassung der Begriff „endgültig“ nie bedeuten „für immer“, sondern stets nur „bis auf weiteres“; denn auch dann werden die wirtschaftlichen Verhältnisse wandelbar und auch dann wird die Finanzverfassung wie die Staatsverfassung von den politischen Verhältnissen abhängig sein.

Leitsätze des Mitberichterstatters über: Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung

1. *Drei Fragenkreise der deutschen Finanzverfassung geben seit langer Zeit und auch in der Gegenwart wieder besonderen Anlaß zu rechtlichen Untersuchungen und politischen Auseinandersetzungen: das Recht der Haushaltsgestaltung, der bundesstaatliche Finanzausgleich und die leitenden Steuergrundsätze.*
2. *Gegenüber der Auffassung, daß das Staatshaushaltsrecht ein System der Kontrolle der Volksvertretung über die Regierung und damit der Begrenzung der Regierungstätigkeit begründe (sog. Legislativbudget), kann die in jüngster Zeit in den USA vertretene Meinung, daß der Staatshaushalt die Verwirklichung des Regierungsprogramms und daher alleinige Angelegenheit der Regierung sei (sog. Exekutivbudget), für das deutsche Recht eine Bereicherung überkommener Anschauungen, aber keine grundlegende Änderung bisheriger Lehren und Praktiken bewirken.*
3. *Zu einer Erweiterung unserer Vorstellungen kann es auch führen, wenn die Einfügung des Staatshaushalts in den Rhythmus der Wirtschaft stärker als bisher betont wird. Unfruchtbar wäre es aber, politische und wirtschaftliche Anliegen gegeneinander auszuspielen oder etwa anzunehmen, politische Spannungen ließen sich durch wirtschaftliche Überlegungen verdrängen.*
4. *Bestrebungen, die darauf abzielen, nicht nur die Befugnisse der Volksvertretung gegenüber der Regierung zu sichern, sondern auch die der Regierung gegenüber der Volksvertretung zu stärken, haben sich als realisierbar und in außerdeutschen Ländern auch als erfolgreich erwiesen. Die in dieser Richtung zielenden Rechtssätze des Grundgesetzes bedürfen allerdings noch einer stärkeren Belebung.*
5. *Die überkommene Auffassung, daß der Haushaltplan lediglich eine Ermächtigung für die Regierung bedeute, wird in der deutschen parlamentarischen Praxis nur noch unvollkommen eingehalten. Gegen eine Bindung der Re-*

gierung durch formelles Gesetz, Ausgaben bestimmter Art zu betätigen, lassen sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip keine überzeugenden Gesichtspunkte herleiten.

6. *Die gegenwärtige deutsche Finanzverfassung enthält erst Ansätze für eine verfassungsrechtliche Verankerung materieller staatswirtschaftlicher Grundsätze.*
7. *Im Bereich des Finanzausgleichs zwischen Bund und Ländern ist ein Stand hoher Befriedung und sachgemäßen Ausgleichs bereits erreicht. Der noch andauernde Streit um die Höhe des Bundesanteils bei gewissen Steuern betrifft verhältnismäßig geringfügige Beträge.*
8. *Das Bedarfsdeckungsprinzip im Finanzausgleichsrecht kann nicht eine Entpolitisierung der Beziehungen zwischen Bund und Ländern durch Sachvernunft herbeiführen.*
9. *Aus der Natur der Sache können keine Folgerungen dahin gezogen werden, welche Steuern dem Bund und welche den Ländern zufließen sollen. Ebenso wenig kann der Natur der Sache, der „Koordinierungspflicht“ des Gesamtstaates, den Erfordernissen eines „modernen Verwaltungsstaates“ oder ähnlichen, im Grundgesetz nicht zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Gesichtspunkten entnommen werden, wie die Verwaltungszuständigkeiten und die Lastentragung zwischen Bund und Ländern zu verteilen sind. Die Entscheidung dieser Fragen steht dem nach dem Grundgesetz hierfür zuständigen Gesetzgeber im Rahmen der Staatsverfassung zu.*
10. *Bundesaufsicht und Bundesweisungen bestehen nur für solche Materien zu Recht, für die sie dem Bund durch das Grundgesetz zugewiesen sind, und nur nach Maßgabe der darin geregelten Rechtsformen. Aus der Kostentragung des Bundes allein kann keine ungeschriebene Erweiterung dieser Materien und Rechtsformen gefolgert werden. Der Gedanke, daß im Verhältnis von Bund und Ländern jeder Teil die Finanzverantwortung soweit trägt, als ihm verfassungsmäßig die Erfüllung von Aufgaben zufällt, steht im Einklang mit der bundesstaatlichen Grundhaltung des Grundgesetzes und sollte, soweit nicht ohnehin bereits verwirklicht, Ziel weiterer Gesetze sein.*
11. *Eine verfassungsrechtliche Einfügung der Kommunen in den Finanzverbund von Gesamtstaat und Gliedstaaten widerspricht nicht dem bundesstaatlichen Prinzip.*
12. *Das Dispositionsrecht des Bundesgesetzgebers aus Art. 107 Abs. 1 GG über Teile der Finanzverfassung bewirkt nicht, daß ein vom einfachen Gesetzgeber geschaffener Finanz-*

ausgleich formelles Verfassungsrecht wird. Der im Grundgesetz enthaltene Kern des Finanzausgleichs bleibt verfassungskräftig, während der Rest auch nach Schaffung des sog. endgültigen Finanzausgleichs weiterhin der Veränderbarkeit durch Zustimmungsgesetze unterliegt.

13. *Wenn eine Staatsverfassung labil ist oder gar als bloßes Provisorium angesehen wird, kann die Finanzverfassung nicht stabil und endgültig sein. Die Endgültigkeit des Finanzausgleichs in bezug auf einen Teil der Steuererträge (Art. 105 Abs. 2, Art. 107 Abs. 1 GG) kann in jedem Fall nur eine relative sein.*

3. Aussprache über:

Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung

Stanka-Wien:

Wenn vor dem Jahre 1918 ein Fremder das Winterpalais des Prinzen Eugen in der Himmelpfortgasse in Wien betrat, so mußte er feststellen, daß in diesem Hause zwei Finanzministerien und daher auch zwei Finanzminister untergebracht sind. Da war nämlich erstens der k. u. k. Finanzminister, der die Ausgaben für die den beiden Staaten der österr.-ungarischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten zu verwalten hatte, und zweitens der k. k. Finanzminister, der für die Finanzangelegenheiten der „im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder“ zuständig war, wie der offizielle Titel der einen Reichshälfte hieß, seitdem der sogenannte „Ausgleich“ des Jahres 1867 die Umwandlung des Einheitsstaates „Kaisertum Österreich“ in einen zweigliedrigen Staatenverein beschlossen und durchgeführt hatte; das andere Glied, „Die Länder der ungarischen Krone“ hatte ebenfalls seinen eigenen Finanzminister, den königlich ungarischen Finanzminister, der in Budapest seinen Amtssitz hatte.

Dieser Staatenverein stellte eine Personal- und Realunion dar, der nur einige Angelegenheiten zur gemeinsamen Regelung verblieben waren. Dazu gehörte neben dem gemeinsamen Organ des Staatsoberhauptes, das in der einen Reichshälfte den Titel Kaiser von Österreich und in der anderen den eines Königs von Ungarn führte, das gemeinsame Finanzwesen, das gemeinsame Heer und die Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten.

Unser Blick wendet sich zunächst einmal dem sogenannten Reichsfinanzministerium zu. Seine rechtliche Stellung war nicht die eines vorgesetzten Organs der beiden anderen Finanzministerien, nämlich des k. k. Finanzministeriums und des königl. ungarischen Finanzministeriums, sondern es war vielmehr eine Art Verrechnungsstelle zwischen den beiden anderen Finanzministerien und den anderen gemeinsamen Organen, nämlich dem Reichskriegsministerium und dem Außenministerium am Ballhausplatz. Es muß in diesem Zusammenhang vor allem auf die juristische Konstruktion dieses Staatenwesens eingegangen werden, das, wie gesagt, nach

heutiger Ansicht schon deswegen mehr einem Staatenverein als einem Bundesstaat ähnlich war, weil es keinerlei gemeinsame Gesetzgebungsorgane parlamentarischer Art hatte. Allerdings war nach der Verfassung noch immer der Kaiser und König der Gesetzgeber, wie schon aus der Proklamationsformel von damals hervorging „mit Zustimmung beider Häuser des Reichsrates finde ich (Kaiser) anzuordnen wie folgt . . .“, aber materiell lag doch bereits der Schwerpunkt der Gesetzgebung beim Reichsrat, d. h. beim Abgeordnetenhaus und dem Herrenhaus bzw. bei der ungarischen Repräsentanten- und Magnatentafel. Diese waren somit die eigentlichen Gesetzesgeber eines jeden dieser beiden Staaten und es war daher eine besondere Aufgabe des Jahres 1867, gewissermaßen einen Gesetzgebungsersatz dafür zu finden, daß es keinerlei gemeinsame Gesetzgebung gab. Dies war insbesondere für das Budgetrecht notwendig, da für die gemeinsamen Ausgaben alljährlich ein Budget erstellt werden mußte. Die zu diesem Zweck von jeder der Reichshälften aus ihren parlamentarischen Körperschaften entsandten Delegierten in der Stärke von je 60 Abgeordneten, wovon $\frac{1}{3}$ dem Herrenhaus bzw. der Magnatentafel zukam und $\frac{2}{3}$ dem Abgeordneten- bzw. der Repräsentantentafel zu entnehmen war, tagten nun grundsätzlich getrennt, obwohl auch die Möglichkeit einer gemeinsamen Beratung und Abstimmung vorgesehen war. Die von diesen Delegierten gebildeten Körperschaften hießen Delegationen.

Grundsätzlich standen sich jedoch die Delegationen als Verhandlungspartner gegenüber bei der Beratung des Budgets des kommenden Jahres, wobei vor allem das Militärbudget wichtig war. So ergaben sich für das Jahr 1913 budgetmäßig folgende Militärausgaben für die österr.-ungar. Monarchie:

für das gemeinsame Heer, einschließlich	
der k. u. k. Kriegsmarine	582 Millionen Kr
für die österr. Landwehr	75,9 Millionen Kr
für die ungar. Landwehr (Honved) . .	87,5 Millionen Kr,

wobei ich betonen möchte, daß der Ausdruck „Landwehr“ des österreichischen Rechtes sich keineswegs mit dem gleichlautenden reichsdeutschen Ausdruck deckte, sondern, daß die Landwehr (Honved) eine stehende Truppe darstellte, die sich fast nicht von dem gemeinsamen Heer unterschied, aber budgetrechtlich nicht der Delegation, sondern dem österreichischen Reichsrat (bzw. ungarischen Reichsrat) resortierte und demgemäß auch nicht verwaltungsmäßig dem Reichskriegsministerium, sondern dem k. k. Landesverteidigungs- bzw. dem k. ung. Honvedministerium zugewiesen war.

Aber kehren wir zu dem gemeinsamen Budget zurück. Ich muß noch einmal darauf hinweisen, daß die beiden Delegationen auf dem Wege von Verhandlungen über dieses Budget sich zu einigen hatten. Da jedoch die Delegationen keine Gesetzgebungsorgane waren, so sah man in den sogenannten Ausgleichsgesetzen des Jahres 1867 vor, daß das gemeinsame Budget auf Grund der sogenannten Quote oder Proportion in das Budgetgesetz einer jeden der beiden Reichshälften eingebaut werden sollte. Und nun kommt das Interessante. An dem von den Delegationen beschlossene, oder besser gesagt vereinbarten gemeinsamen Budget durfte keine Änderung weder von der Regierung noch vom Parlamente vorgenommen werden, das heißt, es lag hier eine Art Weisung an Regierung und Parlament auf unveränderte Annahme des von den Delegationen beschlossenen Budgets vor.

Diesen Delegationen waren auch die drei gemeinsamen Ministerien verantwortlich. Es bestand ferner als notwendige Rechnungskontrolle ein gemeinsamer Rechnungshof. Erwähnenswert ist eine weitere Bestimmung noch, der zufolge nicht ein und dieselbe Person gleichzeitig gemeinsamer Finanzminister und Finanzminister einer der beiden Reichshälften sein durfte.

Als Groteske sei hier noch erwähnt, daß der ungarisch-kroatische Ausgleich, der Kroatien eine weitgehende Selbstverwaltung gewährte, den ungarischen Finanzminister als „gemeinsam“ bezeichnete, was sich natürlich nur auf Angelegenheiten zwischen Ungarn und Kroatien beziehen konnte, nicht aber auf die beiden Reichshälften.

Erwähnenswert ist auch, daß man im Jahre 1878, als man nicht wußte, wie man verwaltungsmäßig Bosnien und Herzogowina eingliedern solle, man diese Gebiete dem Reichsfinanzministerium unmittelbar unterstellte.

Die österr.-ungar. Monarchie bildete grundsätzlich ein einheitliches Zollgebiet, was als Zollbündnis oder Zollunion bezeichnet wurde. Die Einhebung der Zölle erfolgte jedoch an den österreichischen Grenzen durch österreichische Zollorgane, an den ungarischen Grenzen durch ungarische Zollorgane. Zwischenzölle zwischen Österreich und Ungarn waren verboten. Das gemeinsame Finanzministerium verfügte über keine direkten Einnahmen, denn vor allem die Zolleinnahmen erfolgten durch Organe der beiden Gliedstaaten, welche die eingelaufenen Gelder nach Abzug der Regieausgaben dem gemeinsamen Finanzministerium abzuliefern hatten. Die übrigen Einnahmen des gemeinsamen Finanzministeriums auf Grund der Delegationsbeschlüsse waren auf die beiden Reichshälften

derartig aufgeteilt, daß die österreichische Reichshälfte 66^{46/49} 0/0, die ungarische Reichshälfte 33^{3/49} 0/0 der gemeinsamen Ausgaben zu tragen hatte. Die Steuergesetzgebung beider Gliedstaaten war vollkommen selbständig, während bei der Zollgesetzgebung zumindest vorgesehen war, daß sie grundsätzlich einheitlich durch übereinstimmende Gesetze der beiden Staaten erfolgen solle. So war das gemeinsame Finanzministerium ohne jede Unterbehörde, — wenn ich von der bosnischen Landesverwaltung absehe —, es hatte daher auch keinerlei Imperium. Es war, um es noch einmal zu betonen, lediglich Verrechnungsstelle.

Die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder wiesen eine finanzrechtlich nicht minder bemerkenswerte Struktur auf. In den einzelnen Ländern bestand nämlich neben der eigentlichen staatlichen Verwaltung, an deren Spitze, ein vom Kaiser ernannter Statthalter (in den kleineren Ländern Landespräsident genannt), stand außerdem noch eine autonome Landesverwaltung, deren Spitze, der Landesausschuß, dem daselbst befindlichen Landtage verantwortlich war. Diese Landesverwaltung hatte naturgemäß ihr eigenes Finanzwesen.

Wichtig war ferner, daß dem Statthalter als dem Chef der politischen Verwaltung in den Ländern auch die gesamte Finanzverwaltung unterstand. So war er Chef nicht nur der sogenannten Statthalterei, sondern auch der Finanzlandesdirektion, die in kleineren Ländern, wo es nur einen Landespräsidenten gab, Finanzdirektion hieß. Allerdings wurde der Statthalter in Finanzangelegenheiten durch den Leiter der Finanzlandesdirektion — den Finanzlandesdirektor — vertreten. Mit Ausnahme der Landeshauptstädte wurde auch die Finanzverwaltung auf dem Lande unmittelbar durch die Bezirkshauptmannschaft ausgeübt, der als ausübende Finanzbehörde vor allem die Steuerämter und andere Stellen unterstanden.

Das Jahr 1918 bedeutete eine vollkommene Revolutionierung auch auf dem Gebiete der Finanzverfassung, bedingt durch die gewaltige staatsrechtliche Umwälzung dieses Jahres, die an Größe und Tiefe jedenfalls viel einschneidender war wie das gleichzeitige Ereignis im deutschen Reich. Die kleine Republik Deutschösterreich beauftragte mit dem Gesetz vom 14. November 1918 die Chefs der bisherigen autonomen Landesverwaltungen als Landesregierungschefs zugleich auch mit der Führung der Statthaltereigeschäfte. Zugleich bestimmte der § 4 desselben Gesetzes, daß ein Mitglied der nunmehrigen Landesregierung als Vertreter des Landeshauptmannes mit Genehmigung des

deutsch-österreich. Staatsrates an die Spitze der Finanzverwaltung der einzelnen Länder zu treten habe. Es war die politische Absicht dieser Norm klar. Der Landeshauptmann — auch Vorstand der Finanzverwaltung — hätte einen derartig starken Machtfaktor verkörpert, daß unter Umständen dadurch weitgehende politische Komplikationen hätten entstehen können. Infolgedessen mußte man nach dem Grundsatz „divide et impera“ diese Machtbefugnisse dem Landeshauptmann abnehmen.

Aber bereits 5 Wochen später wurde mit Gesetz vom 18. Dezember 1918 auch diese Einflußsphäre der Landesregierungen ausgeschaltet und die gesamte Finanzverwaltung von jeglichem Zusammenhang mit der politischen Verwaltung gelöst und dem Finanzministerium unmittelbar unterstellt. An der Spitze der Finanzdirektion trat deren leitender Beamte, welcher Rechtszustand bis heute so geblieben ist.

Viel tiefergreifend waren jedoch die Änderungen in der Steuerverfassung in jenen Tagen. In der Monarchie war der Finanzbedarf der autonomen Landesverwaltung durch Zuschläge zu den einzelnen Steuern gedeckt worden. Schon im Jahre 1896 wurde jedoch normiert, daß Zuschläge zur Einkommensteuer unzulässig sind. Der Zusammenbruch der Währung, der im Jahre 1917 sich bereits abzeichnete und bis in das Jahr 1922 dauerte, hatte zunächst die Folge, daß man die Landesverwaltungen durch Dotationen seitens des Bundes finanzierte und andererseits der Bund die nötigen Mittel dazu durch die Notenpresse aufbrachte. Nach der Stabilisierung der Währung ergab sich angesichts der nunmehr vollkommen geänderten staatsrechtlichen Lage die Aufgabe einer Neuordnung der Finanzverfassung. Hierbei war zunächst zu beachten, daß auch ein Bundesstaat eine gewisse einheitliche Ausrichtung seines finanzpolitischen Bedarfes bedarf. Im alten Österreich waren wirtschaftspolitische Querschüsse durch die Landesregierungen dadurch unmöglich gewesen, daß im Bedarfsfalle die Regierung die Möglichkeit hatte, einen diesbezüglichen Gesetzesbeschluß eines Landtages dem Kaiser nicht vorzulegen bzw. diesen aufzufordern, die Sanktion dem Gesetz zu versagen. Zwar hat nun die österreichische Verfassung im Art. 98 ein Einspruchsrecht der Bundesregierung gegen Gesetzesbeschlüsse eines Landtages vorgesehen, aber durch einen sogenannten „Beharrungsbeschluß“ könnte der Landtag diesen Einspruch zurückweisen. Es war nun klar, daß für Finanzgesetze ein anderes Verfahren notwendig ist, denn dieses

Verfahren des Art. 98 ist ein doch allzu schwächliches. Infolgedessen hat man sich entschlossen, für Finanzfragen eine Sonderregelung zu treffen, nämlich eine Art parlamentarischen Schiedsgerichtshof einzusetzen, wenn eine derartige Streitigkeit zwischen Bundesregierung und Land entstehen sollte.

Auf einen derartigen Beharrungsbeschluß des Landtages soll im Sinne des § 9 des Finanzverfassungsgesetzes in der heutigen Fassung ein ständiger gemeinsamer Ausschuß des Nationalrates und des Bundesrates von 26 Mitgliedern die Entscheidung treffen, ob der Einspruch der Bundesregierung berechtigt ist oder nicht. Der Ausschuß hat seine Entscheidung innerhalb von 6 Wochen zu fällen. Dieser Ausschuß ist auch zuständig für die Behandlung von Gesetzesbeschlüssen der Länder wegen Aufnahme von Darlehen.

Gleichzeitig mit dem Finanzverfassungsgesetz vom 2. 3. 1922 wurde das Finanzausgleichsgesetz beschlossen, welches formell kein Verfassungsgesetz, sondern ein Ausführungsgesetz zum Finanzverfassungsgesetz ist. Beide Gesetze sind in den uns interessierenden Fragen im wesentlichen unverändert heute wieder in Kraft, ihre letzte Fassung und Neuredaktion erfolgte mit Bundesverfassungsgesetz vom 21. 1. 1948 und dem Bundesgesetz vom 30. 6. 1955. Hier werden folgende Abgaben unterschieden:

1. ausschließliche Bundesabgaben,
2. zwischen Bund und Ländern geteilte Abgaben,
3. ausschließliche Landes- bzw. Gemeindeabgaben und
4. Gemeindeabgaben auf Grund des freien Beschlusses.

Die geteilten Abgaben können deswegen unsere besondere Aufmerksamkeit erregen, weil hier drei Gruppen zu unterscheiden sind, und zwar: 1. solche, deren Erträge zwischen Bund, Ländern und Gemeinden geteilt werden, 2. solche, bei denen die Länder und Gemeinden Zuschlagsrechte besitzen und 3. solche, bei denen neben den Abgaben des Bundes auch noch die Länder und Gemeinden das Recht haben, die gleiche Steuerquelle zu beanspruchen.

Die Einzelheiten dieser Aufteilung möchte ich mit Ausnahme der Aufteilungssätze zwischen Bund, Ländern und Gemeinden der ersten Gruppe den Versammelten ersparen, da diese den mir gesteckten Rahmen, einen kurzen Überblick über die Zusammenhänge von Staatsverfassung und Finanzverfassung in Österreich zu vermitteln, weit übersteigen würde:

	Bund	Länder	Gemeinden
veranlagte Einkommensteuer (Lohnsummensteuer, Kapitalertragsteuer)	50	30	20
Umsatzsteuer	50	33	17
Biersteuer	35	65	—
Weinsteuer	51	30	19
Mineralölsteuer	50	50	—
Grunderwerbsteuer u. Zuschläge . .	20	—	80
Erbschaftsteuer	70	30	—
Kraftfahrzeugsteuer	35	65	—

Daneben spielt die vom Finanzverfassungsgesetz gebotene Möglichkeit, daß die Länder und Gemeinden eine Steuerquelle, die der Bund abschöpft, auch ihrerseits, sei es durch Zuschläge oder durch eigene Steuersätze ausnutzen, was aber naturgemäß bei den ausschließlichen Bundesabgaben nicht sein darf, eine finanzpolitisch kaum nennenswerte Rolle.

Der Bund hat jedoch im jüngsten Finanzausgleichsgesetz, wobei er sich allerdings an frühere ähnliche Regelungen anlehnen konnte, sich für die nächsten zwei Jahre einen Betrag von 685 Millionen S aus den Ertragsanteilen der Länder und Gemeinden zusichern lassen, der von den eben erwähnten Abgaben zunächst abzuziehen ist. $40\frac{2}{3}\%$ dieser Summe ist den Gemeinden zu nehmen, $33\frac{1}{3}\%$ Wien, das Land und Gemeinde ist, 5% Niederösterreich und 21% die übrigen Länder. Außerdem haben die Städte mit Bundespolizei pro Kopf der Bevölkerung alljährlich 20.— S für die Kosten der Polizei dem Bund abzuliefern.

Und noch ein paar Worte über die Stellung des österreichischen Rechnungshofes. Zunächst einmal budgetiert dieser, genau so wie der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof, in Österreich selbständig und nicht im Rahmen eines Ministeriums, womit die Unabhängigkeit des österreichischen Rechnungshofes gegenüber sämtlichen Ministerien zum Ausdruck kommt. Der Präsident des österreichischen Rechnungshofes hat Ministerrang. Vom Nationalrat auf Vorschlag des Hauptausschusses gewählt hat er das Recht, mit Ermächtigung des Bundespräsidenten mit Ausnahme der hohen Beamten, die der Bundespräsident mit seiner Gegenzeichnung ernennt, gleich einem Minister seine übrigen Beamten zu ernennen. Er ist ferner nur dem Nationalrat verantwortlich und kann nur durch Nationalratsbeschluß abberufen werden. Der österreichische Rechnungshof hat die Gebarung des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der Träger der Sozial-

versicherung zu überprüfen, jedoch Gemeinden unter 20 000 Einwohnern nur auf begründetes Ersuchen der zuständigen Landesregierung. Er ist ferner in Angelegenheiten der Bundesgebarung Organ des Nationalrates und in Angelegenheiten der Länder-, Gemeinden- und Gemeindeverbändegebarung Organ des Landtages.

Nicht unerwähnt sei, daß das Budgetgesetz sowie der Bundesrechnungsabschluß lediglich der Beschlußfassung bzw. Genehmigung durch den Nationalrat unterliegt, so daß der Bundesrat hierbei ausgeschaltet ist.

Erl er-Göttingen:

Herr Hettlage hat von der Finanzgewalt und insbesondere von der Abgrenzung der Finanzgewalt gegenüber dem Begriff der Enteignung gesprochen. Mir scheinen in diesem Punkte einige Fragen, und zwar Fragen der Grenzziehung, wichtig zu sein.

Herr Hettlage hat die Finanzverfassung, — wenn ich den Leitsätzen folge —, dargestellt als den „Inbegriff von Verfassungssätzen, die sich auf die Ordnung des Geldwesens, die staatliche Haushalts-, Vermögens- und Schuldenwirtschaft sowie die Ausübung der Finanzgewalt“ beziehen. Die Finanzgewalt erstreckt sich also nicht nur auf die Befriedigung des Finanzbedarfs zur Ordnung des Haushalts, sondern auch auf die Gestaltung der Schuldenwirtschaft. Sie greift damit über zu dem Bereich, in dem es sich nicht mehr um Steuern und die Deckung des Finanzbedarfs handelt, sondern um die Gestaltung und insbesondere die Verringerung der Finanzbelastung, also insbesondere auch der Schuldenbelastung des Staates.

Wenn ich Herrn Hettlage recht verstanden habe, so wird auch die Schuldenwirtschaft von jenem von ihm aufgestellten Begriff der Finanzgewalt erfaßt, als deren „Sinn und Zweck“ er ohne Einschränkung die „entschädigungslose Fortnahme von Eigentum zur Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs und zur Gestaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens“ angibt.

Wir haben hier zwei Funktionen der Finanzgewalt nebeneinander: einmal die Funktion der Steuererhebung zur Deckung des Finanzbedarfs, — und ich stimme Herrn Hettlage durchaus zu, daß insoweit eine Enteignungsschranke praktisch wohl kaum besteht —, zum anderen die Funktion der Gestaltung der Schuldenwirtschaft, also der Gestaltung und Verringerung der Finanzbelastung des Staates. Und innerhalb dieser zweiten Funktion allerdings, glaube ich, müssen Grenzen

deutlich werden, durch die das Postulat, daß der Sinn und Zweck der Finanzgewalt die entschädigungslose Fortnahme von Eigentum zur Gestaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sei, eingeschränkt wird.

Vielleicht darf ich die Abgrenzungsschwierigkeit an einem Beispiel erläutern. Die Erhebung von Steuern auf der einen Seite und die Vernichtung oder Abwertung von Staatsschulden auf der anderen Seite sind selbstverständlich zwei Dinge. Aber man hat in der Praxis gesehen, daß man mit Steuern Ansprüche gegen den Staat, also Staatsschulden, wegsteuern kann. Ich denke etwa an die japanische Nachkriegsgesetzgebung, in der sämtliche Ansprüche gegen den Staat und gegen die öffentliche Verwaltung aus der Kriegszeit im Wege eines Steuergesetzes weggesteuert worden sind. In dieser Besteuerung liegt praktisch eine Enteignung der Forderungen gegen den Staat. Nach dem Gesetz wird dieser Forderungsbetrag im Wege der Steuer erhoben und mit der Forderung aufgerechnet, die damit erlischt. Wir stehen also hier auf sehr gefährlichen Zwischenstufen zwischen der Funktion der Steuererhebung für den Finanzbedarf und der Funktion der Abwertung, Umwertung und Vernichtung von Staatsschulden. Die grundsätzliche Schrankenlosigkeit des Steuereingriffs in das Vermögen droht zu einer Schrankenlosigkeit auch des Enteignungseingriffs in Forderungen gegen den Staat zu führen.

Gerade durch kürzlich ergangene Gesetze — ich denke hier insbesondere an das Kriegsfolgenschlußgesetz — sind wir auch in Deutschland in diese Problematik tief hineingeraten. Ich will nicht sprechen von staatlichen Gestaltungsmaßnahmen in Bereichen, in denen echte Forderungen gegen den Staat nicht bestanden, also insbesondere im Bereich des Kriegssachschädenausgleichs. Dort haben echte Forderungen nicht bestanden, sondern dort hat der Staat konstitutiv erst Forderungen begründet. Bei dem Flüchtlingsschädenausgleich gilt dasselbe. Die Probleme werden schon deutlicher — wie Sie alle wissen — bei der Behandlung der Restitutions- und Reparationsschäden, insbesondere bei den Reparationsdemontagen im eigenen Lande. Und sie zeigen sich in voller Klarheit, wenn es sich um ganz zweifellose Forderungen handelt, wie sie etwa im Kriegsfolgenschlußgesetz umgestaltet oder vernichtet worden sind, wo auf der Grundlage und vor der Kulisse der Identität des Bundes mit dem Reich die verschiedenartigsten Forderungen gegen das Reich abgehandelt werden, von denen einige voll befriedigt werden, — so etwa aus gegenseitigen Ansprüchen, die noch nicht voll abgewickelt worden sind, und aus ding-

lichen Ansprüchen —, andere mit 6,5 Prozent befriedigt werden, — so die aus den verbrieften Reichsschulden, — und die ganze Fülle der nicht verbrieften Reichsschulden völlig unter den Tisch gefallen ist, und zwar mit der denkwürdigen Begründung, daß es sich hier um etwa 40 Milliarden handle, und daß das Feststellungsverfahren teurer sein würde als die Schattenquote, die letzten Endes dabei herausfallen würde. Das sind Begründungen, die den Juristen natürlich kitzeln, insbesondere, wenn zu gleicher Zeit bei den Auslandsschulden im wesentlichen volle Befriedigung stattfindet. Wir haben also hier die auffällige Tatsache vor uns, daß bei dieser Umwertung von alten Schulden zum Teil volle Befriedigung stattfindet, zum Teil eine Schattenquote ausgeworfen wird, zum Teil aber die durchaus als begründet anerkannten Ansprüche völlig ent-eignet werden.

Die Grundsatzlosigkeit der ganzen Regelung wird dadurch nicht verdeckt, daß man mit einigen neuen Begriffen arbeitet, insbesondere mit dem Begriff der Katastrophenlage oder des Eingriffs, der nicht unter die traditionelle Enteignung falle, und mit der Behauptung, daß hier Schwierigkeiten der Beweisführung eine Rolle spielten.

Ich möchte auf diese Fragen nicht weiter eingehen. Es scheint mir lediglich wesentlich zu sein, darauf hinzuweisen: Außerhalb der Steuergewalt im engeren Sinne muß der Grundsatz feststehen, daß die Finanzgewalt des Staates in bereits bestehende Ansprüche nicht oder nur in einem verfassungsmäßig fest umrissenen Umfange eingreifen kann. Soweit die Finanzgewalt sich der Schuldenwirtschaft widmet, kann ihr Sinn und Zweck nicht entschädigungslose Fortnahme von Eigentum zur Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs und zur Gestaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sein; hier muß sie vor dem Denkmal der Eigentumsgarantie stehenbleiben.

Wir ständen dann allerdings immer noch vor einem unbefriedigenden Gegensatz: auf der einen Seite sehen wir die Möglichkeit der Finanzgewalt, mit dem Mittel der Steuer einzugreifen in einem Umfang, der praktisch die Wegnahme des wesentlichen Eigentums oder doch seines Wertes bedeuten kann. Auf der anderen Seite sehen wir den starren Schutz des Eigentums durch das Institut der gesetzlich beschränkten Enteignung.

Es wäre die Frage aufzustellen: Gibt es ein drittes Gebiet zwischen diesen beiden Bereichen? Was geschehen ist, insbesondere durch das Kriegsfolgenschlußgesetz, liegt auf einem solchen dritten Gebiet. Jedenfalls kann es mit unseren geläufigen Rechtsbegriffen nicht mehr erklärt werden, und

zwar ebensowenig mit der unbeschränkten Gewalt zum Wegsteuern von Werten durch die Finanzgewalt, noch mit dem Schutz des Eigentums durch die Eigentumsgarantie.

In diesen Gesetzgebungswerken sind — wenigstens andeungsweise — neue Forderungen aufgestellt und neue Gesichtspunkte aufgezeigt worden. Es wird die Frage zu prüfen sein: Muß man nicht bei einer Untersuchung des faktischen Gesetzgebungswerkes, das uns vorliegt, zwischen der rigorosen Möglichkeit der Fortnahme von Eigentum im Wege der Steuer Gewalt auf der einen Seite und dem durch das Enteignungsinstitut rechtsgeschützten Eigentum auf der anderen Seite ein wesenseigenes Institut der Möglichkeiten der Abwertung und Umwertung, vielleicht im Zusammenhang mit sozialen Krisen, wirtschaftlichen Zusammenbrüchen und sonstigen tiefgreifenden Katastrophen, finden, das ein echtes Rechtsinstitut ist? Zur Zeit ist es eine reine Aporie, in der wir stehen. Es gibt kein echtes Rechtsinstitut, das sich zwischen diesen beiden Extremen anbietet, und jedermann versucht, entweder aus der einen Richtung die Tatbestände unter die Enteignungsfrage einzuordnen, oder sie aus der anderen Richtung unter dem Gesichtspunkt eines Lastenausgleichs *ex gracia* oder einer sozialen Umschichtung zu sehen.

Wenn man dieses dritte Rechtsinstitut nicht anerkennen will, dann muß man meines Erachtens mit völliger Deutlichkeit den Eingriff der staatlichen Finanzgewalt in begründete Ansprüche mit der Eigentumsгарantie schützen. Ob das angesichts der Betonung der staatlichen Leistungsfähigkeit als Anspruchsgrenze und der sozialen Angemessenheit der Entschädigung als Ausgleichsmaßstab noch möglich ist, weiß ich nicht. Denn die angeblich mangelnde Leistungsfähigkeit des Landes wird unter Umständen leicht dazu führen, daß eben doch nur Schattenquoten ausgekehrt werden, und die Frage, ob die Entschädigung angemessen ist, wird sich nach der Leistungsfähigkeit des Staates richten, deren Beurteilung dieser sich selbst vorbehält. Ein echter Enteignungsschutz wird daher gerade bei Ansprüchen gegen den Staat stets problematisch bleiben.

Es lag mir lediglich daran, auf dieses Mittelgebiet der Abwertung und Umwertung staatlicher Schulden aufmerksam zu machen, das bisher weder von der einen Seite noch von der anderen Seite ernstlich systematisch durchdacht und noch nirgends zu einem wirklichen Rechtsinstitut ausgebildet worden ist, obwohl es praktisch seit langem, — und heute mehr als je —, besprochen worden ist.

M e r k -Tübingen:

Ich möchte nur einige kurze Bemerkungen machen. Zunächst möchte ich sagen, daß ich die Gestaltung des Finanzwesens im GG vom gesamtdeutschen Standpunkt aus von Anfang an als durchaus unbefriedigend betrachtet habe, insofern es dem Bunde im Vergleich mit den Ländern nicht in genügender Weise das gegeben hat, was ihm nach der Größe seiner Aufgaben zukommen sollte. Es sei hier nur erinnert an die großen Kriegsfolgelasten, wozu jetzt noch insbesondere die riesigen, in die Milliarden gehenden, Wiederaufrüstungskosten kommen. Wir verdanken diesen unbefriedigenden Zustand der Gestaltung bekanntlich vor allen Dingen dem Eingreifen der Besatzungsmächte in die Verhandlungen des Parl. Rates, der u. a. auch eine einheitliche Bundesfinanzverwaltung vorgesehen hatte, zum Zwecke der Verhinderung einer starken Finanzgewalt des Bundes. Es bleibt zu hoffen, daß bei der Gestaltung der endgültigen Verfassung durch die verfassungsgebende deutsche Nationalversammlung eine befriedigendere Regelung auf dem Gebiet des Finanzwesens herauskommt, wobei die seit 1949 gemachten Erfahrungen verwertet werden können.

Den Ausführungen von Herrn Hettlage stimme ich im wesentlichen zu. Dagegen vermag ich Herrn Maunz, wenn er — soviel ich verstanden habe — sich im großen und ganzen für die Beibehaltung der bisherigen Regelung des GG ausgesprochen hat, nicht zu folgen. Wenn unter Ziff. 9 seiner Leitsätze gesagt ist, aus der Natur der Sache könnten keine Folgerungen dahin gezogen werden, welche Steuern dem Bunde, und welche den Ländern zugewiesen werden sollen, so möchte ich dazu sagen, daß mit der Natur der Sache hier allerdings nicht viel anzufangen ist; aber, geschichtlich betrachtet, ist es doch so, daß in Bundesstaaten jedenfalls eine Beteiligung des Bundes bzw. Reichs an der wichtigsten unmittelbaren Steuer, der Einkommen- (und Körperschafts-)steuer, mit seinem wachsenden Finanzbedarf sich auf die Dauer nicht ausschließen läßt. Wir sehen dies in verschiedenen Bundesstaaten, so insbesondere z. B. in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, wo man Bundeseinkommensteuern eingeführt hat — in der Schweiz bisher wenigstens in der Form einer außerordentlichen Kriegssteuer auf das Einkommen wie auch auf das Vermögen und einer Kriegsgewinnsteuer —. Bekanntlich hat bei uns das Reich schon nach der RV von 1871, Art. 4, rechtlich die Befugnis zur Vorranggesetzgebung über die für seine Zwecke zu verwendenden Steuern schlechtweg gehabt, also, ohne Unterschied, ob es sich um unmittelbare (sog. direkte) oder mittelbare (indirekte) Steuern handelte; nach

Art. 35 hatte das Reich weiter das ausschließliche Gesetzgebungsrecht über die Zölle und die fünf großen Verbrauchssteuern auf Salz, Zucker, Tabak, Bier und Branntwein vorbehaltenlich der Sonderrechte der süddeutschen Länder bezüglich der Bier- und Branntweinbesteuerung. In Art. 70 in der ursprünglichen Fassung (vor 1904) war sodann zufolge der Annahme einer auf einen Antrag des Abg. Miquel zurückgehenden Bestimmung gesagt, daß, soweit die Ausgaben des Reichshaushaltsplanes durch etwaige Überschüsse aus dem Vorjahre und die aus den Zöllen, den Verbrauchssteuern und dem Post- und Telegraphenwesen fließenden Einnahmen nicht gedeckt werden, sie, „solange Reichssteuern“ (d. h. unmittelbare Reichssteuern) „nicht eingeführt sind“, — nach Art einer staatenbündischen Finanzverfassung — durch die Länder mittels Matrikularbeiträgen nach dem Kopf der Bevölkerung aufgebracht werden sollen. Aber die tatsächliche Entwicklung ist dann doch so gewesen, daß sich das Reich in der Hauptsache mit den Zöllen, Verbrauchssteuern und Verkehrs- (Stempel-)steuern begnügt hat, wogegen den Ländern die bereits in ihrem Besitz befindlichen, auch erst allmählich ausgestalteten, unmittelbaren Steuern vom Einkommen und Vermögen verblieben sind. Erst langsam und zaghaft ist man seitens des Reichs infolge des Widerstands der Länder an die Erfassung von unmittelbaren Steuern herangegangen: 1906 mit der Erbschaftssteuer, die wenigstens nach der einen Auffassung des Unterschieds zwischen unmittelbaren und mittelbaren Steuern eine unmittelbare Steuer darstellt, und mit der Besteuerung der Aufsichtsratsgewinne, die als eine Sondereinkommensteuer anzusehen war, äußerlich jedoch in der Form einer Stempelsteuer erhoben wurde; dann 1913 mit dem einmaligen Wehrbeitrag und der Vermögenszuwachssteuer. Im ersten Weltkrieg trat das Unbefriedigende der Finanzverfassung des Kaiserreichs deutlich hervor. Die Einnahmen aus Zöllen und Verbrauchssteuern insbesondere gingen aus begreiflichen Gründen sehr zurück; z. T. mußte man, insbesondere angesichts der Absperrung zur See, froh sein, überhaupt noch etwas aus dem Auslande hereinzubekommen; aber auch der Verbrauch im Inlande ging erheblich zurück, wie z. B. beim Bier u. s. f. Das Reich war so nicht in der Lage, das zu tun, was England in vorbildlicher Weise getan hat, nämlich durch Erhöhung der Einkommensteuer — die dort eine bewegliche Steuer ist, und deren Sätze jährlich im Finanzgesetz nach Bedarf festgesetzt werden —, wie schon s. Zt. im Burenkrieg, und durch eine rechtzeitige Erfassung der Kriegsgewinne durch eine Kriegsgewinnsteuer einen erheblichen Betrag der Kriegskosten zu

decken. Statt dessen hat man bei uns in der Hauptsache immer wieder Kriegsanleihen aufgelegt und ist u. a. erst spät und in unzulänglicher Weise darangegangen, auf der Grundlage der verschiedenartigen Landessteuergesetze die Kriegsgewinne zu erfassen. Gerade in solchen Krisenzeiten zeigt sich, wie notwendig es ist, daß dem Bund bzw. Oberstaat die wichtigste unmittelbare Steuer zur Verfügung steht. — In der Weimarer Zeit hat dann das Reich infolge seiner großen finanziellen Belastung nach dem verlorenen Krieg durch die sog. Erzbergersche Finanzneuordnung die Hand auf die Einkommen- (und Körperschafts-)steuer sowie die Vermögenssteuer gelegt und durch das Gesetz über die Finanzverwaltung vom 10. Sept. 1919 auch eine eigene und unmittelbare Reichsfinanzverwaltung eingeführt. — Das GG geht in wenig sinnvoller Weise davon aus, daß den Ländern in erster Reihe die Einkommen- (und Körperschafts-)steuer sowie auch die Vermögenssteuer zusteht; eine Beteiligung des Bundes an der Einkommensteuer ist in Art. 106 nur unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen. Ich halte es hierbei insbesondere für unbefriedigend, daß die Höhe der Beteiligung des Bundes an der Einkommensteuer lediglich durch ein sog. Zustimmungsgesetz geregelt werden kann, also ein solches Gesetz an dem Widerspruch der Länder im Bundesrat scheitern kann; ich bemerke hierzu noch, daß ich bei der gegenwärtigen Art der Zusammensetzung des Bundesrats überhaupt ein Gegner der sog. Zustimmungsgesetze bin. — Ich meine, dieser ewige Streit zwischen Bund und Ländern über den Anteil des Bundes an der Einkommensteuer sollte aufhören. Es müßte eine Stelle da sein, welche die endgültige Entscheidung hierüber trifft, und das kann m. E. nur der Bund, und nicht die z. T. weitgehend von Selbstsucht bestimmten und des genügenden Sinns für Einordnung in das Ganze ermangelnden Länder sein, nämlich mittels eines gewöhnlichen, sog. Einspruchsgesetzes, da die Gesamtbelange den Vorrang vor den Belangen der Länder haben müssen. Selbstverständlich müßte auch bei einer solchen Gestaltung der Bund bzw. das Reich auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Länder Rücksicht nehmen, wie dies ja auch in der Weimarer RV vorgeschrieben war.

Was nun die Finanzverwaltung anbelangt, so bin ich der Meinung, daß die Frage der einheitlichen Bundes- bzw. Reichsfinanzverwaltung, wie sie sich in der Weimarer Zeit durchgesetzt hatte, bei der endgültigen Verfassung noch einmal durchdacht werden sollte. Wenn Sachkenner sagen, daß infolge der Verschiedenheit der Veranlagung, der Kostspieligkeit der Aufteilung der Finanzverwaltung auf Bund und Länder usf.

bis zu einer Milliarde DM verloren gehen, so ist das m. E. schlechterdings nicht zugunsten eines falsch verstandenen sog. „Föderalismus“ zu verantworten. Ich kann natürlich dafür, ob diese Zahlen mehr oder weniger zutreffend sind, nicht einstehen; das bedürfte, soweit möglich, einer genaueren Nachprüfung; aber etwas Wahres wird doch wohl daran sein. Die jetzige Gestaltung der Finanzverwaltung von Bund und Ländern nach dem geltenden Finanzverwaltungsgesetz, das eine gewisse Verklammerung der Finanzverwaltung des Bundes und der Länder vorsieht, kann m. E. nur als ein vorläufiger Notbau angesehen werden, der in der Zukunft durch eine klare und endgültige Gestaltung ersetzt werden muß.

Was weiter den Finanzausgleich anbelangt, so kann ich mich nicht für den „feind-brüderlichen“ Finanzausgleich zwischen finanzstarken und finanzschwachen Ländern begeistern; das ist m. E. nur ein unvollkommener Notbehelf. Es sollte Sache des Bundes bzw. Reichs sein, seinerseits auf dem Wege der Gesetzgebung diesen Ausgleich zwischen sich und den Ländern vorzunehmen.

Zu begrüßen wäre es im übrigen im Sinne der Ziff. 11 der Leitsätze des Herrn Maunz, wenn die Gemeinden in eine unmittelbare Beziehung zum Bund, wenigstens zunächst auf dem Finanzgebiet, gebracht werden könnten, also nicht nur ein Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern stattfindet, wobei es den Ländern überlassen bleibt, diesen Finanzausgleich zwischen sich und den Gemeinden und zwischen diesen vorzunehmen. Ebenso stimme ich der Ziff. 12 seiner Leitsätze zu, wenn dort gesagt ist, daß die endgültige Verteilung der Steuern zwischen Bund und Ländern i. S. des Art. 107 GG nur eines einfachen Gesetzes bedarf, es sich hier also nicht um ein Verfassungsgesetz im förmlichen Sinne des Art. 79 handelt.

Peters - Köln:

Meine Herren! Gestatten Sie zwei Bemerkungen de lege lata zu den Thesen Ziff. 4 und 9 von Herrn Hettlage.

Zunächst etwas zum Gleichheitssatz. Mir scheint Herr Hettlage die Bedeutung des Art. 3 GG für das Steuerrecht zu unterschätzen. Nach meinen Auseinandersetzungen mit Herrn Ipsen über die Begrenzung des Gesetzgebers durch Art. 3 werde ich gewiß nicht in den Verdacht kommen, durch eine zu weite Auslegung des Gleichheitssatzes dem Gesetzgeber in unzulässiger Weise die Hände zu binden. Gerade deshalb muß man aber m. E. der Tendenz entgegenreten, wonach der Gesetzgeber mit dem Erlaß von Steuergesetzen wirtschaftspolitische Ziele der verschiedensten Art erfüllen will und

dabei entgegen dem Art. 3 GG mit einer den Gleichheitssatz verletzenden Verschiedenartigkeit an sich gleichartige Tatbestände steuerlich verschieden behandelt. Wenn beispielsweise — einer zur Zeit bestehenden Bestrebung folgend — Teilzahlungsgeschäfte beschränkt werden sollen, so mag das an sich verfassungsrechtlich zulässig sein; es geht aber nicht in der Weise, daß der Gesetzgeber für Geschäfte dieser Art die Umsatzsteuer um ein Mehrfaches erhöht. Das wäre m. E. mit dem Gleichheitssatz nicht zu vereinbaren.

Mir scheint darin auch ein Widerspruch zur These 12 von Herrn Hettlage zu liegen, die nun in entgegengesetzter Richtung m. E. zu weit geht: Es ist unter staatsrechtlichen Gesichtspunkten bedenklich, wenn man ungleiche Startbedingungen für den wirtschaftlichen Wettbewerb und soziale Unterschiede schafft, für die ein sachlich einleuchtender Grund der Differenzierung sich nicht finden läßt. Tatsächlich schaffen Steuern immer wieder verschiedene Startbedingungen, wobei oft der Grund der Art und Höhe der Steuern in erster Linie ein rein fiskalischer ist, wie z. B. beim Kaffeezoll und den besonderen Kaffeesteuern. Bereits vor mehr als 20 Jahren hat ein Heft der Vierteljahresschrift für Finanzen und Steuern einige wertvolle Aufsätze zum Problem der Gleichheit im Steuerrecht gebracht, ohne daß damit eine abschließende Lösung gefunden worden wäre. Man darf aber m. E. die damals gewonnenen Erkenntnisse nicht außer acht lassen; auch heute noch ist, wie die Darlegungen von Herrn Hettlage zeigen, die Frage nach den durch den Gleichheitssatz dem Steuergesetzgeber gesetzten Grenzen aktuell.

Mein zweites, stärkeres Bedenken gegen Herrn Hettlages Darlegungen richtet sich gegen seine Auffassung von der Herrschaft des Gewaltenteilungsprinzips nach dem Grundgesetz. Beide Herren Referenten sind der — m. E. zutreffenden — Meinung, daß der Grundsatz der Gewaltenteilung im Finanzrecht vielfach durchbrochen sei. Nun glaubt aber Herr Hettlage zu Unrecht, daß das Gewaltenteilungsprinzip in der ihm heute gegebenen Auslegung der Lehre Montesquieus ein Fundamentalsatz unseres Verfassungsrechts und sogar eine Norm sei, die durch Art. 79 GG gegen jegliche Abänderung und Durchbrechung geschützt sei. Mit dem gleichen Recht müßte man dann eine Fülle von Maßnahmen unseres Rechtslebens, die niemand ernstlich beanstandet, für grundgesetzwidrig erklären. Wie ich in meiner Broschüre über „Die Gewaltentrennung in moderner Sicht“ dargelegt habe, handelt es sich aber beim Prinzip der Gewaltenteilung lediglich um einen Baustein unserer Verfassung, nicht aber um eine Norm, von

der nicht schon der einfache Gesetzgeber Ausnahmen zulassen dürfte (vgl. z. B. die Freiwillige Gerichtsbarkeit). Daher ist nach geltendem Verfassungsrecht ein Personalaussschußgesetz zulässig, selbst wenn in dem dort vorgesehenen Personalaussschuß auch Abgeordnete des Parlaments Sitz und Stimme haben. Ebenso wenig ist es unzulässig, daß in einem Gesetz, auch zu im Haushaltsplan an sich bewilligten Ausgaben, die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde an die Mitwirkung eines Parlamentsausschusses gebunden wird. Das muß aber formalgesetzlich festgelegt werden. Insoweit stimme ich Herrn Hettlage zu, daß eine solche Mitwirkung nicht in der Spalte „Erläuterungen“ des Haushaltsplans wirksam festgelegt werden kann; denn der Haushaltsplan als solcher, zumal in den „Erläuterungen“ kann materiell kein neues Recht setzen, und das Gewaltenteilungsprinzip gilt insoweit, als es für Verwaltungshandlungen jedenfalls eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Exekutive schafft.

Wenn aber in einem Etatstitel eine an sich unzulässige Begrenzung der Exekutive steht, auch dann kann man m. E. nicht die Folgerung von Herrn Hettlage ziehen, daß dann der beschränkende Vermerk nichtig sei; vielmehr hat dann das Parlament der Exekutive eben die Ausgabebewilligung nicht erteilt. Der Etat beruht nämlich auf dem Willen des Parlaments. Wenn letzteres der Exekutive die Ausgabe nicht zur Verfügung freigestellt hat, dann kann man, falls die gesetzte Beschränkung unzulässig sein sollte, keine unbeschränkte Bewilligung als gewollt unterstellen.

Auch tatsächlich scheint mir Aufstellung und Durchführung des Haushaltsplans von Herrn Hettlage zu stark unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilungslehre Montesquieus gesehen. Gewiß wird dadurch, daß der Haushalt als formelles Gesetz verabschiedet wird, der Anschein erweckt, als ob die beiden Gegenspieler Parlament und Regierung seien. Ist aber nicht in Wirklichkeit das Ganze vielmehr ein Wechselspiel zwischen Parlament und Finanzminister, da die anderen Fachminister oft genug vorher und innerlich auch später auf der Seite des Parlaments stehen. Gewöhnlich sind doch die Fachminister nicht minder ausgabefreudig als das Parlament, und es gehört zu den modernen Irrtümern, bloß die Abgeordneten als bewilligungsfreundlich hinzustellen; sie haben nur den Vorteil, daß sie dem Finanzminister gegenüber in einer stärkeren Position sind als die Ressortminister. In Wahrheit geht es hier überhaupt nicht um eine Frage der Gewaltenteilung, sondern um die finanzpolitische Tatsache, daß der Finanzminister die Verantwortung dafür hat, daß die Staatsfinanzen

in Ordnung bleiben, während die Fachminister für ein möglichst hohes Maß der Aufgabenerfüllung innerhalb ihres Ressorts und die Abgeordneten für eine möglichst weitgehende Berücksichtigung der von ihnen selbst und von ihren Wählern, „dem Volke“, für wichtig erachteten Aufgaben eintreten.

Als Ergebnis ist daher festzustellen: die Gewaltenteilung muß als Argument von Herrn Hettlage m. E. ganz ausscheiden. Rechtlich kommt sie für die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit von Maßnahmen im Bereich des Finanzrechts kaum in Betracht; aber auch tatsächlich geht es viel weniger um ein Gegeneinanderstehen von Legislative und Exekutive, als es nach dem Referat den Anschein hat.

Weber - Göttingen:

Ich bitte Herrn Hettlage um Verzeihung, daß ich aus seinem ausgezeichneten und umfassenden Referat, das mir außerordentlich viel Anregungen zu weiterem Nachdenken gegeben hat, nur einen Einzelpunkt herausgreife, nämlich Punkt 5 seiner Leitsätze. Der Punkt ist zwar schon von Herrn Erler angesprochen worden, aber ich möchte dazu noch etwas sagen.

Ich halte die Formulierung, die Herr Hettlage in diesem Punkt seiner Leitsätze gefunden hat, für bedenklich, um nicht zu sagen für gefährlich. Ich denke dabei auch daran, daß die deutsche Öffentlichkeit dazu neigt, die Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer doch mit einer gewissen gehobenen Autorität ausgestattet zu sehen. Und wenn nun in einer These zu lesen ist, die sicher nur die These des Herrn Referenten und nicht der Staatsrechtslehrervereinigung ist: „Sinn und Zweck der Finanzgewalt ist die entschädigungslose Fortnahme von Eigentum zur Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs und zur Gestaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens“, so könnte das bei einer nicht durch das Filter wohlwollenden Verständnisses gereinigten Deutung zu enormen Konsequenzen führen.

Ich teile die Auffassung von Herrn Hettlage nicht, daß die Eigentumsgarantie mit der Finanzgewalt nichts zu tun hätte. Ich gebe freilich ohne weiteres zu, daß, als man die Eigentumsgarantie während des 19. Jahrhunderts in unsere Verfassungen einbaute — 1789, 1848, 1850 und wann immer — man nicht daran gedacht hatte, daß gegen denjenigen, der die Steuern zu bewilligen hätte, eine besondere Sicherung eingebaut werden müsse, geschweige denn, daß diese Sicherung gerade die Eigentumsgarantie sein müsse. Aber wir erleben doch bei fast allen Grundrechten einen Bedeutungswandel, der sich aus der

Veränderung unserer Gesamtsituation ergibt. Es muß schon auffallen, daß Herr Hettlage zwar Arbeitsfreiheit, Auslieferungsverbot, unbeschränkten Rechtsweg gegen Finanzbefehle, Freizügigkeit und Fernmeldegeheimnis für den Finanzgesetzgeber für tabu erklärt, aber die Eigentumsgarantie, dieses Kernstück unserer Grundrechte, hiervon ausnehmen will. Ich glaube nicht, daß wir in der Sache so sehr differieren, aber dann bleibt doch, daß eben die Frage der Formulierung sehr wichtig ist.

Richtig ist, daß die Enteignungsklausel etwa des Art. 14 Abs. 3 GG zu unserer Frage nichts besagt. Aber die Eigentumsgarantie als solche besagt, wie mir scheint, Erhebliches zu dem Problem. Denn die Eigentumsgarantie des Art. 14 schützt ja nicht nur gegen Enteignungen oder gegen — ich will lieber sagen: Manipulationen, die sich als Enteignungen ausgeben; der Art. 14 besteht nicht nur aus einem Abs. 3, sondern der Artikel 14 garantiert zunächst einmal doch das Grundlegende, das Eigentumsinstitut als solches, nicht nur als „Rechtsinstitut“, sondern als eine Fundamentalerscheinung unseres Wirtschafts- und Soziallebens und vor allem auch der Freiheitlichkeit unseres Wirtschafts- und Soziallebens. Über die Formulierung des Satzes: „Art. 14 und Art. 15 verbieten keine ‚Enteignung‘ und keine ‚Sozialentwährung‘ durch Besteuerung“ kann man natürlich streiten. Denn, wie gesagt, von „Enteignung“ ist hier gar nicht die Rede. Aber ich sehe doch in Art. 14 ein entscheidendes Hindernis dagegen, daß, auf welchem Wege auch immer — und sei es auch auf dem Wege der Finanzgesetzgebung —, eine Konfiskation von Vermögen erfolgt und eine Sozialentwährung oder soziale Umschichtung durchgeführt wird. Ich glaube, wir können es nicht ohne Widerspruch passieren lassen, daß hier gesagt wird: Im Wege der Steuergesetzgebung, und zwar nicht nur zur Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs, sondern auch zur Gestaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens kann man sich, wenn man sich nur der Technik der Steuergesetze bedient, über alles, was sich sonst an Grenzen gesetzgeberischer Handlungsmöglichkeiten aus der Eigentumsgarantie ergibt, hinwegsetzen. Ich weiß, daß die Diskussion über diese Dinge bisher nur auf sehr schmaler Basis geführt worden ist. Ich habe in meinem Beitrag zu Art. 14 GG in Band 2 des Handbuchs „Die Grundrechte“ (S. 360) einmal die Literatur, die es zu diesem Punkte gibt, zusammengetragen. Ich habe als bestes Beispiel dafür ein Lehrschreiben des deutschen Episkopats gefunden, das in diesem Punkte eindeutig ist, und dann noch einige Bemerkun-

gen von katholischen Moraltheologen, während sonst im wesentlichen etwa nur einige, allerdings sehr dezidierte Äußerungen unseres Kollegen Flume zu diesem Problem vorliegen.

Die Eigentumsgarantie bedeutet, daß das Eigentum als Grundlage einer eigenverantwortlichen Lebensgestaltung Fundament unserer Wirtschafts- und Sozialordnung sein soll, und das schließt aus, daß man auf dem Wege über eine Finanzgesetzgebung nun doch dieses Fundament unserer Wirtschafts- und Sozialordnung umstößt.

Herr Hettlage hat gesagt, man könne ja auch nicht richterlich kontrollieren, ob der Steuergesetzgeber gegen die Eigentumsgarantie verstoßen habe. Er hat also die Justiziabilität etwaiger Verstöße dieser Art gegen den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz bezweifelt. Ich meine jedoch sagen zu müssen, daß es z. B. der Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichts durchaus möglich sein müßte, festzustellen, wann ein Steuergesetz, etwa ein Vermögenssteuergesetz oder auch ein Einkommensteuergesetz, einen einwandfrei konfiskatorischen Charakter hat. Es gibt sicherlich Grenzzonen, wo das Bundesverfassungsgericht wird sagen müssen: Innerhalb dieses Spielraums können wir dem Gesetzgeber nicht nachrechnen, ob er etwas mehr oder weniger Zweckmäßiges oder schon Bedenkliches getan hat. Aber es gibt dann eine Linie, von wo ab der konfiskatorische Charakter oder die soziale Umschichtungsabsicht offen zutage liegt, und dann wird dieses Steuergesetz eben durch Art. 14 GG negiert.

Ich glaube ferner, daß sich in diesem Punkte doch auch etwas zur Inflation, zur Währungsabwertung sagen läßt — wenn schon nicht zu den Formen der Währungsabwertung, die sich, wie Herr Hettlage geschildert hat, in vielfältiger Weise im „gesellschaftlichen Raum“ vollziehen, so doch jedenfalls etwas sagen läßt gegen eine in aller Form oder auch versteckt vom Staat inaugurierte Währungsabwertung. Ich glaube, daß Art. 14 GG, wenn er überhaupt in den Lebensbedingungen unserer heutigen Wirtschafts- und Sozialsituation eine Funktion haben soll, auch ein Hindernis bedeutet gegen solche Währungsmanipulationen, die doch im größten Stil eine Verdrängung aus der Eigentümerstellung bedeuten, nämlich gegen eine vom Staat manipulierte Inflation. Auch diese eklatante Verletzung der Eigentumsgarantie würde im übrigen verfassungsgerichtlich durchaus justitiabel sein.

Im ganzen meine ich mit aller Entschiedenheit darauf hinweisen zu müssen, daß in der Eigentumsgarantie eine unübersteigbare Grenze auch für die Finanzgewalt liegt.

Forsthoff-Heidelberg:

Meine sehr geehrten Herren! Das Erregende und, ich muß von mir aus sagen, Imponierende des Referats von Herrn Kollegen Hettlage besteht darin, mit aller Eindeutigkeit gezeigt zu haben, daß die Finanzverfassung ein Zentralgebiet unserer gesamten Verfassungsordnung ist.

Es ist kein Zufall, daß die Diskussion auf den Punkt gekommen ist, auf den Herr Kollege Erler und Herr Kollege Weber sie geführt haben: die Frage der Abgrenzung und überhaupt der Beziehung zwischen der Finanzhoheit und der Privateigentumsgarantie. Denn hier schlüsselt sich in der Tat die Grundentscheidung innenpolitischer Art, die wir mit der Formel vom sozialen Rechtsstaat zu fassen versuchen, wobei ich mehr und mehr dazu neige, nicht mehr vom Sozialstaat, sondern vom Verteilungsstaat zu sprechen, weil das präziser und eindeutiger ist und manche Verschwommenheiten vermeidet, die in dem Begriff „sozial“ liegen.

Wenn wir uns die Entscheidung, die in der Realität unserer Verfassungsordnung, wie ich glaube, jetzt angelegt ist, vergegenwärtigen, dann sehen wir auf der Eigentumsseite folgendes: Der Eigentumsschutz wird in dem Sinne verabsolutiert, das jedem einzelnen die Quote, mit der er am Volksvermögen Anteil hat, nahezu absolut garantiert wird. Das ist die innere Logik der Verwischung, die wir zwischen Enteignung, Aufopferung und Amtspflichtverletzung auf Grund der Rechtsprechung heute feststellen können.

Der Eigentumsschutz ist generell und ausnahmslos. Das heißt sub specie des Verteilungsstaates gesehen: aus dem System der Güterverteilung wird grundsätzlich nicht verteilt, sondern es wird verteilt aus dem Sozialprodukt und hinsichtlich des Sozialprodukts besteht auch der freie Auslauf der Finanzhoheit. Insofern schränke ich mich, Herr Hettlage, jetzt ein gegenüber dem, was ich vor zwei Jahren in meinem Referat über den Sozialstaat ausgeführt habe. Diese Einschränkung ist auch in der Realität der Steuerpraxis durchaus ablesbar. Wir haben hinsichtlich des Sozialprodukts Steuerstaffeln gehabt, die bis zu 100 Prozent gegangen sind, z. B. in der Körperschaftssteuer vor der Reform von 1949. Aber wir hatten und haben diese extremen Sätze nicht bei den Steuern, die in die Quote des einzelnen am Volksvermögen eingreifen, wie die Vermögenssteuer, Erbschaftssteuer usw.

Ich glaube also, hier ist die Schranke des Eigentums vor die Finanzhoheit gestellt. Es kann nicht durch eine konfiskatorische Erbschaftssteuer die Garantie des Erbrechts im Art. 14 unterwandert oder umgangen oder aufgelöst werden. Das ist nach

Art. 19 unzulässig. Es kann auch mit der Vermögenssteuer Eigentum nicht entschädigungslos entzogen werden. Hier ist die Finanzhoheit an die Grenze der Sozialgebundenheit des Eigentums gebunden. Von diesen Erwägungen aus ist der Begriff der konfiskatorischen Steuern festlegbar. Aber bei den heute wichtigen Steuern — Einkommen-, Körperschafts-, Umsatzsteuer usw. —, die sich auf das Sozialprodukt richten, ist wie ich glaube die Finanzhoheit vom Eigentumsschutz her gesehen nicht gebunden. Und das scheint mir die Logik des sozialen Rechtsstaates heute zu sein: ein absoluter Schutz des Systems der Güterverteilung in dem rigorosen Eigentumsschutz, wie ihn die Rechtsprechung hervorgebracht hat, dagegen freier Auslauf der Finanzhoheit auf das Sozialprodukt.

Merkel - Wien:

Wie gedankenreich die bisherige Diskussion gewesen ist, so hat sie doch nach meinem Eindruck den Sprühregen von Anregungen, die wir dem heutigen Bericht des Herrn Hettlage verdanken, noch lange nicht ausgeschöpft.

Eine der Erkenntnisse aus den Ausführungen des Herrn Hettlage ist für mich die, daß die Finanzverfassung ebenfalls einer der Bestandteile der Auseinandersetzung zwischen Individuum und Gemeinschaft ist. Was nützt uns etwa die überkommene rechtsstaatlich-liberale Ordnung der Freiheitsrechte und im besonderen der Freiheit der Person, der Unverletzlichkeit des Eigentums, wenn die Finanzverfassung und die Finanzpolitik alle diese Sicherungen wegzuspülen vermag.

Ich habe in einer Hinsicht den Begriff des Rechtsstaates schon auf Grund ähnlicher Erwägungen zu erweitern versucht, nämlich in meinem Beitrag zu der Festschrift „Rechtsstaat und Demokratie“ für den Züricher Fachgenossen Zaccaria Giacommetti unter dem Titel „Idee und Gestalt der politischen Freiheit“, Polygraphischer Verlag Zürich 1953, die große Bedeutung der Entscheidung über Krieg und Frieden für die Frage der rechtsstaatlichen Ordnung behauptet, und als Beispiel für diese Ausweitung des Rechtsstaatsbegriffs angeführt, daß die verfassungsrechtliche Ordnung der Entscheidung über Krieg und Frieden nicht weniger für die Sicherung der Person und des Eigentums, ja sogar — meiner Überzeugung nach — wesentlich mehr beiträgt als alles das, was wir der liberalen Gestaltung des Rechtsstaates verdanken, und was wir gewiß nicht vermissen wollen.

Es ist unter diesen Umständen besonders bedeutsam, daß schon im Bereich der Gesetzgebung und der Regierung Siche-

rungen angebracht werden, welche verhüten sollen, daß die Regelung der Gesetzgebung auf dem Gebiete der Rechtsprechung und Verwaltung wirkungslos gemacht wird. In dieser Hinsicht scheint mir die Lehre aus den letzten beiden Weltkriegen zu sein, daß eine Fundierung der Gesetzgebung und Regierungspolitik im Großteil der Repräsentation des Volkes, und daß darüber hinaus eine weitgehende Mitverantwortung, ja, sogar eine Gesamtverantwortung der an der Regierung beteiligten Parteien für die Gesetzgebung und Regierungspolitik notwendig ist.

Sie gestatten bitte, daß ich aus der Rechtslage und den Erfahrungen meiner engeren Heimat die Feststellung mache, die hierzulande, soweit ich sehe, nicht unbegreiflicherweise fast unbekannt ist, daß die österreichische Bundesverfassung eine einstimmige Zustimmung der Regierungsmitglieder zu sämtlichen Regierungsbeschlüssen voraussetzt, was die Folge hat, daß sich alle Regierungsparteien vollkommen klar werden müssen über die Tragweite dieser Regierungsentscheidungen und sich jeden Augenblick vor Augen halten müssen, daß sie für diese Regierungsentscheidungen mitverantwortlich gemacht werden.

Nur das Erfordernis der Einstimmigkeit der Regierungsbeschlüsse, und darüber hinaus die große Regierungsmehrheit von mehr als 90 Prozent der Mandate — es steht der sozialistisch-bürgerlichen Koalition nur eine kleine Opposition von 3 Kommunisten und 6 Rechtskonservativen oder Nationalen gegenüber —, und die Klarstellung innerhalb des Regierungslagers über die Strategie und Taktik der Konsolidierung des Staates, der Wiederherstellung der Unabhängigkeit, haben jene Frucht möglich gemacht, die nun nach zehnjähriger Bemühung — gepflückt worden ist: Der Staatsvertrag vom 15. Mai 1955 über die Wiederherstellung eines unabhängigen Österreich: Eine Frucht, die natürlich nicht die Folgen der nationalsozialistischen Herrschaft ausmerzen kann, die uns auch für die Zukunft mit den Folgen dieser katastrophalen Vabanquepolitik belastet, die aber doch einen Ausblick in eine hellere Zukunft eröffnet.

Die rechtstheoretische Lehre aus diesen wenigen Andeutungen ist die, daß Gesetzgebung und Regierung viel bedeutsamer sind als Verwaltung und Rechtsprechung, daß Gesetzgebung und Regierung die Bedingungen der Freiheit und der Sicherheit einer Nation schaffen müssen, und die Verwaltung und Rechtsprechung nur die letzten Folgerungen aus dieser Sicherung ziehen können.

Ipsen - Hamburg:

Es entspricht schon meinem Altersunterschied gegenüber Herrn Weber und Herrn Forsthoff, wenn ich mich nach ihren grundsätzlichen Ausführungen wieder etwas Speziellem zuwende, was aber in ihre prinzipielle Linie paßt. Und dabei scheint es mir obzuliegen, daß meine Beiträge zu den Verhandlungen unserer Vereinigung sich in den Niederungen der Übergangsvorschriften des Grundgesetzes bewegen. So habe ich mich in Göttingen mit dem Art. 139 beschäftigt, in Tübingen mit Art. 131. Jetzt ist Art. 134 GG an der Reihe, und zwar deshalb, weil der gegenwärtige Versuch seiner Handhabung im Entwurf des Kriegsfolgenschlußgesetzes, den Herr Erler schon apostrophiert hat, das Problem exemplifiziert, das meine beiden Vorredner gestellt haben. Art. 134 GG ist bekanntlich jahrelang verstanden und exerziert worden als eine Vorschrift speziell der Auseinandersetzung zwischen Bund und Ländern, und zwar zunächst unter Mitwirkung der Besatzungsmächte, später ohne sie nach ihrem Rückzug aus dem Komplex des früheren Reichsvermögens und des preußischen Vermögens. Erst danach und jetzt ist der 5. Absatz dieser Vorschrift ins Licht gerückt worden unter dem Gesichtspunkt, Art. 134 erteile nun wohl auch den Auftrag und er gebe die Handhabe, eine Auseinandersetzung der Bundesrepublik mit ihren Gläubigern durchzuführen. In diesem Art. 134 Abs. 5 steht, das Nähere regle ein Bundesgesetz. Und nun prüfe man, wie diese Auseinandersetzung sich zwischen einer Güterverteilung, die unter dem Eigentumsschutz der Verfassung steht, und der Handhabung der Finanzhoheit, die an sie nicht gebunden sein soll, in dem augenblicklich erörterten Gesetzentwurf ausmacht.

Man sieht dort im Regierungsentwurf zu der Frage der Quotierung der verbrieften Reichsverbindlichkeiten, also derjenigen Ansprüche von Gläubigern, die ihr Sparkapital dem Reich zur Verfügung gestellt haben und die schon zweimal eine Abwertung erfahren, daß der Gesetzgeber für sich in Anspruch nimmt, mit dem angeblichen Auftrag des Art. 134 Abs. 5 GG frei und ungebunden normieren zu können, lediglich gehindert durch die Erwägung, ob er nicht etwa willkürlich handelt. Das zu vermeiden, ist — so die Begründung — sein heißes Bemühen. Damit setzt er sich auseinander, und dann führen die Vorschläge der Regierung dazu, daß der Entwurf sich freimacht von der Normalumstellung von 10:1, die die Besatzungs- und die sie bestätigende spätere deutsche Gesetzgebung allen öffentlichen Körperschaften, auch den Ländern und den Gemeinden, auferlegt hat, während der Bund seinerseits

nun dort, wo er als Fiskus schuldet, mit den Mitteln der Finanzgewalt eine Quotierung von nur noch 6,5 Prozent vorsieht. Das ist nach meiner Meinung ein Beispiel für das Problem, das hier gestellt worden ist: ob nämlich nicht die Verfassung mit ihrer Eigentumsgewährleistung solchen Prozeduren der Finanzhoheit verfassungsmäßige Grenzen zieht, während die Regierungspraxis, einschließlich der des Bundesrats, wie wir seine Stellungnahme heute kennen, glaubt — und eben das halte ich für bedenklich —, verfassungsfrei operieren zu können, angeblich lediglich gehindert durch das Willkürverbot.

Denn dahinter sehe ich auch das allgemeinere Problem, das uns ja in der Praxis immer häufiger begegnet: ob es nicht verfassungsmäßige Bindungen gebe oder geben müsse gegenüber Versuchen des Staates, sich aus seinen fiskalischen Bindungen dadurch zu befreien, daß er mit hoheitlichen Mitteln der Gesetzgebung prozediert und damit das ignoriert, was er in der anderen Gestalt des Fiskus vorher an Bindungen eingegangen ist.

K r ü g e r - H a m b u r g :

Ich glaube, wir können dem Vorstand und den beiden Rednern sehr dankbar dafür sein, daß sie das Thema Finanzverfassung haben behandeln lassen und behandelt haben. Denn hierdurch ist man sich bewußt geworden, daß man etwas nicht gesehen hat, das zu sehen nötig gewesen wäre. Jedermann, der irgendein Unternehmen beginnt, prüft zunächst die Frage, wie er ein solches Vorhaben finanziert. Und so sollte man eigentlich auch annehmen, daß die Theorie die Frage geprüft hätte, wie das Unternehmen „Staat“ zu finanzieren sei. Das gilt vor allem für diejenige Richtung, die den Staat nicht als eine Vorgegebenheit hinnimmt, sondern von einzelnen Individuen wie etwa eine Aktiengesellschaft errichten läßt. Ich kann mich nicht daran erinnern, daß A. L. Schlözer die Frage aufgeworfen hätte, wie das Kapital für diese Aktiengesellschaft aufgebracht werden soll, ob die Aktionäre eine Nachschußpflicht haben usw. usw. Die letzte große „Allgemeine Staatslehre“ von Georg Jellinek enthält gleichfalls nichts von den finanziellen Problemen des Modernen Staates.

Das Übergehen eines solchen Problems ist um so erstaunlicher als die Lösung, die der Moderne Staat für es gefunden hat, nicht nur an sich höchst eigenartig ist, sondern auch den einzelnen Menschen in einer Art und Weise trifft, wie sie vorher gänzlich unbekannt war. Es ist heute hierfür das Wort „militant“ gebraucht worden. Diese Kennzeichnung weist in der Tat auf wesentliches hin. Denn wahrscheinlich hängt

dieser militante Charakter der Finanzverfassung damit zusammen, daß die Finanzfrage für den Staat in ihrer ganzen Schärfe erst durch die Notwendigkeit gestellt worden ist, große stehende Heere zu unterhalten, — eine Notwendigkeit, die ihrerseits wieder durch die neuzeitliche Außenpolitik hervorgerufen worden ist. Eben deswegen findet man diesen militanten Charakter des Finanzwesens überall, wo es moderne Staatlichkeit gibt, — und nicht etwa nur in Preußen oder seinen „Traditionsträgern“.

Versucht man, die Herausbildung einer militanten Finanzverfassung geschichtlich einzuordnen, so ergibt sich abermals, daß es nicht eigentlich der Absolutismus gewesen ist, der diese Eigenart des Modernen Staates zur vollen Entfaltung gebracht hat. Denn noch bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts gibt es in den Lehrbüchern des Staatsrechts eine feste Reihenfolge der Finanzierungsquellen, die mit dem Ertrag der Kammergüter beginnt und die direkte Besteuerung überhaupt nur als außerordentliche Einnahmequelle kennt. Es ist auch in dieser Hinsicht wieder die Französische Revolution, die gegen die Ineffizienz des absoluten Staates aufsteht und letzten Endes in der Einkommensteuer das ergiebige und elastische Finanzierungsinstrument schafft, das, wie Cordell Hull in seinen Memoiren bemerkt hat, allein der Finanzierung eines Krieges gewachsen ist. Die militante Art der Beschaffung der Geldmittel erweist sich damit ebenso wie die gleich militante Art der Gewinnung der persönlichen Mittel durch die allgemeine Wehrpflicht als eine Hervorbringung des Liberalismus und der Demokratie, — eine Seite des 19. Jahrhunderts, die m. E. bisher nicht genügend beachtet worden ist. Es mag sein, daß diese Entwicklung noch nicht einmal ihren Endpunkt erreicht hat. Denn vielleicht wird das weitere Wachstum des Finanzbedarfs den Staat eines Tages auf den Gedanken bringen, sich nicht mehr nur in Gestalt von Besteuerung an dem Einkommen seiner Bürger zu beteiligen, sondern von vornherein selbst das Einkommen zu erzielen, das seine Bürger bisher erzielt haben, und unter diesem Gesichtspunkt die Sozialisierung des produzierenden Eigentums zu betreiben.

Mit der Aufdeckung des militanten Charakters der Finanzverfassung stellt sich das Problem, wie sich eine solche Verfassung zur Rechts- und Verfassungsstaatlichkeit verhält, — Leitbildern, die gerade nicht militant gemeint sind. Hier tut sich eine Antinomie auf, die nicht einmal vereinzelt ist. So sollte man sich einmal ernsthaft fragen, ob von Freiheit und vor allem von ihrer Basis im Privateigentum noch die Rede sein kann, seitdem der Staat in der Lage ist, durch Ausgabe

von Papiergeld den Wert der Kapitalien bis auf den Nullpunkt als Grenzwert herabzudrücken. Auf diese Weise haben zwei Inflationen weite Schichten ihres Vermögens berauben können, — trotz aller verfassungsmäßigen Verbürgung der Unverletzlichkeit des Eigentums. Man braucht aber noch nicht einmal nur an solche Katastrophen zu denken. Wenn etwa Vollbeschäftigung eine Forderung ist, der sich heute kein Staat mehr entziehen kann, wenn aber Vollbeschäftigung nur durch eine schleichende Inflation zu bewirken sein sollte, dann wäre abermals der Fall eingetreten, daß zwar Verfassungs- und Rechtsstaat ein Gut gewährleisten, daß aber der Sozialstaat sich genötigt sieht, dieses Gut ohne formelle Verletzung, aber dennoch im Ergebnis mehr oder weniger weitgehend zu entwerten.

Es scheint mir in der Tat eine Notwendigkeit zu sein, die Zweiheit der Verfassungen anzuerkennen und nicht etwa über der vordergründigen Rechtsstaat-Verfassung die hintergründige Finanzverfassung zu übersehen. Das Verhältnis beider Verfassungen muß als überaus problematisch bezeichnet werden. Insbesondere wäre es eine unzulässige Vereinfachung, wenn man lediglich nach einer „Entmilitarisierung“ der Finanzverfassung rufen würde. Denn das „militante“ hat sich nicht nur als die zweite wesentliche Seite von Liberalismus und Demokratie ergeben, — ohne eine effiziente Finanzverfassung könnte vor allem auch der Sozialstaat nicht bestehen.

M a u n z - München (Schlußwort):

Es ist kaum möglich, in einem kurzen Schlußwort auf die vielgestaltigen Fragestellungen und Antworten im einzelnen einzugehen, die im Laufe des heutigen Nachmittags entwickelt worden sind, von der österreichischen Finanzorganisation über das Verhältnis von Eigentum und Finanzgewalt und dem Kriegsfolgenschlußgesetz bis zum Gleichheitssatz im Steuerrecht, der Freiheit der Person und der Gewaltenteilung. Im ganzen habe ich den Eindruck, daß in bezug auf die von uns behandelten Fragen doch mehr Einmütigkeit als Meinungsverschiedenheiten bestehen, oder ich habe jedenfalls geglaubt, sie heraushören zu dürfen. Das scheint mir auf einem Gebiet, in dem die Auffassungen der Öffentlichkeit sehr entschieden aufeinanderzuprallen pflegen, doch recht beachtlich zu sein.

Da die Bedenken, die gegen Leitsätze vorgebracht sind, in der Hauptsache die Leitsätze des Herrn Kollegen Hettlage betreffen und ich ihm die Antwort nicht vorwegnehmen will, darf ich mich wohl darauf beschränken, noch kurz auf den

Diskussionsbeitrag des Herrn Kollegen Merk einzugehen, der sich mit meinen eigenen Leitsätzen beschäftigt hat.

Eine Beteiligung des Bundes an der wichtigsten Steuer, der Einkommensteuer, wie sie Herr Kollege Merk gefordert hat, besteht unbestrittenermaßen bereits jetzt, so daß wir sie wohl nicht mehr zu fordern brauchen, und soweit ich unterrichtet bin, strebt auch niemand danach, diese Beteiligung irgendwie zu beseitigen. Es ist auch selbstverständlich, daß kein wirklicher Föderalist dem Bund die Mittel zu entziehen wünscht, die er braucht, um seine ihm vom Verfassungsgeber zugeteilten Aufgaben zu erfüllen.

Wenn Herr Kollege Merk weiterhin gesagt hat, daß die Entscheidung über die Beteiligung des Bundes an der Einkommensteuer nur der Bund treffen kann und deshalb das Zustimmungsrecht des Bundesrates beseitigt werden müsse, so darf ich u. a. darauf hinweisen, daß der Bundesrat ein Bundesorgan ist. Kein anderes Bundesorgan kann von sich sagen, daß es in höherem Maße der Bund sei als der Bundesrat. Wenn also der Bundesrat nicht zustimmt in einem Fall, in dem seine Zustimmung für die Bildung des Bundeswillens erforderlich ist, dann will der Bund keine andere Regelung. Wir sagen ja auch nicht, daß die politischen Parteien ein Gesetz beschlossen haben, sondern daß der Bundestag es getan hat.

Ich habe bereits in meinem Referat angedeutet, daß die Behauptung, durch eine Bundesfinanzverwaltung würde eine Milliarde eingespart werden — eine Behauptung, die mitunter in der Presse zu lesen ist —, durchaus umstritten ist. Es stehen ihr gegenüber Behauptungen und Berechnungen völlig anderer Art. Ich glaube aber nicht, daß wir auf diese selbst unter Fachleuten umstrittene Frage der Organisationskosten weiter eingehen sollten. Die Unterschiede mit Herrn Merk in der Beurteilung dessen, was ein endgültiger Finanzausgleich ist, und wie er aussehen könnte, sind meines Erachtens im wesentlichen so, daß über sie in Ruhe gesprochen werden kann. Eine völlige Übereinstimmung über alle Fragen kann es nirgends und niemals geben. Ich würde es schon als einen großen Gewinn ansehen, wenn wir nach den Erörterungen des heutigen Tages bei aller kritischer Stellungnahme, die man von uns selbstverständlich erwartet, weder über die Finanzgestaltungen des Grundgesetzes noch über die Vorschläge des Bundesrates zu seiner Fortentwicklung von vornherein den Stab brechen oder sie als völlig unerträglich bezeichnen würden. Ich möchte im Gegenteil meinen, daß von allen Seiten — vom Grundgesetz her, von den Bundesorganen und von den Ländern her und nicht zuletzt auch von der

Wissenschaft her — fruchtbare Gedanken für einen weiteren Ausbau unserer Finanzverfassung entwickelt worden sind, und daß das Bemühen aller Beteiligten unüberhörbar ist, auch auf dem Gebiete der Finanzen einen für Bund und Länder und nicht minder für die Wirtschaft nützlichen Ausgleich zu finden.

Hettlage-Mainz:

Schlufwort:

Meine Herren,

ich darf unsere Aussprache mit einigen wenigen Bemerkungen zu Einzelfragen beschließen. Unter diesen ist sicherlich die wichtigste die, zu der die Herren Weber, Forsthoff, Ipsen und Krüger sich geäußert haben, nämlich die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der Finanzgewalt und ihrem Verhältnis zur Eigentumsgarantie. Ich sagte in meinem Bericht, daß die Finanzgewalt, wie jede andere Äußerung der Staatsgewalt, dem Sittengesetz unterworfen ist, so daß eine sittenwidrige Besteuerung auch eine verfassungswidrige sein würde. Ich hob hervor, daß die Finanzgewalt ihre Grenze an dem Persönlichkeitsrecht des Art. 2 GG findet. Mit diesen Feststellungen scheint mir aber für eine konkrete Entscheidung über die verfassungsrechtlichen Grenzen der Besteuerung nicht viel gewonnen zu sein. Es ist gewiß kein Zufall, daß auch die Sittenlehre sich hinsichtlich der Sittenwidrigkeit der Besteuerung sehr zurückhaltend und durchaus nur in allgemeinen und grundsätzlichen Überlegungen äußert. Nach ihr rechtfertigt das „Übermaß“ der Besteuerung noch keineswegs den Steuerstreik. Ein Besteuerung mit dem Ziele einer konfiskatorischen und sozial-revolutionären Änderung der Einkommens- und Vermögensordnung ist nach der herrschenden Meinung nicht sittenwidrig.

Für die Rechtsfrage nach den Grenzen der Finanzgewalt können aus ihrer Begrenzung durch das Sittengesetz keine im Einzelfall brauchbaren Regeln gewonnen werden. Die Antwort darauf könnte nur aus den Bestimmungen der Verfassung selbst und ihren tragenden Grundgedanken gewonnen werden. Die beiden wichtigen hier einschlägigen Grundgedanken unserer Verfassung sind die Eigentumsgarantie in Art. 14 GG und der Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 GG. In unmittelbarer Form ist die Eigentumsgarantie gegenüber der Finanzgewalt nicht anzuwenden, denn das Wesen der Finanzgewalt besteht eben darin, Einkommens- oder auch Vermögensteile ohne Entschädigung für Zwecke in Anspruch zu nehmen, die der souveräne Gesetzgeber bestimmt oder zuläßt. Jedoch kann nicht verkannt werden, daß die Tendenz der Eigentumsgaran-

tie auf die Erhaltung der bestehenden Besitzordnung und auch der Einkommenschichtung gerichtet ist, denn das wohlerworbene Einkommen gehört selbstverständlich zu den geschützten Eigentumsrechten. Dabei ist die rechtliche Erscheinungsform der verschiedenen Einkommensarten unerheblich; ganz überwiegend besteht Einkommen in Forderungsrechten oder entsteht daraus. Mir scheint, daß die Vermögensrechte zwar nicht ausdrücklich oder institutionell durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG gegen entschädigungslose Wegsteuerung geschützt sind, wohl aber tendenziell. Ein sozial-revolutionäres Steuergesetz, dessen ausgesprochener Zweck die entschädigungslose Wegnahme von Vermögensrechten zwecks Übertragung an andere ist, könnte verfassungswidrig sein. Hierbei kommt es sehr auf die gesamten Umstände an. Ein solches Gesetz ist beispielsweise das Lastenausgleichsgesetz, dessen ausgesprochener Zweck eine gesellschaftsgestaltende Umwälzung der Besitzordnung durch entschädigungslose Wegnahme und Übertragung etwa des halben Volksvermögens im Laufe von 37 Jahren ist. Dieser ausschließlich gesellschaftspolitische Zweck kommt schon darin zum Ausdruck, daß die Abgaben des Lastenausgleichs nicht für den Staat, sondern für ein rechtsfähiges Sondervermögen erhoben werden, aus dem sie an die Kriegsgeschädigten neu verteilt werden. Niemand von uns wird dieses sozial-revolutionäre Gesetz, das dem Ausgleich der Kriegsfolgen dient und letztlich auch vom Gleichheitsgrundsatz gerechtfertigt wird, deshalb für verfassungswidrig halten.

Über den Zweck der Besteuerung sagt die Verfassung selbst nichts. Sie unterstellt, daß die Finanzgewalt der Deckung des Finanzbedarfes dient. Dieser Finanzbedarf ist eine subjektive, nach Art, Ausmaß und Zusammensetzung von politischen Vorstellungen bestimmte Größe. Die Frage der Verfassungswidrigkeit der Besteuerung könnte sowohl wegen der Verwendungszwecke der enteigneten Werte wie auch hinsichtlich der Art und des Ausmaßes der entschädigungslosen Fortnahme gestellt werden. Ich glaube nicht, daß die Finanzgewalt durch einen verfassungswidrigen Verwendungszweck der weggenommenen Gelder ihrerseits auch verfassungswidrig werden kann. Dafür ist der Zusammenhang zwischen dem einzelnen verfassungswidrigen Verwendungszweck im Rahmen der gesamten Staatszwecke und des gesamten Finanzbedarfes zu der einzelnen Besteuerungsmaßnahme allzu mittelbar.

Eher könnte die Finanzgewalt durch die Art des Eingriffs und sein Ausmaß in einem bestimmten Steuergesetz oder in einem bestimmten Anwendungsfall verfassungsrechtliche Be-

denken auslösen. Aber auch hier sind die Grenzen zwischen erlaubt und nicht mehr erlaubt recht unbestimmt und kaum bestimmbar. Die Wegsteuerung der höchsten Einkommen zu 90 vH oder mehr ist wegen dieses Ausmaßes allein sicherlich noch nicht verfassungswidrig. Es müssen jeweils materielle Gesichtspunkte der Steuergerechtigkeit verletzt sein, um von einem offensichtlichen Mißbrauch der Finanzgewalt sprechen zu können, der das Steuergesetz oder den einzelnen Steuereingriff nichtig macht. Dies würde z. B. für ein Steuergesetz gelten, das nichts anderes als die wirtschaftliche Vernichtung eines einzelnen Steuerpflichtigen oder einer Gruppe von Steuerpflichtigen bezweckt.

Mehr glaube ich zu diesem schwierigen Fragenkreis hier im Augenblick nicht sagen zu können. Sicherlich gibt es eine Grenze der Finanzgewalt, deren Überschreitung sie wegen Mißbrauchs der Staatsgewalt und wegen Verletzung elementarer Gerechtigkeitsvorstellungen verfassungswidrig macht. Diese Grenze allgemeingültig näher festzulegen, scheint mir unmöglich.

Das Bekenntnis zum sozialen Rechtsstaat — darin stimme ich Herrn Forsthoff und auch Herrn Krüger zu — steht in einem schwer lösbaren Spannungsverhältnis zur Eigentumsgarantie. Sozialgestaltung mit dem Mittel der Besteuerung ist ein legitimes Anliegen der Finanzgewalt im sozialen Rechtsstaat. So würde z. B. eine Erbschaftsteuer, die bei größeren Vermögen und entfernteren Verwandtschaftsgraden mehr als die Hälfte des Nachlasses, möglicherweise sogar den ganzen Nachlaß wegsteuert, nach meiner Meinung nicht verfassungswidrig sein.

Bedeutender für unser Problem als die Eigentumsgarantie scheint mir der Gleichheitssatz zu sein. Art. 3 GG setzt der Finanzgewalt qualitative und quantitative Grenzen. So halte ich z. B. den Entwurf des Kriegsfolgenschlußgesetzes für verfassungswidrig, soweit es nur die verbrieften, nicht aber die nichtverbrieften Ansprüche gegen das Reich anerkennt und mit einem bescheidenen Satz umstellt. Hier scheint es mir auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsanspruches gegen das Reich, nicht aber darauf anzukommen, ob und wie dieser Anspruch urkundlich verbrieft ist. Die Beurkundung eines Anspruchs ist für die Beweisfrage wichtig, nicht aber für seine rechtliche Existenz.

Das Wort vom Sozialstaat und vom sozialen Rechtsstaat ist für die staatsrechtliche Auslegung erschreckend vieldeutig. Damit hat sich die Tagung unserer Vereinigung im vergangenen Jahr befaßt. Mit der Forderung nach der Verwirk-

lichung eines sozialen Rechtsstaates können gewisse Grundbekenntnisse der Verfassung, in erster Linie die Eigentums-garantie, mittels der Finanzgewalt auf den Kopf gestellt werden. Die Mitglieder des parlamentarischen Rates, die 1949 der Verfassung zustimmten, haben sich unter dem sozialen Rechtsstaat durchaus Verschiedenes vorgestellt. Für die einen war das sozialstaatliche Adjektiv des Rechtsstaates sicher nicht mehr als ein Tropfen Öl zur christlichen Salbung liberaler Grundrechte. Andere haben darunter das offengehaltene Tor zu künftigen sozialreformatorischen Gesetzen verstanden. Ein legitimes Mittel zu diesem Ziel ist seit je die Anwendung der Besteuerungsgewalt. Die marxistische Doktrin mit ihren gesellschaftsbildenden Absichten bedient sich in den letzten Jahrzehnten weit mehr der Finanzgewalt als der groben Enteignung zur Verwirklichung ihrer gesellschaftsumbildenden Absicht. Jede Steuerbegünstigung, z. B. der kleinen Einkommens-empfänger oder der Kleinsparer, jede starke Progression im Steuertarif dient zugleich diesem sozialreformatorischen Ziele. Der Verwaltungsstaat bedient sich mit Vorliebe der Finanz-gewalt, um den Staatshaushalt zum großen Neu- und Anders-verteiler des Volkseinkommens und in gewissen Grenzen auch des Volksvermögens zu machen.

Es war das Anliegen meines Berichtes, auf diese geschichtlichen und politischen Zusammenhänge der Finanzgewalt hinzuweisen. Die verfassungsrechtliche Grundordnung erlaubt es kaum, aus dem Gedanken der freiheitlichen Demokratie oder aus dem des sozialen Rechtsstaates der Sozialgestaltung durch die Steuergesetzgebung handbare Grenzen zu setzen.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung

1. Bericht von Professor Dr. Dr. Erich Becker, Speyer

I

Die systematischen, begrifflichen und methodischen Grundlagen der Verwaltungsrechtslehre in Deutschland¹⁾ sind in einer geistesgeschichtlichen Situation entstanden, die durch Vorstellungen vom formalen Rechtsstaat, dem Rechtspositivismus und der Eingriffsverwaltung gekennzeichnet ist. Die Staatsrechtslehre jener Zeit²⁾ hat ein allgemeines Gewaltverhältnis mit Rechtsschutz des Individuums entwickelt und ein besonderes Gewaltverhältnis als Relikt des Obrigkeitsstaates konserviert. Die Anfänge der Verwaltungsrechtswissenschaft gehören einer Epoche an, in der Staat und bürgerliche Gesellschaft sich als autonome Machsträger gegenüberstehen³⁾, wobei dem Verwaltungsrecht die Rolle zufällt, zwischen Staat und Untertan die Machtgrenzen zu ziehen⁴⁾.

Obwohl die Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts unlösbar mit solchen zeitgeschichtlich bedingten Gegebenheiten verknüpft gewesen ist, baut die Verwaltungsrechtslehre der Gegenwart notwendigerweise auf den wissenschaftlichen Grundlagen des Verwaltungsrechtssystems, der verwaltungsrechtlichen Begriffe und der verwaltungsrechtlichen Methode auf, die seit Otto Mayer erarbeitet worden sind⁵⁾. Ihr fällt die Aufgabe zu, aus den Wandlungen der Verwaltungswirklichkeit die Folgerungen zu ziehen⁶⁾, weil sich sonst die Verwaltung

¹⁾ F. F. Meyer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, 1862. — O. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1887. — O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde. 1895/96, 3. Aufl. 1924.

²⁾ P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, 5. Aufl. 1911, S. 433 ff. — O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 108/109.

³⁾ L. v. Stein, Verwaltungslehre, 2. Aufl., Bd. I, S. 26 ff. — E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl. 1954, Bd. I, S. 54 ff.

⁴⁾ O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 13.

⁵⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 50. — M. Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1954, S. 17 ff., 32 ff.

⁶⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 50.

von einem Recht, das — wie Otto Mayer⁷⁾ sagt — ihr in „so verkrüppelter und unzweckmäßiger Gestalt geboten wird“, nach Möglichkeit fernhalten würde. Die Verwaltungsrechtswissenschaft wird um so mehr die Verwaltungswirklichkeit berücksichtigen müssen, als es der Verwaltungspraxis noch nicht gelungen ist, die vielfältigen neuen Aufgaben und die zu ihrer Erfüllung errichteten Verwaltungsorganisationen zu einem einheitlichen Ganzen zu ordnen. Dies ist die tiefe und verwirrende Problematik, von der Werner Weber⁸⁾ gesprochen hat. Im Unterschied zur älteren Auffassung wird sich die Verwaltungsrechtslehre sowohl mit der Verwaltungsorganisation als auch mit den Verwaltungsaufgaben befassen müssen, wie dies vor vielen Jahren schon Arnold Köttgen⁹⁾ getan hat, weil sie nicht aus der Verwaltungsrechtslehre mit Rücksicht auf die Verwaltungswirklichkeit ausgeschieden werden dürfen. Ich erinnere nur z. B. an die verwaltungsseigene Wirtschaftstätigkeit¹⁰⁾ sowie an die beliehenen¹¹⁾ und inpflichtgenommenen¹²⁾ Verwaltungen, an die ministerialfreien Räume¹³⁾, die Mischverwaltung¹⁴⁾ und an den Verwaltungsverbund, der durch den Finanzausgleich¹⁵⁾ und durch den Genehmigungsvorbehalt¹⁶⁾ deutlich gemacht worden ist. Die Kennzeichnung der modernen Verwaltungsstruktur muß von einer „vielschichtig gegliederten Einheit“ ihren Ausgang nehmen, wie Forsthoff¹⁷⁾ ausgeführt hat, wobei der „Dualismus zweier nach Funktion und Rechtsform verschiedenen Verwaltungssysteme“ beachtlich ist, je nachdem, ob sie die Sozialordnung als vorgegeben anerkennen oder gerade diese zu ordnen bestimmt sind.

7) O. Mayer, Justiz und Verwaltung (Rektoratsrede 1902, „Das Stiftungsfest der Kaiser-Wilhelm-Universität Straßburg“), S. 41.

8) W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, 1953, S. 9.

9) A. Köttgen, Deutsche Verwaltung, 3. Aufl. 1944, S. 139 ff., 171 ff.

10) E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. 1953, Bd. I, S. 479 ff., 518 ff.

11) E. R. Huber, Beliehene Verbände, DVBl. 1952, S. 456 ff. — Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 533 ff.

12) H. P. Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben (Festgabe für E. Kaufmann, 1950), S. 141 ff.

13) O. Loening, Der ministerialfreie Raum in der Staatsverwaltung, DVBl. 1954, S. 173 ff.

14) A. Köttgen, Der Einwand der Mischverwaltung und das Grundgesetz, DÖV 1955, S. 485 ff.

15) K. M. Hettlage, Der Gestalt- und Bedeutungswandel der gemeindlichen Selbstverwaltung seit 1919 (Festgabe für P. van Auel, 1950), S. 107 ff., S. 121.

16) O. Gönnerwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht (Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955), S. 511 ff., 517 ff.

17) E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 12, 66.

Entgegen einer weitverbreiteten Vorstellung¹⁸⁾ von der Ausklammerung gewisser Teile der Verwaltung aus dem Recht lautet meine erste These: Die gesamte öffentliche Verwaltung ist rechtsgebunden¹⁹⁾, einerlei ob sie sich öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher, technischer oder finanzieller, wirtschaftlicher oder anderer Mittel bedient. Deswegen ist auch z. B. nicht nur der Gesetzesvollzug mittels Verwaltungsaktes, sondern die gesamte Tätigkeit der kommunalen Selbstverwaltungsorgane der Rechtsaufsicht des Staates unterstellt. Die Lehre von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung reicht nicht aus, wenn sie die Bindung an Gewohnheitsrecht und oberste Rechtsgrundsätze nicht feststellt, die gerade für die nicht-gesetzesakzessorische Verwaltung wichtig ist. Verstehen wir allerdings hierunter die gesamte geschriebene und ungeschriebene Rechtsordnung²⁰⁾, dann sind Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit identifiziert. „Wir brauchen dazu keine gesetzgeberischen Neuerungen und keine obrigkeitlichen Eingriffe“, sagt Otto Mayer²¹⁾; „es genügt, daß das Vorhandene richtig erkannt und aufgefaßt werde. Es ist Juristenarbeit, die hier wieder einmal das Beste tun muß“.

Eine Änderung im verwaltungsrechtlichen Denken ist auch im Hinblick auf die Verwaltungsaufgaben erforderlich. Alle unmittelbaren Verwaltungsaufgaben sind Leistungsaufgaben zur Verwirklichung der Sozialordnung. Von den Verwaltungsaufgaben her gesehen²²⁾, steht im Mittelpunkt der Verwaltungstätigkeit nicht das Streitverhältnis zwischen Staat und Individuum, sondern die rechtmäßige Erfüllung von Leistungsaufgaben, wobei die dem Einzelnen zustehenden Rechte nicht außer acht gelassen werden dürfen. Mittelbare Verwaltungsaufgaben werden durch Komplementärfunktionen der eingreifenden Verwaltung und durch Hilfsfunktionen im besonderen Pflichtverhältnis erfüllt. Alle diese Komplementär- und Hilfsfunktionen sind der Leistungsverwaltung zugeordnet und dazu bestimmt, Leistungen zu ermöglichen und zu sichern.

¹⁸⁾ F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, 5. Aufl. 1870, Bd. II, S. 607 ff.

¹⁹⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 4.

²⁰⁾ BVerfGE Bd. I, S. 14 ff. v. 23. 10. 1951, Ls. 27.

²¹⁾ O. Mayer, Justiz und Verwaltung, S. 41.

²²⁾ E. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 2. „Nirgends in der verwaltungsrechtlichen Literatur findet sich ein Hinweis auf die Bedeutung und Aufgabe, welche der Verwaltung in den modernen Staaten zukommt — oder jedenfalls ist dieser Aufgabe und damit der faktischen Wirkungsweise der Verwaltung eine dogmatische Beachtung nicht geschenkt worden.“

Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsgerichte haben in dem Ausgleich zwischen staatlicher Notwendigkeit und individueller Freiheit Hervorragendes geleistet. Inzwischen aber ist die Freiheit durch die Gleichheit beschränkt worden. Die Leistungsaufgaben der öffentlichen Verwaltung haben aber eine solche Bedeutung erlangt, daß sie im Verwaltungssystem ihren Standort finden müssen, indem sie nach rechtlichen Gesichtspunkten gegliedert werden. Alle diese Verwaltungshandlungen sind nicht nur im Sinne der Verwirklichung des Gemeinwohles zweckgebunden, sondern finden auch, wenn sie nichtgesetzesakzessorisch sind, nach der Zuständigkeitsordnung, dem Grundsatz des sachgerechten Handelns und dem Haushaltsrecht ihre Erfüllung. Sollen sie vom Verwaltungsrecht als „dem der Verwaltung eigentümlichen Recht“²³⁾ ausgeschlossen sein? Die öffentliche Verwaltung beschränkt sich also nicht auf den Eingriff gegenüber dem Individuum, und das Verwaltungsrecht ist nicht allein auf das Spannungsfeld von obrigkeitlichem Zwang und persönlicher Freiheit, Verwaltungsakt und Schutz subjektiver öffentlicher Rechte ausgerichtet. Trotzdem ist dieses Kernstück des klassischen Verwaltungsrechts auch heute nicht überholt, denn die Bindung der Verwaltung an die Rechtmäßigkeit und der Verwaltungsrechtsschutz bei rechtswidrigen Akten der Verwaltungsbehörden gegenüber den Rechten des Einzelnen sind im Rechtsstaat unentbehrlich. Die Generalklausel ist nur um mindestens 80 Jahre verspätet in den meisten deutschen Ländern eingeführt worden.

Die Verwaltungsrechtsprechung ist ihrer Herkunft und ihrer Eigenart nach an der Eingriffsverwaltung orientiert, die es mit Belastungen zu tun hat²⁴⁾. Man kann auch sagen: Der Rechtsstaat ist herkömmlich auf den Bestand der Rechte des Bürgers gegen rechtswidrige Eingriffe gerichtet; der Sozialstaat ist auf Ansprüche des Bürgers gegen den Staat gerichtet. Indem wir Ansprüche auf öffentliche Leistungen bei Versagung dem Denkschema der Eingriffsverwaltung einordnen, erhalten wir über die Konstruktion des negativen Verwaltungsakts die Voraussetzungen für eine An-

²³⁾ O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 18. — W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 41. — Während die herrschende Lehre bisher unter Verwaltungsrecht das der Verwaltung zugeordnete öffentliche Recht versteht, erklärt A. Meckl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 83: „Für die Verwaltungsrechtslehre ist die Frage, ob das Verwaltungsrecht dem öffentlichen oder privaten Rechte angehört, müßig.“

²⁴⁾ H. Krüger, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 381.

fechtungsklage, wenn die Voraussetzungen für eine Leistungsklage nicht erfüllt sind.

Der Rechtsstaat wird durch die Rechtsprechung garantiert. Dabei aber sollte nicht außer acht gelassen werden, daß dieser Rechtsstaat abstrakt durch die Gesetze, konkret durch die Verwaltung realisiert wird.

Der Umbruch im verwaltungsrechtlichen Denken ist durch die Schrift von Forsthoff: „Die Verwaltung als Leistungsträger“ (1938) eingeleitet worden. Die Teilhabe an den Leistungen der öffentlichen Verwaltung schafft nicht nur Abhängigkeiten von der öffentlichen Hand, sondern überwindet auch persönliches Unvermögen und befreit von privaten Abhängigkeiten, die bei lebensnotwendigen, dem Wettbewerb unzugänglichen oder nur in Gemeinschaft tragbaren Leistungen unzumutbar wären. Die Leistungsverwaltung hat den Rahmen der Eingriffsverwaltung gesprengt und Funktionen der Sozialordnung übernommen, die nach Einordnung in das Verwaltungsrechtssystem verlangen.

Die Frage nach dem Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung rührt daher an grundsätzliche Probleme der Verwaltungsrechtswissenschaft, denen wir uns zuwenden müssen. „Die deutsche Wissenschaft des öffentlichen Rechts hat bewegte Zeit. Sie muß auf neuen Bahnen wandeln“²⁵). Ich bitte um Verständnis dafür, daß ich im Rahmen meines Vortrages nur Ausschnitte aus einem großen Thema in Kurzfassung zu bieten vermag. Nachdem der Herr Mitberichterstatte den Wunsch geäußert hat, sich besonders mit der Funktionenlehre, dem Ermessen und praktischen Fragen der Verwaltungsrechtsprechung zu befassen, möchte ich mich, um im Hinblick auf die Weite des Themas nach Möglichkeit Überschneidungen zu vermeiden, auf folgende Hauptgesichtspunkte beschränken:

Verwaltungsobliegenheiten und Verwaltungsrechtsprechung.
Verwaltungsaufgaben ohne und mit Verwaltungsweg.
Relationen zwischen öffentlicher Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung.

II

1. Ausgangspunkt aller Überlegungen ist die Erklärung von Otto Mayer: „Verwaltung ist Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung“²⁶. Da

²⁵) O. Mayer, Justiz und Verwaltung, S. 41.

²⁶) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I, S. 13. — Alle sechs Hauptworte sind im einzelnen ebenso umstritten wie die ganze Definition. Zu den Streitpunkten gehört z. B. die Abgrenzung der „Verwaltung“ zur Verfassung, zur Regierung, zur Vollziehung, zur Rechtsprechung usw.; die Verschiedenheit der „Tätig-

es in diesem Zusammenhang nicht möglich ist, die Bedeutung jedes der sechs umstrittenen Hauptworte zu untersuchen, soll nur die alte Frage nach dem Verhältnis von Verwaltung und Rechtssatz²⁷ gestellt werden. Die Vorstellung von der bloßen Zweckbindung²⁸) der nichtgesetzesakzessorischen Verwaltung erscheint ebenso korrekturbedürftig wie die Annahme, daß die Verwaltung nach der juristischen Konstruktion nichts anderes sein könne als Ausführung der Gesetze²⁹). Demgegenüber ist festzustellen, daß nur ein Teil der Verwaltung Gesetzesakzessorisch ist und daß auch die nichtgesetzesakzessorische Verwaltung rechtsgebunden ist. Die rechtssatzmäßige Gebundenheit der Verwaltung verlangt Handeln auf Grund eines Rechtssatzes, bedeutet aber nicht, daß die rechtssatzgebundene Verwaltung sich in exekutorischen Akten erschöpft³⁰); diese stellen vielmehr die Ausnahme dar. Nur formell entspricht die Rechtssatzgebundenheit der Verwaltung der rechtssatzgebundenen Funktion der Verwaltungsrecht-

keit“ als Rechtsetzung, Entscheidung, Handeln aller Art; die Ergänzung der „Staatsverwaltung durch die Verwaltung eingegliedelter rechtsfähiger Verwaltungen (Eigenverwaltung, Selbstverwaltung, beliehene Verwaltung usw.); die Divergenz der „Zweckverwirklichung“ durch Konkretisierung der Staatsfunktionen sowie die Ermittlung der „Staatszwecke“ selbst; die Meinungsverschiedenheit über die „Rechtsordnung“ als gesetzliche Ordnung oder umfassende rechtssatzgebundene Ordnung (einschließlich des Gewohnheitsrechts und der Konkretisierung allgemeiner und besonderer Rechtsgrundsätze sowie verfassungsgestaltender Grundentscheidungen) und die Überwindung der Rechtsordnung als „Schranke des Dürfens“ usw.; die Unterscheidung der Aufgaben, Kompetenzen, Befugnisse und Funktionen. Vgl.: P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl., 1901, S. 159 ff., 163 ff. — G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. II, 1922, S. 595—624. — B. Beyer, Kritische Studien zur Systematisierung der Staatsfunktionen, ZgesStW 67 Jg. (1911), S. 421 ff., 605 ff. — Hdb.DStR, Bd. 2, 1932, S. 108—571: Die Funktionen der Staatsgewalt; S. 108 ff. — R. Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze. — C. Wienecke, Staat und Verwaltung vom Techniker gesehen. Versuch einer Systematik der Verwaltung als Funktionstheorie, Schmollers Jahrbuch, 71. Jg. (1951), S. 65—92.

²⁷) Zuletzt erörtert von Chr. Fr. Menger, Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Prolegomena zu einer Lehre von den Möglichkeiten und Grenzen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. DÖV 1955, S. 587 ff.

²⁸) Z. B.: P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl., Bd. II, S. 165 f. — G. Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 1891, S. 53, 82.

²⁹) H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, S. 503.

³⁰) Gegen die Auffassung von der Verwaltung als bloßem Normenvollzug (so: Ph. Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, VerwArch., Bd. II, S. 140 ff.; R. H. Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, 1921, S. 1 ff.), vgl. E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 11, 42.

sprechung. Materiell-rechtlich unterscheiden sich Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung nicht nur durch die Gegenüberstellung von Verwaltungsermessen und richterlichem Ermessen³¹⁾, sondern besonders durch die Verschiedenheit der Aufgaben und Funktionen der öffentlichen Gewalt.

Das zeigt sich besonders, wenn wir uns mit der nichtgesetzesakzessorischen Verwaltung befassen. Sie ist zu Unrecht im Zeitalter des Rechtspositivismus als rechtlich irrelevant³²⁾ bezeichnet worden. Für diese gestaltende Verwaltung ohne Gesetzesvollzug ist das Recht Ermächtigung, Verpflichtung, Begrenzung und Zielbestimmung³³⁾ im Sinne einer materialen Rechtsstaatsauffassung³⁴⁾. Das Recht ist also auch hier nicht bloß „Schranke des Dürfens“³⁵⁾ und nicht nur „Mittel zum Zweck“³⁶⁾, sondern Urgrund allen Verwaltungshandelns durch Verwirklichung des Gemeinwohls in Gerechtigkeit³⁷⁾. Verwaltungshandlungen im nichtgesetzesakzessorischen Bereich sind an die Zuständigkeitsordnung, die durch die Verfassung, Gewohnheitsrecht oder einfaches Gesetz begründet sein kann, an das Haushaltsrecht, an die sachgerechte Entscheidung und das Gemeinwohl gebunden; dies kann in der Verwaltungs-

³¹⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 5, Note 2.

³²⁾ Insoweit bezeichnet Kelsen die Verwaltung als wirtschaftlichen Begriff, nicht als Rechtsbegriff. „Verwalten ist eine Zweck-tätigkeit, es ist die planmäßige Verfügung über eine Gütermenge mit der Tendenz, dieselbe zu erhalten und zu vermehren. In diesem Sinne ist Verwaltung eine Tätigkeit, die vom Rechte ganz unabhängig, ja sogar ohne Rechtsordnung denkbar ist.“ — „Allein diese Betrachtungsweise führt niemals zur Erfassung des rechtlich Relevanten!“ (Kelsen, Hauptprobleme, S. 493, 494).

³³⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VöVDStRL, Heft 12 (1954), S. 63.

³⁴⁾ Chr. Fr. Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 1953, S. 6. — H. Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats (Festgabe für Giacometti), S. 59 ff. — E. Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, 1953. — G. Dürig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 193 ff. — E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VöVDStRL Heft 12, S. 8 ff.

³⁵⁾ Fr. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, Bd. II, S. 607 ff.

³⁶⁾ F. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1928, S. 7. — H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 6, womit gezeigt wird, daß in erheblichem Umfang auch „außerrechtliche Faktoren in der Verwaltung entscheidend sind“.

³⁷⁾ H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 69 f., 191. — Rechtsstaat und Rechtssicherheit (Recht, Staat, Wirtschaft, 1951, Bd. III), S. 67. — H. J. Wolff, Die Gerechtigkeit als principium juris (Festschrift für W. Sauer, 1949), S. 103 ff. — E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, S. VI, 4, 62, 136. — O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 39.

rechtswissenschaft nicht unbeachtet bleiben. Die gestaltende Verwaltung ist nicht bloße Zwecktätigkeit, nicht Willkürhandlung nach Belieben im rechtsleeren Raum, sondern in höchstem Maße dem Recht verpflichtet. Der Bereich der gestaltenden Verwaltung nichtgesetzesakzessorischer Art ist sehr groß und übertrifft in zahlreichen Verwaltungsbehörden die gesetzesakzessorische Verwaltung an Umfang und Bedeutung um ein Vielfaches. Hier hat sich die schöpferische Tätigkeit bei Erfüllung von Leistungsaufgaben aller Art am meisten entfaltet. Die Mehrzahl gesetzgebender Aufgaben ist in der Verwaltung bereits erfüllt worden, bevor der Gesetzgeber ihrer gedacht hat, wie überhaupt die Gesetzgebung in Rechtsätzen meist vorschreibt, wofür sich vorher ein Bedürfnis in der Verwaltung herausgestellt hat³⁸⁾.

³⁸⁾ I. Aus dem kommunalen Bereich: Verkehrs- und Versorgungsunternehmen, Krankenhäuser, Schulen ohne Schulpflicht, Schwimmbäder, Ausbau von Straßen und Kanalisation, Altersheime, Erschließung von Siedlungsgrundstücken, Anwerbung von Gewerbebetrieben unter günstigen Bedingungen, Betreuung kultureller Einrichtungen, Anlage von Parkanlagen u. a. m.

II. Aus dem Bereich der Verwaltung der Länder: Planungen und Maßnahmen in der Ordnungs-, Sozial-, Kultur- und Wirtschaftsverwaltung. Gesundheitsvorsorge über die gesetzliche Verpflichtung hinaus; Maßnahmen zur Unfallverhütung; wirtschaftliche Eingliederung der Flüchtlinge; Errichtung und Unterhaltung von Schulen ohne Schulpflicht, Hochschulen und wissenschaftlichen Forschungsinstituten, Lehrgütern, landwirtschaftlichen Versuchsanstalten, chemischen und bakteriologischen Untersuchungsanstalten; soziale Hilfsmaßnahmen aller Art, Katastrophenhilfe, Grenzlandhilfsprogramme; Förderungsmaßnahmen auf allen Gebieten, z. B. Planung von Industriestandorten, großräumige Verkehrsplanung, wirtschaftliche Gesamtplanung, Förderung der Industrialisierung durch Schaffung günstiger Verkehrsverbindungen, Anregungen und Beihilfen auf kulturellen und wirtschaftlichen Gebieten, Förderung der Jugendpflege, der Landwirtschaft, des Handwerks, der gewerblichen Wirtschaft, des Bergbaus, der Energieversorgung, des Fremdenverkehrs usw.

III. Aus dem Bereich der Verwaltung des Bundes: Planungen und Maßnahmen auf allen Gebieten der Bundesverwaltung. Insbesondere auch: Errichtung und Unterhaltung zahlreicher Bundesanstalten im Bereich der Bundesministerien des Innern, für Wirtschaft, für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, für Verkehr. Verwaltung des Bundesvermögens. Subventionen, Bürgschaften, Darlehen. Investitionen für Aufbauprogramme, Exportförderung, Förderung von Industrien und Notstandsgebieten, Zuschüsse für gemeinnützige Institutionen aller Art, Frachtausgleich für Zonenrandgebiete, Führung von Exporthandbüchern, Vergebung von öffentlichen Aufträgen. Beratungen, Zielsetzungen, Anregungen, Warnungen, Verhandlungen, Aufklärungen und Einflußnahmen aller Art. Auf sehr vielen Gebieten der Bundesverwaltung überwiegt die nichthoheitliche Tätigkeit, die nicht immer gesetzlich geregelt ist.

Ganz in diesem Sinne hat Hans J. Wolff³⁹⁾ erst vor kurzem auseinandergesetzt, wie aus den Fundamentalnomen allgemeiner und besonderer Rechtsgrundsätze und aus verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen erst eine rechtssatzmäßige Konkretisierung an Hand eines typischen Sachverhalts stattfinden muß, bevor die Rechtsanwendung im konkreten Fall möglich ist. Solche allgemeinen Rechtsgrundsätze betreffen z. B. die Menschenwürde, die Gleichheit, die guten Sitten, Treu und Glauben, die Rechtssicherheit, das Willkürverbot, das Gemeinwohl. Zu den besonderen (abgeleiteten) Rechtsgrundsätzen gehören z. B.: Das Verbot der Entscheidung in eigener Sache, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, Verbot der Rechtsbeeinträchtigung ohne rechtlichen Grund, Zulässigkeit obrigkeitlicher Eingriffe gegen Entschädigung bei dringendem Erfordernis des Gemeinwohls, das Gebot des geringsten Eingriffs, Recht und Pflicht der Gefahrenabwehr usw.

Verfassungsgestaltende Grundentscheidungen ergeben sich z. B. aus den demokratischen, bundesstaatlichen und sozialrechtsstaatlichen Staatszielbestimmungen. Damit werden die gestaltenden Verwaltungsaufgaben aus der Vorstellung von der „Zufälligkeit des Rechts“^{39a)} befreit und der Rechtsordnung eingefügt, von der sich die Verwaltung nicht lösen kann und nicht lösen will. Für die Verwaltungsrechtswissenschaft ergibt sich aber ein neues Feld ihrer Arbeit, das zu lange schon brachgelegen hat, seitdem neben der formalen auch die zweckbestimmte, materiale Seite des Rechtsstaats erkannt worden ist⁴⁰⁾. In den Mittelpunkt des verwaltungsrechtlichen Denkens müssen wir mehr als seither die Sorge um das rechtmäßige Verwaltungshandeln stellen, ohne den Rechtsschutz des Einzelnen bei rechtswidrigen Verwaltungshandlungen außer acht zu lassen, so wie Otto Mayer gesagt hat: „Unser Staat kann

Eine systematische Übersicht wird erst möglich sein, wenn die Arbeiten im Statistischen Bundesamt zur Aufstellung eines funktionellen Haushalts (an Stelle des institutionellen Haushalts) abgeschlossen sind. — Weitere Nachweise der nichtgesetzesakzessorischen Verwaltung bei A. Köttgen, Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, Jb. ö. R., N.F. 3, 1954, S. 67 ff., 78 ff.

³⁹⁾ H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955), S. 33 ff. — Chr. Fr. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 70 ff.

^{39a)} A. Haenel, Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Studien zum deutschen Staatsrecht, Bd. II), S. 215.

⁴⁰⁾ H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? (1930), S. 8. — W. Kägi, Rechtsstaat und Demokratie (Festgabe für Giacometti, 1953), S. 132. — Vgl. hierzu auch die oben Note 34 und 37 genannten Schriften.

heutzutage auch in der Verwaltung nicht mehr sein ohne das Gewand der Rechtsordnung⁴¹⁾.

Verwaltungstätigkeit ist Verwirklichung der Verwaltungszwecke für den konkreten Fall im Sinne einer Sozialgestaltung nach der Rechtsordnung⁴²⁾.

Verwaltungsrechtsprechung ist Tätigkeit der von den anderen Staatsfunktionen unabhängigen Verwaltungsgerichte, unter Anwendung des geltenden Rechts auf einen konkreten Sachverhalt auszusprechen, was Rechtens ist⁴³⁾.

Im Verhältnis zum Rechtssatz besteht bei der Verwaltungsrechtsprechung zwar die gleiche Bindung wie bei der Verwaltung, aber nicht dieselbe Beschränkung hierauf; denn die Verschiedenheiten der Aufgaben löst Tätigkeiten aus, die nach Art und Zweckbestimmung grundsätzlich divergieren. Nach Bettermann ist die Rechtsnorm für die Verwaltung Verhaltensmaßstab, für die Rechtsprechung Beurteilungsmaßstab⁴⁴⁾.

2. Nachdem Forsthoff⁴⁵⁾ in der fehlenden Bewältigung der heutigen „wichtigen Verwaltungsobliegenheiten“ einen „ernsten Mangel der verwaltungsrechtlichen Systembildung“ erkannt hat, „dessen Behebung als eine der vordringlichsten Aufgaben bezeichnet werden muß“, bleibt uns aufgegeben, zur systematischen Ordnung der Verwaltungsobliegenheiten im Verwaltungsrechtssystem beizutragen, wenn es sich auch nur um einen Versuch handeln kann. Von der Behandlung der Ungereimtheiten der Funktionenverteilung muß ich allerdings Abstand nehmen⁴⁶⁾. Ich muß mich auf die Verwaltungsobliegenheiten der öffentlichen Verwaltung beschränken. Die am Gegensatz von staatlicher Obrigkeit und bürgerlicher Freiheit orientierte Eingriffsverwaltung, die der Idee eines Gegensatzes zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Ordnung entspricht, beherrscht so sehr das Verwal-

⁴¹⁾ Otto Mayer, Justiz und Verwaltung, S. 41.

⁴²⁾ Übersicht bei: E. Becker, Stand und Aufgaben der Verwaltungswissenschaft (Festschrift für Fr. Giese, 1953), S. 9 ff.

⁴³⁾ R. Thoma, Die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriffe und Grundsätze, HdbDStR Bd. II, S. 129. — E. Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung usw. (Festschrift für R. Thoma, 1950), S. 21 ff. — Chr. Fr. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 49.

⁴⁴⁾ K. A. Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955), S. 363.

⁴⁵⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 284.

⁴⁶⁾ R. Thoma, Die Funktionen der Staatsgewalt, S. 117—120.

tungsrecht, daß darüber die bereits seit dem 19. Jahrhundert immer deutlicher in Erscheinung getretene Leistungsverwaltung zu lange unbeachtet geblieben oder stark vernachlässigt worden ist. Denn der Anspruch auf Teilhabe am Sozialprodukt, den der vierte Stand angemeldet hatte, ist durch Gesetzgebung und Verwaltung schrittweise verwirklicht worden⁴⁷⁾, ohne die nötige Beachtung im Verwaltungssystem zu finden. Die Verwaltungsrechtswissenschaft hat sich auf die Erkenntnisse von Wilhelm v. Humboldt, Kant, Hegel, Stahl und Gneist gestützt, nicht dagegen auf Robert v. Mohl und Lorenz v. Stein. Sie hat sich nicht dem Schutz-, Rechts-, Kultur- und Wohlfahrtszweck des Staates zugewandt und der Verwirklichung des Gemeinwohls in Gerechtigkeit nur geringe Beachtung zuteil werden lassen. Die Auffassung Mohls⁴⁸⁾, der Staat habe Eingriffe „auf das Notwendige zu begrenzen“ und die „Leistung des wirklich Erforderlichen“ sicherzustellen, ist ebenso wenig berücksichtigt worden wie sein Gebot, der Rechtsstaat habe die Aufgabe, „Schutz und Unterstützung zu gewähren“. Die Verwaltung hat aber ebenso hiernach gehandelt wie nach dem Grundsatz Lorenz v. Steins⁴⁹⁾ von der sozialen Verwaltung. Die Staatszweckbestimmung im Vorspruch der Bismarckschen Reichsverfassung, die auf Schutz, Recht und Wohlfahrt gerichtet war, galt als ebensowenig vollziehbar, wie die Ausführungen Bismarcks von 1881: „Neben den defensiven, auf den Schutz bestehender Rechte abzielenden [Aufgaben] liegt nach moderner Staatsidee dem Staate auch die Aufgabe ob, durch zweckmäßige Einrichtungen und durch Verwendung der zu seiner Verfügung stehenden Mittel der Gesamtheit das Wohlergehen aller seiner Mitglieder, und namentlich der schwachen und hilfsbedürftigen, positiv zu fördern⁵⁰⁾“. Georg Jellinek⁵¹⁾ hatte schon 1900 der obrigkeitlichen die soziale Tätigkeit des Staates gegenübergestellt. Otto Mayer hatte 1902 den Staat als öffentlichen Unternehmer für die wichtigsten

⁴⁷⁾ E. Rosenthal, Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode, 1913, S. 17 ff.

⁴⁸⁾ R. v. Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Aufl. 1832, 2. Aufl. 1844, 3. Aufl. 1866, Bd. I S. 19, 28.

⁴⁹⁾ L. v. Stein, Die Verwaltungslehre, Erster Teil: Die vollziehende Gewalt, 2. Aufl. 1869, S. 31.

⁵⁰⁾ Rosin, Grundzüge der allgemeinen Staatslehre nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismarck, „Annalen des Deutschen Reiches“, 1898, S. 86.

⁵¹⁾ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 622 ff.

Zweige des Gemeinlebens bezeichnet⁵²⁾. Eduard Rosenthal⁵³⁾ glaubte bereits 1913 die Idee der sozialen Gerechtigkeit verwirklicht. Und Walter Jellinek⁵⁴⁾ schrieb auf Grund seiner Verwaltungserfahrung 1928: „Die obrigkeitliche Verwaltung wird uns als die dem Staate eigentümliche Verwaltung in erster Linie beschäftigen. Sie ist aber nicht die einzige Form von öffentlicher Verwaltung, für das Wohl und Wehe der Bevölkerung vielleicht nicht einmal die wichtigste“. Demgegenüber hatte Kelsen (1911) erklärt⁵⁵⁾: „Der ganze unbegrenzte Komplex desjenigen menschlichen Verhaltens, das „ohne Verletzung der Rechtsordnung“ erfolgt, das innerhalb der Rechtsschranken sich vollzieht, ist juristisch vollkommen unqualifizierbar, für die formal-juristische Konstruktion nicht zu erfassen“. Die Erfüllung von Rechtspflichten soll nach Kelsen nur als „Rechtsverletzung mit negativem Vorzeichen“ rechtlich qualifiziert werden. Nach seiner Lehre ist rechtmäßiges Verhalten „rechtlich irrelevant“. Es interessieren nur: „Unrecht, Rechtswidrigkeit, Rechtsverletzung!“ Unter diesem Aspekt ist die Eingriffsverwaltung zu sehen. Ihre Gebote, Verbote, Verpflichtungen zum Dulden und Unterlassen, Erlaubnisse, Dispense, Genehmigungen, Verleihungen und ihre Versagung sowie die Forderung von Abgaben sind hoheitliche Mittel zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, die nicht nur aus Eingriff in Freiheit und Eigentum, sondern mittelbar auf Erfüllung von Leistungsaufgaben gerichtet sind. „Nicht das Mittel und nicht die Form, sondern die Aufgabe und das Ziel sind das die öffentliche Verwaltung Charakterisierende⁵⁶⁾“. Hans Peters⁵⁷⁾ hat die Verwaltung von den Staatszwecken her bestimmt. H. Krüger⁵⁸⁾ hat sich neuerdings mit Gesetzeszweck und Verwaltungszweck befaßt. Schon R. Thoma hat 1932 erklärt: „Es kann juristisch gefragt werden, welche Aufgaben [der Staat] nach Maßgabe seiner Rechtsordnung erfüllen soll⁵⁹⁾.“ Die Eingriffsverwaltung stellt also im Hinblick auf den Verwaltungszweck

⁵²⁾ O. Mayer, Justiz und Verwaltung, S. 40.

⁵³⁾ E. Rosenthal, Der Wandel der Staatsaufgaben usw., S. 27.

⁵⁴⁾ W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1931, S. 21.

⁵⁵⁾ H. Kelsen, Hauptprobleme, S. 497.

⁵⁶⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 62.

⁵⁷⁾ H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 3. — Vgl. a. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. 1922, S. 230 ff.

⁵⁸⁾ H. Krüger, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 519 ff.

⁵⁹⁾ R. Thoma, Die Funktionen der Staatsgewalt, Hdb.DStR, Bd. II, S. 109.

eine Komplementärfunktion zur Erfüllung von Leistungsaufgaben dar.

Die Verwaltung erschöpft sich nicht in Rechtsanwendung, sondern muß auch nach ihren Aufgaben und Tätigkeiten differenziert werden, wenn die Bedeutung der Verwaltungshandlungen sichtbar werden soll.

Die Verwaltungsgerichte müssen diese Differenzierungen beachten, wenn sie die Grenzen des Ermessens prüfen. Wer zwischen Rechtswidrigkeit und Zweckwidrigkeit unterscheiden will, muß Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit kennen.

Auch die Hilfsfunktionen der öffentlichen Verwaltung im besonderen Pflichtenverhältnis bewegen sich nicht im rechtsleeren Raum; persönliche Rechte und Rechtsstellungen sind geschützt⁶⁰). Soweit diese Hilfsfunktionen nicht auf gesetzliche Vorschriften zurückgehen, sind sie an oberste Rechtsgrundsätze gebunden, deren Verletzung Rechtsfolgen auslöst; denn die rechtlichen Beschränkungen im besonderen Pflichtenverhältnis sind nur begründet, soweit sie zur Erfüllung der Verwaltungsaufgabe notwendig und weder gesetz- noch rechtswidrig sind. Die Inpflichtnahme nach dem „Hausrecht“ findet ihre Grenze dort, wo das allgemeine Rechts- und Pflichtenverhältnis seinen Anfang nimmt. Leistungsansprüche stützen sich nicht nur auf subjektive öffentliche Rechte, sondern gelten auch dann, wenn eine Begünstigung objektiv-rechtlich gewollt ist⁶¹). Ihre Versagung darf weder dem Gleichheitsgrundsatz noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch anderen obersten Rechtsgrundsätzen zuwiderlaufen. Nur mit Hilfe der persönlichen und sächlichen Mittel, über die die öffentliche Verwaltung im besonderen Pflichtenverhältnis verfügt — zu denken ist besonders an den öffentlichen Dienst⁶²) und die öffentlichen Anstalten⁶³) — vermag sie ihre Leistungsaufgaben zu erfüllen.

⁶⁰) C. H. Ule, Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, 1951, S. 38 ff., 41 ff., 48 ff. — O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 58 ff. — H. Krüger, Der Verwaltungsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, NJW 1953, S. 1369 ff.

⁶¹) O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 73, 74.

⁶²) C. H. Ule, Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, S. 34 ff.

⁶³) A. Köttgen, Das Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VöVDStRL, Heft 6, 1929. — W. Weber, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 1943. — E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, S. 314 ff., 384 ff. — E. Becker, Anstalten des öffentlichen Rechts, Hdwb. SozWiss., Bd. I, 1953, S. 208 ff.

Gegenüber der mittelbaren Aufgabenerfüllung durch Komplementär- und Hilfsfunktionen sind die Aufgaben und Funktionen der Leistungsverwaltung auf Erfüllung unmittelbarer Verwaltungsobliegenheiten gerichtet. Die (materiellen) Aufgaben und die (formellen) Tätigkeiten im öffentlichen Dienst erstreben sozialgerechte Leistungen, die in Verwirklichung der Verwaltungszwecke am konkreten Fall das Gemeinwohl realisieren. Jede Art sozialer Bedürftigkeit verweist die Menschen auf die Verwaltung, wenn sie diese Bedürftigkeit nicht beheben können und sie von Dritten nicht behoben wird.

Man hat die Verwaltungstätigkeit nach hoheitlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten nach obrigkeitlichen, betreuenden und fiskalischen Funktionen, nach eingreifender und gewährender Verwaltung, Ordnungs- und Leistungsverwaltung, gesetzesakzessorischer und nichtgesetzesakzessorischer Verwaltung, allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis gegliedert und dabei nicht immer beachtet, daß die gesamte Verwaltungsfunktion in Verwirklichung der Staatszwecke⁶⁴⁾ und auf dem Boden des Rechts⁶⁵⁾ auf Leistungen gerichtet ist, einer Summe von Verwaltungsaufgaben, denen Mittel verschiedenster Art zur Erreichung dieser Zwecke zugeordnet sind. Zuerst hat dies Erich Kaufmann⁶⁶⁾ bereits 1914 erkannt, als er ausführte: „Verwaltung ist der Inbegriff der ‚Leistungen des Staates‘; sie „differenziert sich nach den Zwecken und Aufgaben, deren Lösung sich der Staat unterzieht.“

Leistungsaufgaben sind alle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, die der Allgemeinheit oder bestimmten Einzelnen unmittelbar zu dienen bestimmt sind⁶⁷⁾. Sie gliedern sich nach Daseinsvorsorge, Fürsorge und Überwindung allgemeiner Notlagen sowie Einzelförderungen. Die Artikel 1 und 2 GG enthalten ein Mindestmaß an Leistungen nach Maßgabe der Art. 20, 28 GG. Leistungen der öffentlichen Verwaltung sind entweder jedermann oder Personengruppen oder Einzelnen zugänglich.

⁶⁴⁾ H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 3.

⁶⁵⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 5/6.

⁶⁶⁾ E. Kaufmann, Verwaltung, Verwaltungsrecht (Wb. DStu-VR, 1914, Bd. III), S. 688. — Für die Unterscheidung von Aufgaben und Befugnissen vgl. bayer. VGH v. 15. 3. 1951, VRspr. III, 1951, S. 597 f.

⁶⁷⁾ Vgl. hierzu: E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 287.

Zur Daseinsvorsorge⁶⁸⁾ gehören alle Leistungen zugunsten der Allgemeinheit, die jedermann zur Verfügung stehen, sowohl lebensnotwendige als auch nicht unbedingt lebensnotwendige. Hierher gehören 1. alle äußeren Funktionen der Ordnung und Sicherheit⁶⁹⁾ sowie 2. allgemeine Leistungen auf sozialem, kulturellem und wirtschaftlichem Gebiet⁷⁰⁾, die ohne Zulassung als Sachen im Gemeingebrauch⁷¹⁾, mit Zulassung z. B. in öffentlichen Anstalten bzw. öffentlichen Einrichtungen jedermann dargeboten werden⁷²⁾. Hinzu treten Maßnahmen der öffentlichen Versorgung kraft gesetzlicher Tatbestandserfüllung⁷³⁾ und der öffentlichen Versicherung auf Grund der vertraglich vereinbarten (z. T. obligatorischen) Beitragsleistungen⁷⁴⁾.

Öffentliche Fürsorge⁷⁵⁾ wendet sich nicht an jedermann wie die Daseinsvorsorge, sondern dient der Unterstützung von Hilfsbedürftigen; sie ist in der Regel repressiv, prinzipiell subsidiär, immer singulär, gesetzlich mindestens auf den notwendigen Lebensbedarf beschränkt und grundsätzlich erstattungspflichtig. Öffentliche Versorgung und öffentliche Versicherung gehören zur Daseinsvorsorge, nicht zur öffentlichen Fürsorge.

Die Überwindung allgemeiner Notlagen⁷⁶⁾ kann vorsorgenden Charakter haben — wie etwa die Bewirtschaftung

⁶⁸⁾ K. Jaspers, Die geistige Situation der Zeit, 1931, S. 27 ff. (Erster Teil: Grenzen der Daseinsordnung). — E. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 1 ff. — Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 284 ff.

⁶⁹⁾ Herstellung und Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind nur in den Mitteln häufig an der Eingriffsverwaltung orientiert, nicht aber im Hinblick auf den Zweck. Sicherheits- und Ordnungsaufgaben der öffentlichen Verwaltung stellen eine Leistung ersten Ranges dar, die keineswegs allein auf Eingriffe allein abstellt, sondern auf Vorsorge des menschlichen Daseins gerichtet ist. Ihre Erfüllung ist zugleich unerläßliche Voraussetzung für die Verwirklichung aller anderen Leistungen der öffentlichen Verwaltung und der Menschen überhaupt. Öffentliche Sicherheit und Ordnung sind am Gemeinwohl, nicht am „Störer“, orientiert.

⁷⁰⁾ Soziale Vorsorge aller Art, allgemeine Kulturförderung, allgemeine Wirtschaftsförderung.

⁷¹⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 300 ff.

⁷²⁾ Muntzke-Schlempp, Kommentar zur hessischen Gemeindeordnung, 1954, S. 383—419; 419—424. — Entscheidend ist die Bereitstellung zur allgemeinen gleichgeregelter Benutzung.

⁷³⁾ Z. B. Kriegsopferversorgung, Versorgung nach Art. 131 GG, Lastenausgleich.

⁷⁴⁾ Z. B. Sozialversicherung, Gebäudebrandversicherung etc.

⁷⁵⁾ Vgl. O. Jehle, Fürsorgerecht, 1950.

⁷⁶⁾ Vorsorgenden Charakter haben z. B. Preisstop, die Kontingentierung u. a. m., fürsorglicher Art ist z. B. die Behebung der Hilfsbedürftigkeit von Hochwassergeschädigten usw.

und Zuteilung — oder aber fürsorgerrischen Charakter wie bei der Behebung der Flüchtlingsnot sowie der Not der sonstigen Kriegsgeschädigten, Katastrophenbetroffenen usw. Es handelt sich meist um Behebung der Hilfsbedürftigkeit großer Teile des Volkes, die gesetzlich nicht vorausbestimmbar ist.

Schließlich gehören hierher als Leistungsaufgaben Einzel-förderungen, besonders auf kulturellem⁷⁷⁾ und wirtschaftlichem⁷⁸⁾ Gebiet, die — wie auch bei der Versorgung und in anderen Fällen — Verteilungsfunktionen⁷⁹⁾ der Verwaltung im Hinblick auf die Teilhabe am Sozialprodukt in beträchtlichem Umfang auslösen. Allerdings liegt die Perfektion des individuellen Schutzes, den der Einzelne gegenüber der Güterverteilung hat, nicht im Sinne des Rechtsstaates. Der Wunsch nach Wohltaten erscheint aber noch größer als die Abneigung gegen Belastungen⁸⁰⁾, obwohl in der Regel Wohltaten in gleicher Weise Abhängigkeiten zur Folge haben, wie überhaupt das Streben nach sozialer Sicherheit oft die Abhängigkeit vermehrt.

Die öffentliche Verwaltung ist auch bei nichtgesetzesakzessorischer Verwaltungstätigkeit an die Achtung der Grundrechte gebunden, die unmittelbar geltendes Recht nicht nur im allgemeinen und im besonderen Rechts- und Pflichtenverhältnis, sondern auch bei staatlichem Handeln in den Formen des Privatrechts sind⁸¹⁾. Das ergibt sich aus Art. 1, III und Art. 20, III GG. Dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz auf dem Gebiet der gewährenden Verwaltung entspricht die Erkenntnis, daß die Entscheidungen über Gewährungen hoheitlicher Natur

⁷⁷⁾ Z. B. Stipendien, Kulturpreise, Beihilfen etc.

⁷⁸⁾ Z. B. Subventionen, Bürgschaften, Darlehen usw. — Vgl. a.: A. Kötting, Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953 S. 485 ff.

⁷⁹⁾ Es ist vielleicht überspitzt, zum mindesten übergangsbedingt, wenn die öffentliche Verwaltung gelegentlich „allmächtig“ oder „entmachtet“ genannt wird. In einer Zeit umschichtender „Verteilung“ des Sozialprodukts wird man nicht übersehen dürfen, daß die „klassischen“ Leistungsaufgaben i. S. von E. Kaufmann bleibenden Bestand haben, während die Einzelförderung situationsgebunden und nur zulässig ist, wenn dadurch mittelbar das Gemeinwohl gefördert wird. Allerdings: „Kein Dauerzustand ist denkbar, der befriedigend wäre.“ K. Jaspers, aaO. S. 58.

⁸⁰⁾ H. Krüger, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsordnung, DVBl. 1955, S. 381. — Vgl. a. Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Berichte von U. Scheuner und A. Schüle, VöVDStRL, Heft 11, 1954, S. 1 ff. und 75 ff. — Forsthoff, aaO., S. 439.

⁸¹⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 56 ff. — G. Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung (Festschrift für H. Nawiasky, 1956), S. 157 ff.

sind, und zwar unabhängig davon, ob sich die Gewährung selbst in den Formen des bürgerlichen Rechtsgeschäfts vollzieht⁸²). Die Versagung erscheint somit als ein Verwaltungsakt, wie auch die Auflage beim begünstigenden Verwaltungsakt selbst als Hoheitsakt in Erscheinung tritt, der unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel steht⁸³).

Leistungsträger sind nicht nur die Träger der öffentlichen Verwaltung, sondern auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben beauftragt, beliehen und indienstgestellt sind. Ich erwähne hier nur beispielhaft die Privatgesellschaften der öffentlichen Hand⁸⁴), die beliebten Unternehmer⁸⁵) und die gesetzlich inpflichtgenommenen Privaten⁸⁶), um das Gesagte in etwa zu veranschaulichen und den Strukturwandel deutlich zu machen.

Die Eingrenzung der öffentlichen Anstalt ist eine zweckbedingte Maßnahme, die nicht außerhalb der Rechtsordnung steht. Die Gestaltung der Leistungs- und Nutzungsverhältnisse⁸⁷) ist von öffentlichem Interesse, vom Gemeinwohl und von der Gerechtigkeit bestimmt; hierbei darf weder die Zuständigkeitsordnung verletzt sein, noch dürfen die Grundrechte außerachtgelassen, noch über das gesetzlich zulässige Maß hinaus beschränkt werden. Immerhin ist die Verwaltung nicht verpflichtet, statt nach dem Grundsatz „*sum cuique*“ nach

⁸²) H. P. Ipsen, *Rechtsfragen der Investitionshilfe*, ArchöfFR Bd. 78 (1953), S. 292. — Gleichheit (Neumann, Nipperdey, Scheuner, *Die Grundrechte*, Bd. II), S. 149. — W. Siebert, *Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung* (Festschrift für H. Niedermeyer, 1953), S. 236 ff. Zuletzt: Chr. Fr. Menger, *DöV* 1955, S. 590. — Vgl. a.: OVG München v. 27. 3. 1953 (DVBl. 1953, S. 578); VGH Stuttgart v. 8. 4. 1954 (*DöV* 1955, S. 126); OVG Berlin v. 9. 11. 1954 (Urteil des III. Senats, nicht veröffentlicht).

⁸³) O. Bachof, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, S. 64. — H. Krüger, *DVBl.* 1955, S. 519 ff.

⁸⁴) Z. B.: *Verwaltungseigene und gemischtwirtschaftliche Wirtschaftsunternehmen*. — E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. I, S. 526 ff., 529 ff.

⁸⁵) Über privilegierte und konzessionierte beliebene Unternehmen vgl. E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. I, S. 547 ff.

⁸⁶) Private als „Hilfsorgane der Steuerverwaltung“, ohne Steuerschuldner zu sein, die Einbehaltung der Beiträge der Sozialversicherungspflichtigen; die Mitwirkung privater Geldinstitute bei der Währungsumstellung und Wertpapierbereinigung, der Devisenbewirtschaftung, der Abwicklung des Lastenausgleichs (z. B. Hypothekengewinnabgabe etc.); Feststellung, Berechnung und Auszahlung der Kurzarbeiterunterstützung durch die Unternehmer. — Vgl.: H. P. Ipsen, *Ges. Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben* (Festgabe für E. Kaufmann, 1950), S. 141 ff.

⁸⁷) O. Bachof, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, S. 59.

dem Leitsatz „cuique idem“ zu verfahren, wenn es das Gesetz nicht befiehlt. Es ist treffend hervorgehoben worden, daß in der Leistungsverwaltung das Gesetz zuweilen „Schranke des Mössens⁸⁸⁾“ geworden ist, weil sich die Verwaltungsbehörden oft nicht anders in Ermangelung von Mitteln der Wohltaten begehrenden Ansprüche erwehren können. Jedenfalls ist nicht nur schon ein erheblicher Rückgang der Subventionspolitik⁸⁹⁾ zu beobachten; auch die Bindung der Leistungen an gesetzliche Vorschriften nimmt zu; und die globalen Haushaltspositionen müssen stärker differenzierten Zweckbestimmungen weichen. Wirtschaftslenkende Maßnahmen haben „Plangewährleistungsansprüche“ ausgelöst, die sicherstellen, daß der Ausgleich zwischen staatlicher Notwendigkeit und Individualinteresse sich nicht zum Nachteil des Inpflichtgenommenen auswirkt.

Schließlich wird man die Leistungen der Verwaltung danach gliedern, ob die Verwirklichung der Leistung durch verwaltungseigene oder durch verwaltungsfremde Mittel erstrebt wird⁹⁰⁾. Es fragt sich also, ob die Mittel der Verwaltung selbst zur Verfügung stehen oder ob sie bei Dritten inpflichtgenommen werden, wobei vielerlei Variationen üblich sind. Insbesondere wird man von einer allseitigen Indienststellung durch Gesetz, Konzessionsbindung und Vertrag Zweckbindungen funktioneller Teilbereiche des Wirtschaftslebens unterscheiden müssen.

3. Nur mühsam vermag sich die Verwaltungsrechtsprechung auf die Probleme der Leistungsverwaltung einzustellen⁹¹⁾, zumal die Anfechtungsklage eindeutig im Vordergrund steht, die Vornahmeklage jedoch noch recht unentwickelt ist. Nur wenn die Entscheidungen der gewährenden Verwaltung als Verwaltungsakte erkannt werden, kann aber die Klage auf Vornahme einer Amtshandlung erhoben werden. Sie erstrebt, wenn sie gegen einen negativen Verwaltungsakt gerichtet ist, nicht nur ein Aufhebungsurteil, sondern zugleich ein Leistungsurteil,

⁸⁸⁾ Chr. Fr. Menger, DöV 1955, S. 588.

⁸⁹⁾ R. Ringelmann, Die Leistungen des Bundes und der Länder im Spiegel ihrer Haushaltspläne (Staats-Zeitung für Rheinland-Pfalz v. 3. 7. 1955, Beilage Nr. 1).

⁹⁰⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 288. — Bei der Inpflichtnahme unterscheidet Forsthoff die Indienststellung sozialer Einheiten als Ganzes (durch Gesetz, Vertrag oder Bindung bei der Konzessionsverteilung) von dem Zugriff auf spezielle funktionale Vorgänge durch Lenkungsmaßnahmen.

⁹¹⁾ C. H. Ule, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Rechtsschutzproblem (Staats-Zeitung für Rheinland-Pfalz 1954, Beilage 2 und 3. — H. Krüger, DVBl. 1955, S. 381. — Chr. Fr. Menger, DöV 1955, S. 590/591.

durch das die Verwaltungsbehörde verpflichtet wird, den versagten Verwaltungsakt zu erlassen. Daneben kommen die Weigerungsgegenklage und die Untätigkeitsklage in Betracht. Mit der Leistungsklage kann nur ein Anspruch aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtssatz oder Vertrag geltend gemacht werden, soweit nicht die Zuständigkeit eines anderen Gerichts begründet ist⁹²). Bei Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses wird in Ausnahmefällen die einstweilige Anordnung, die Feststellungsklage und gegebenenfalls die Klage auf Unterlassung bestimmter Verwaltungsmaßnahmen einen vorbeugenden Rechtsschutz gewähren können⁹³).

Als Primärfunktion der Verwaltungsrechtsprechung erscheint der Rechtsschutz des in seinen Rechten Betroffenen, sekundär tritt die Wahrung des objektiven Rechts hervor, obwohl die Gemeinwohlgerechtigkeit des Staates es ist, die den Rechtsschutz im Einzelfall ermöglicht. Der Rechtsstaat sichert nicht nur den Rechtsschutz des Individuums, sondern ist auch an dem rechtmäßigen Handeln seiner Organe interessiert.

Allerdings genügt zur Geltendmachung eines Leistungsanspruchs nicht die Behauptung einer objektiv-rechtswidrigen Beeinträchtigung der Rechtsstellung⁹⁴); es muß vielmehr ein subjektives öffentliches Recht auf Vornahme bei der Verpflichtungsklage geltend gemacht werden. Es hängt also weitgehend von der Auslegung des Begriffs „subjektives öffentliches Recht“ ab, ob gegen die Versagung von Leistungsansprüchen dem Betroffenen Rechtsschutz durch Vornahmeklage zukommt. In Rechtsprechung und Schrifttum wird der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts teils enger gefaßt, dann pflegt man schon die Klagebefugnis anzuerkennen, wenn der Kläger durch objektiv-rechtswidrige Unterlassung in seinem berechtigten schutzwürdigen Interesse „betroffen“ ist⁹⁵), oder weiter interpretiert, dann fällt auch das objektiv-rechtlich geschützte Interesse als echte Berechtigung des Begünstigten unter den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts im Sinne einer ihm zustehenden Willensmacht; gleiches gilt von solchen Rechtsreflexen, die sich als von der Rechtsordnung gewollte

⁹²) Chr. Fr. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 228/229.

⁹³) R. Naumann, Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß (Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955), S. 391 ff.

⁹⁴) Chr. Fr. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 193/194.

⁹⁵) Schunck-de Clerck, Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Kommentar, 1952, S. 72.

Begünstigungen und gewollte Befriedigung eines Individualinteresses darstellen⁹⁶⁾.

Die Verwaltungsrechtsprechung ist hoheitliche Funktion. Die Funktionen der öffentlichen Verwaltung sind dagegen nicht auf hoheitliche Tätigkeiten beschränkt. Initiative und Aktivität sind für die Verwaltung typisch, Passivität gilt dagegen für die Rechtsprechung⁹⁷⁾.

III

1. Bei der Frage nach der Justiziabilität der Verwaltungshandlungen werden wir solche ohne und mit Verwaltungsrechtsweg unterscheiden müssen. Das Problem der Verwaltungshandlungen ohne Verwaltungsrechtsweg ist nicht auf die Frage nach gerichtsfreien Hoheitsakten⁹⁸⁾, erst recht nicht auf justizlose Regierungsakte⁹⁹⁾ beschränkt. Als gerichtsfreie Staatsakte sind u. a. Regierungsakte, Kommandoakte und freie Präsidialakte bezeichnet worden¹⁰⁰⁾.

Die Formel vom prozessual „lückenlosen Rechtsschutz¹⁰¹⁾“ läßt die Existenz rechtswegloser Verwaltungshandlungen im materiellen Recht vielleicht fragwürdig erscheinen. Sie existieren allerdings in sehr großer Zahl. Verwaltungshandlungen ohne Verwaltungsrechtsweg gibt es sowohl in der Gesetzesakzessorischen als auch in der nicht-Gesetzesakzessorischen Verwaltung. Allerdings heißt: „gerichts-

⁹⁶⁾ O. Bachof, Reflexwirkungen u. subjekt. Rechte im öffentlichen Recht (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955), S. 287 ff.

⁹⁷⁾ K. A. Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955), S. 371/372.

⁹⁸⁾ Rechtsvergleichende Übersicht bei H. Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, 1951.

⁹⁹⁾ H. P. Ipsen, Politik und Justiz, 1937. — H. Krüger, Der Regierungsakt vor den Gerichten, DöV 1950, S. 536.

¹⁰⁰⁾ H. Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, S. 47. — Neben den parlamentarischen Entscheidungen und diplomatischen Hoheitsakten. — Als Beispiele für Regierungsakte werden die Festlegung der „Richtlinien der Politik“ sowie Finanzentscheidungen nach Art. 113 und Art. 112 GG genannt. Beispiele für Kommandoakte sind Entscheidungen über den Einsatz von Polizei- und Grenzschutzverbänden. Zu den freien Präsidialakten zählen Gnadenentscheidungen sowie die Verleihung von Titeln und Orden. — Über den Bereich der Regierung vgl. R. Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (Festgabe für W. Kahl, 1923), S. 3 ff. — U. Scheuner, Der Bereich der Regierung (Festgabe für R. Smend, 1952), S. 253 ff.

¹⁰¹⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 74. — Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme. Versuch einer Bilanz, DöV 1953, S. 417 ff. — Chr. Fr. Menger, DöV 1955, S. 592.

frei sein“ nicht „rechtsfrei sein“¹⁰²⁾, und zwar in dem eingangs ausgeführten Sinn.

Unter Übergehung zahlreicher Beispiele¹⁰³⁾ hierfür nenne ich — abgesehen von den gerichtsfreien Hoheitsakten — die Fülle vorbereitender Verwaltungsmaßnahmen, Verwaltungshandlungen nicht rechtsbegründender Art, allgemeine und spezielle Verwaltungsmaßnahmen, fiskalische Verwaltungshandlungen, soweit sich unter solchen Bezeichnungen nicht ein Verwaltungsakt verbirgt¹⁰⁴⁾, sowie Zweckmäßigkeitssentscheidungen innerhalb des gesetzlich eingeräumten rechtsmäßigen Ermessens. Soweit allerdings Maßnahmen der Diskont-, Devisen-, Steuer- und Außenhandelspolitik sowie die Vergebung von Subventionen, Bürgschaften und Darlehen in Betracht kommen¹⁰⁵⁾, wird sorgfältig zu prüfen sein, wo es sich um anfechtbare Verwaltungsakte handelt und wo die Grenze gegenüber gerichtsfreien Hoheitsakten und bürgerlichen Rechtsgeschäften verläuft.

Immerhin darf der Anteil der durch die Verwaltungsgerichte nicht kontrollierbaren Verwaltungshandlungen als die große

¹⁰²⁾ H. Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 46.

¹⁰³⁾ E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, S. 51 ff., 53 ff. — Neben der hoheitlichen Wirtschaftsverwaltung (verwaltungseigene hoheitliche Wirtschaftstätigkeit und hoheitliche Gestaltung der privaten Wirtschaftstätigkeit), die hier nicht in Betracht kommt, unterscheidet Huber bei der nicht-hoheitlichen Wirtschaftsverwaltung: 1. Wirtschaftsverwaltung schlichtverwaltender Art und 2. Wirtschaftsverwaltung rechtsgeschäftlicher Art. Zur ersten Gruppe werden gezählt: „Die Veranstaltung von Verwaltungserhebungen oder statistischen Untersuchungen, die Erstattung von Verwaltungsberichten, die Aufstellung von Verwaltungsplänen, die Unterbreitung von Verwaltungsvorschlägen, aber auch die Erteilung von Auskünften, Hinweisen, Ratschlägen, Mahnungen und Mißbilligungen, das Inaussichtstellen von Vorteilen und das Androhen von Nachteilen, darüber hinaus aber die Durchführung der verschiedenartigsten Verwaltungsbesprechungen, -verhandlungen und -konferenzen.“ Zur zweiten Gruppe gehören: die verwaltungseigene Wirtschaftstätigkeit in privatrechtlichen Formen zur Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung: (Vgl. hierzu: R. Zorn, Die Sparkassen in der öffentlichen Kreditwirtschaft, Der bayer. Bürgermeister, 1955, S. 169 ff. mit beachtlichen Hinweisen auf die „Ausdehnung der Staatsmacht“ auf dem Gebiet der Wirtschaft) und rechtsgeschäftliche Einwirkungen der Verwaltung auf die Privatwirtschaft als Maßnahme administrativer Wirtschaftsförderung. Im letzten Fall gerade ist jedoch der Verwaltungsrechtsweg eröffnet worden, indem man zwischen dem Verwaltungsakt über die Wirtschaftsförderung (bzw. seiner Versagung, seinen Auflagen, Bedingungen, Befristungen) und der rechtsgeschäftlichen Durchführung unterschieden hat.

¹⁰⁴⁾ O. Bachof, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung (Festgabe für W. Laforet, 1952), S. 285 ff.

¹⁰⁵⁾ E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, S. 53.

Masse aller Verwaltungsmaßnahmen angenommen werden, während die Zahl der tatsächlich durch die Verwaltungsgerichte kontrollierten Verwaltungshandlungen m. E. auf einen geringen Anteil zusammenschrumpft¹⁰⁶⁾.

Angesichts der Quantität und Qualität der von den Verwaltungsgerichten nicht kontrollierten Verwaltungsfunktionen und mit Rücksicht auf ihren Einfluß bei der Gestaltung der Sozialordnung, taucht die Frage nach dem Verwaltungsstaat¹⁰⁷⁾ auf. Wenn man einen Staat, dessen Verwaltung in einem nie gekannten Ausmaß berufen ist, die soziale Gerechtigkeit zu konkretisieren, einen Verwaltungsstaat nennen will, so muß dies allerdings mit Distanzierung gegenüber dem totalen Verwaltungsstaat quantitativer und qualitativer Prägung geschehen, der in der wissenschaftlichen Diskussion von 1931 bis 1934 eine Rolle gespielt hat. Entscheidend für die Kennzeichnung der Verwaltung im Staat scheint mir aber zu sein, daß der Staat Rechtsstaat ist, indem er das Recht verwirklicht. Das tut er aber auch außerhalb der Rechtsprechung. Ich erinnere an die vielseitigen Kontrollen der Verwaltung¹⁰⁸⁾. Es gibt überhaupt keine Funktion der öffentlichen Gewalt, die solchen umfänglichen und wirksamen Kontrollen unterliegt wie die öffentliche Verwaltung. Ich verweise auf die parlamentarische Kontrolle, die Finanz- und Wirtschaftskontrolle durch die unabhängigen Rechnungshöfe, die Personalkontrolle, die Dienst-, Fach-, Sonder- und Rechtsaufsicht, die Dienstaufsichtsbeschwerde, die Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle im Verwaltungsverfahren (einschließlich des Vorschaltverfahrens) und den vielfältigen Rechtsschutz durch die Gerichte. Hinzu kommen das Erstattungsverfahren und die Funktionen der Dienststrafgerichte. Auch die Kontrolle durch die öffentliche Meinung soll nicht unerwähnt bleiben. Ein Staat, dessen Verwaltung in der gekennzeichneten Weise kontrolliert wird und durch letzte Konkretisierung der Staatszwecke das Gemeinwohl in Gerechtigkeit verwirklicht, ist Rechtsstaat.

2. Deswegen sollte er aber nicht zum Rechtswegestaat¹⁰⁹⁾ entarten. Die Vielzahl der Rechtswege mindert eher

¹⁰⁶⁾ Da Statistiken fehlen, können solche Anteile nur geschätzt werden. Nach meiner Auffassung sind mindestens 80 % aller Verwaltungshandlungen durch die allgemeinen Verwaltungsgerichte nicht kontrollierbar, etwa 20 % zwar kontrollierbar, aber nur ca. 5 % (oder weniger) kontrolliert. Die Zahl steigt jedoch an.

¹⁰⁷⁾ A. Merk1, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 77. — H. Peters, Der Kampf um den Verwaltungsstaat, S. 19 ff.

¹⁰⁸⁾ Vgl. „Die Leistungen der öffentlichen Verwaltung und ihre Kontrollen“, Referate des 20. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. Besonders: H. G. Dahlgrün, Das staatliche Kontrollsystem, in-

den Rechtsschutz, als daß sie ihn vermehrt. Der Rechtsstaat wird nicht durch die Vielzahl der Rechtswege realisiert, sondern verlangt Effektivität des Rechtsschutzes. Die übergroße Zahl der Gerichte, der ordentlichen Gerichte, der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichte und der Verfassungsgerichte sowie die Wirrnisse der Zuständigkeitsordnung und der Instanzen sowie schließlich die unerträgliche Dauer der Prozesse lassen Zweifel aufkommen, ob damit die Effektivität des Rechtsschutzes gefördert wird. Das Problem der Zivilprozeßsachen kraft Tradition und kraft Zuweisung (Gemischte Kommission) sowie die Identität des Rechtsgrundes von Staatshaftungsklagen und Verwaltungsstreitsachen¹¹⁰⁾ kann hier nur angedeutet werden. Kratzer¹¹¹⁾ hat unter der Überschrift: „Des Guten zuviel“ ein beachtliches Beispiel gebracht, aus dem sich unschwer Rechtsschutz in 12 Variationen entnehmen läßt. Hier gilt der Satz von Bachof¹¹²⁾: „Rechtsstaatlichkeit heißt zu einem ganz wesentlichen Teile: geordnetes, klares und übersichtliches, leicht zugängliches und mit größtmöglicher Beschleunigung zum Ziele führendes Verfahren“.

3. Wenden wir uns nun dem von der Verwaltungsrechtsprechung erfaßten Raum der öffentlichen Verwaltung zu, so gelangen wir zu den Problemen des sog. Rechtsprechungsstaates¹¹³⁾. Vergleicht man die Zahl der bei den allgemeinen Verwaltungsgerichten geführten Prozesse mit den Urteilen, in denen der Staat, die eingegliederten öffentlichen Verbände oder ihre Behörden unterliegen, so ergibt sich ein außerordentlich geringer Anteil der Verwaltungshandlungen, die wegen Rechtswidrig-

sonderheit die Finanz- und Wirtschaftskontrolle. — P. Erber, Die Personalkontrolle. — Hölzl, Die Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrollen der öffentlichen Verwaltung. — Fetzer, Selbstkontrolle der öffentlichen Verwaltung durch Aufsicht. — C. H. Ule, Grundlagen und Grenzen des Rechtsschutzes durch die Gerichte. (Staats-Zeitung für Rheinland-Pfalz, 1955, Beilagen Nr. 1—4, hier: 2—4).

¹¹⁰⁾ Dazu vgl. H. Jahrreiß, Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung. Der Rechtsweg-Staat des Bonner Grundgesetzes (Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. II, 1950), S. 203 ff., bes. S. 213 ff.

¹¹¹⁾ Chr. Fr. Menger, Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen (Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955), S. 347 ff.

¹¹²⁾ J. Kratzer, Des Guten zuviel, Ein Ruf an die Gesetzgeber. (Bayer. Staatszeitung 1953, Nr. 10 S. 2.)

¹¹³⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 76.

¹¹⁴⁾ Vgl. hierzu: H. Jahrreiß, Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung, S. 213: „Ein Staat, der Rechtsprechung nicht nur gelegentlich, sondern grundsätzlich als Rechts-Staats-Garantie einsetzt, ist ein Rechtsprechungs-Staat.“

keit aufgehoben werden. Allerdings kommt nicht alles Unrecht vor den Richter. Ich möchte aber bezweifeln, daß die Zahl der unkorrigierten Unrechtshandlungen größer ist als die Zahl der abgewiesenen Klagen. Auch darf nicht übersehen werden, in welchem erheblichen Umfang die öffentliche Verwaltung ihre Verwaltungsakte im Einspruchs- und Beschwerdeverfahren selbst korrigiert. Erhebungen in einem Land haben ergeben, daß das Verhältnis der Einsprüche und Beschwerden im Vorschaltverfahren zu den anschließenden Klagen im Verwaltungsstreitverfahren außerordentlich günstig ist¹¹⁴). Der Regierungspräsident eines anderen Landes hat dargetan, daß von 11 000 Verwaltungsakten in seinem Regierungsbezirk während eines Jahres 14 auf Grund der Klage vor den Verwaltungsgerichten aufgehoben worden sind¹¹⁵). Beschränken wir uns auf die Verwaltungsakte, also einen Bruchteil aller Verwaltungshandlungen, so ist der Staat in Bayern relativ selten in den Verwaltungstreitsachen unterlegen¹¹⁶), in Rheinland-Pfalz nur wenig

¹¹⁴) In Rheinland-Pfalz wird die Tätigkeit der Kreis- und Stadtrechtsausschüsse positiv beurteilt. Von dort anhängig gewesenen Einspruchs- und Beschwerdesachen wurden 1954 durch Klage im Verwaltungsstreitverfahren angefochten: Im Reg.Bezirk Rheinhessen 4,6 %, im Reg.Bezirk Koblenz 5,9 %; im Reg.Bezirk Trier 3,4 %; im Reg.Bezirk Montabaur 6,6 %; im Reg.Bezirk Pfalz 9,7 %; insgesamt also in Rheinland-Pfalz von 7046 Verfahren 472 Klagen, das sind 6,7 %.

¹¹⁵) Hölzl, Die Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle der öffentlichen Verwaltung (Staats-Zeitung für Rheinland-Pfalz, Beilage Nr. 3 vom 31. 7. 1955) S. 4 (rechts). — Die Erhebung betrifft die Regierung von Unterfranken in Würzburg. Gegen 11 000 Verwaltungsakte wurde in 242 Fällen Einspruch erhoben und anschließend in 160 Fällen Klage beim Verwaltungsgericht eingereicht. Die angefochtenen Bescheide hat die Regierung auf Einspruch selbst in 14,5 vH der Fälle aufgehoben; das Verwaltungsgericht in 8,8 vH der zu ihm gelangten Fälle; das waren 14 Fälle im Vergleich zu den 11 000 Verwaltungsakten hat die Regierung 0,33 vH, das Verwaltungsgericht 0,13 vH aller Bescheide aufgehoben. — Bei rd. 51 000 Verwaltungsakten mehrerer Landratsämter des gleichen Regierungsbezirks wurden ca. 1000 angefochten; das sind ca. 2 vH. Davon wurden aber 313 oder rd. 30 vH aufgehoben, also insgesamt 0,6 vH. Bei den gleichen Landratsämtern wurden aus sämtlichen kreisangehörigen Gemeinden nur 144 Beschwerden gegen Verwaltungsakte der Gemeinden erhoben, von denen 9 (6 vH) aufgehoben wurden; 4 (3 vH) gelangten im Beschwerdeweg zur Regierung. Das Verhältnis zur Gesamtzahl der gemeindlichen Verwaltungsakte konnte nicht ermittelt werden.

¹¹⁶) In Bayern wurden Verwaltungsstreitigkeiten bei den Verwaltungsgerichten 1954 in folgender Weise erledigt: Stattgabe 9,8 vH; Abweisung 34,2; teilweise Stattgabe, teilweise Abweisung 1,4 vH; Zurückweisung 0,3 vH; Verweisung 1,4 vH; Zurücknahme 37,6 vH; in der Hauptsache für erledigt erklärt 7,1 vH; auf andere Weise 8,2 vH. — Beim bayer. Verwaltungsgerichtshof zeigt folgen-

mehr¹¹⁷⁾, in einigen anderen Ländern liegen die Prozentsätze z. T. etwas höher¹¹⁸⁾. Damit soll allerdings die Bedeutung der Verwaltungsgerichte nicht verkleinert werden. Sie bewirken schon durch ihr Vorhandensein, daß die Verwaltung sich rechtsstaatlich verhält. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Zahl von über 100 000 Verwaltungsstreitsachen in der Bundesrepublik seit einigen Jahren konstant bleibt¹¹⁹⁾. Im Interesse des Rechtsstaates müssen Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsgerichte an diesen 100 000 Fällen interessiert bleiben, auch wenn sie schätzungsweise nur einen geringen Teil der gesamten Verwaltungshandlungen ausmachen und die öffentliche Verwaltung nur relativ selten unterliegen sollte. Die Verwaltungsrechtswissenschaft sollte sich m. E. nur nicht so sehr hierauf konzentrieren und sich in höherem Maße als seither auch um das rechtmäßige Verwaltungshandeln kümmern.

Die von der Verwaltungsrechtsprechung erfaßten Verwaltungshandlungen sind entweder Anfechtungssachen oder sonstige Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. Das Urteil kann ein Gestaltungs-, Leistungs- oder Feststellungsurteil sein. Abgesehen von der selbständigen Normenkontrolle nach § 25 des süddeutschen VGG, steht im Vordergrund der Verwaltungsrechtsprechung die Anfechtungsklage im weiteren Sinn. Sie erstrebt entweder die Aufhebung eines erlassenen Verwal-

des Zahlenbild für 1954: Stattgabe 5,9 vH; Ab- bzw. Zurückweisung 34,1 vH; teilweise Stattgabe, teilweise Abweisung 1,6 vH; Zurückweisung 1,0 vH; Verweisung 1,3 vH; Zurücknahme 33,9 vH; Erklärung der Hauptsache für erledigt 10,9 vH; auf andere Weise 10,3 vH. — Den 1154 Verwaltungsstreitigkeiten vor dem Verwaltungsgerichtshof und den 5623 Verwaltungsstreitigkeiten vor den sechs Verwaltungsgerichten ist in 68 bzw. 555 Fällen (9,2 vH) stattgegeben worden. — Vgl.: Informationsdienst des Bayerischen Statistischen Landesamtes, April 1955, Die Verwaltungs- und Dienststrafgerichte in Bayern, Jahr 1954, S. 9 und 16.

¹¹⁷⁾ In Rheinland-Pfalz obsiegte 1954 die Behörde in 1143 der 1839 erledigten Klagen; das sind 62,2 vH. — In 366 Klagefällen (= 19,9 vH) war sie der unterlegene Teil. — In 330 Fällen (= 17,9 vH) war sie teils obsiegend, teils unterliegend. — Vgl. Mitteilungen des Statistischen Landesamtes Rheinland-Pfalz 1954 Nr. 290, April 1955.

¹¹⁸⁾ Die Prozentsätze ergeben sich aus den statistischen Mitteilungen aller Bundesländer, die hier nicht im einzelnen aufgezählt werden können.

¹¹⁹⁾ Verwaltungsgerichte I. Instanz, II. Instanz und Bundesverwaltungsgericht 1953/1954: Gesamtzahl der anhängigen Sachen (I.) 81 300/82 400; (II.) 20 200/17 200; (BVerwG) 1954: 3184. Davon erledigt (I.) 66,5/60,5 vH; (II.) 65,3/52,3 vH; BVerwG) 1954: 42,8 vH. (Statistische Aufstellung des Bundesministeriums des Innern; für das BVerwG wurden die Prozentsätze nach den angegebenen Zahlen berechnet.)

tungsaktes (Aufhebungsklage) oder die Vornahme einer unterlassenen Amtshandlung (Verpflichtungsklage oder Vornahmeklage bzw. Weigerungsgegenklage oder Untätigkeitsklage). Mit der Vornahmeklage wird der Erlaß eines Verwaltungsakts, aber auch nur eines Verwaltungsakts, erstrebt¹²⁰). Das Urteil ist gegebenenfalls Aufhebungs- und Leistungsurteil. Auch die Vornahmeklage ist nachträgliche Verwaltungsstreitsache. — Bei den sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts handelt es sich um die sogen. ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen, d. h. Parteistreitigkeiten mit dem Beispiel der Leistungsklage und um Feststellungsklagen. Vielleicht wird in Zukunft den Schiedsgerichten eine größere Bedeutung zukommen als seither. Von besonderem Interesse mögen noch die Klagen der Aufsichtsbehörden gegen Entscheidungen im Vorschaltverfahren und Behördenklagen in anderen Fällen sein. Außerdem sei noch auf die Besonderheiten der Verwaltungsrechtsprechung im Rekursverfahren hingewiesen. Der Staat des Grundgesetzes ist Rechtsprechungsstaat, soweit die Rechtsprechung als Rechtsstaatsgarantie in Erscheinung tritt¹²¹).

IV

1. Grenzen der Verwaltungstätigkeit ergeben sich nicht nur aus der Verpflichtung zur Rechtmäßigkeit der Verwaltung, sondern auch aus dem Verwaltungszweck. Nicht jede rechtmäßige Verwaltungshandlung ist zugleich zweckmäßig, nicht jede unzweckmäßige Verwaltungshandlung ist rechtswidrig. Zweckhandlungen der öffentlichen Verwaltung sind rechtswidrig, wenn die Zuständigkeitsordnung, die Gesetze oder oberste Rechtsgrundsätze verletzt sind. Der Verwaltungsbeamte dürfte grundsätzlich bei der Rechtsanwendung vor weniger Schwierigkeiten gestellt sein als bei der Zweckverwirklichung. Erinnern wir uns der Forderung von Mohl¹²²): Begrenzung auf das Notwendige, Leistung des wirklich Erforderlichen. Das bedeutet für die Eingriffsverwaltung, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel¹²³)

¹²⁰) Chr. Fr. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 193.

¹²¹) H. Jahrreiß, Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung, S. 213: „Das Grundgesetz macht die Bundesrepublik zum Rechtsprechungs-Staat.“

¹²²) R. v. Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 3. Aufl. 1866, S. 19, 28.

¹²³) O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 64.

zu verfahren, hoheitliche Mittel nur dort anzuwenden, wo sie entweder vorgeschrieben oder bei Ermessen nach Lage der Sache unerläßlich sind, im übrigen aber dort mit weniger eingreifenden Mitteln auszukommen, wo schärfere Mittel nicht notwendig sind¹²⁴). Für die Leistungsverwaltung will dies besagen: Bei Erhaltung und Gestaltung der Sozialordnung weder mit der Privatwirtschaft in Konkurrenz zu treten noch im Über-eifer, Abhängigkeiten zu schaffen, die nicht sachlich erforderlich sind, sondern die Leistungen gegenüber der Allgemeinheit und den Einzelnen auf die lebensnotwendigen und die dem Gemeinwohl dienenden Erfordernisse zu beschränken und sozialgerecht zu verfahren¹²⁵).

Die Verwaltungsrechtsprechung ist an dem Verwaltungszweck negativ interessiert, nämlich nur dann, wenn das zweckhafte Handeln im konkreten Fall mit dem Recht nicht in Einklang steht. Grenze der Rechtsprechung ist das Recht. Hat das von Gesetzgebung und Verwaltung unabhängige Verwaltungsgericht die Funktion, durch Rechtsanwendung auf einen konkreten Sachverhalt auszusprechen, was Rechtens ist, so findet die Verwaltungsrechtsprechung ihre Grenze dort, wo das zweckgebundene Handeln der Behörde in Gerechtigkeit seinen Anfang nimmt. Das Verwaltungsgericht ist aber nicht der Unparteiische, der in dem Zweikampf zwischen Staat und Bürger zu entscheiden hat¹²⁶), sondern der Staat selbst ist es, der durch die Gewährung von Rechtsschutz an den Bürger durch seine Rechtsprechungsorgane den Rechtsstaat garantiert, wenn über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zwischen Verwaltungsbehörde und Bürger Streit entstanden ist. Der Staat ist es, der die Überprüfung obrigkeitlicher Akte seiner Verwaltungsorgane in einem geordneten Verfahren zuläßt, weil er Rechtsstaat ist. Die Grenzen der Verwaltungsrechtsprechung ergeben sich nicht nur aus der Verschiedenheit der Aufgaben und Tätigkeiten von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, sondern auch aus dem Wesen der Verwaltungsrechtsprechung¹²⁷) selbst, das verleugnet würde, wenn

¹²⁴) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 23.

¹²⁵) E. Becker, VöVDStRL, Heft 8, 1950, S. 150. — E. Forst-hoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 136. — O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 39 ff.

¹²⁶) Sten. Ber. ü. d. Verh. des Hauses der (pr) Abg., Bd. 3, 1872, S. 1284. — Vgl. a.: Mitt. ü. d. Verh. des ord. Landtags des Kgr. Sachsen, I. Kammer, 1897/98, S. 409.

¹²⁷) H. Jahrreiß, Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung, aaO., S. 12. — C. H. Ule, Das Bonner Grundgesetz und die Justiz, DRiZ 1950, S. 225 ff. — Chr. Fr. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 47.

sie Fragen der Verwaltungspolitik, soweit sie nicht das Recht verletzen, in den Richterspruch miteinbezöge.

2. Die Erweiterung des von der Verwaltungsrechtsprechung erfaßten Raumes der öffentlichen Verwaltung ist sowohl die Folge der Generalklausel und des prozessualen Grundrechts nach Art. 19, IV GG¹²⁸⁾, als auch die Konsequenz der Steigerung der Verwaltungsaufgaben und einer rechtsstaatlichen Entwicklung des Rechtsdenkens, das sich zunehmend von der Vorstellung der Gewaltverhältnisse entfernt hat¹²⁹⁾. Erst die Erkenntnis der Rechtsverhältnisse¹³⁰⁾ hat die Verwaltungsrechtsprechung im rechtsstaatlichen Sinn voll aktionsfähig gemacht. Angesichts der quantitativen Ausweitung der Verwaltungsaufgaben und der qualitativen Intensivierung hoheitlicher und nichthoheitlicher Verwaltungsmittel wird man sogar feststellen müssen: Der Verwaltungsrechtsschutz ist in der Zeit der „klassischen Verwaltung“ unter dem Enumerationsprinzip mit partieller Generalklausel für das Polizeirecht nicht weniger effektiv gewesen als heute mit erweiterter Verwaltungszuständigkeit unter der Herrschaft der Generalklausel. Das ergibt sich aus der verminderten bzw. erheblich erweiterten Zuständigkeit der öffentlichen Verwaltung. Den eingreifenden Verwaltungsakten der Polizei-, Enteignungs-, Steuer- und Kommunalaufsichtsbehörden z. B. ist die Verwaltungsrechtsprechung — auch nach dem Enumerationsprinzip — immer gewachsen gewesen¹³¹⁾, wenn der Streit über den Anspruch aus Rechtsverletzungen dies erforderlich gemacht hat. Die Erweiterung des Rechtsschutzes wäre nicht so beachtlich, wäre sie auf die Akte der Eingriffsverwaltung beschränkt geblieben.

Die Entwicklung der Verwaltungsrechtsprechung nach 1945 ist in erheblichem Umfang durch Stoßarbeit gekennzeichnet, die nicht immer der rechtlichen Durchdringung förderlich gewesen ist. Ich erinnere an die Masse der Verwaltungsstreitsachen auf den Gebieten der Inanspruchnahme nach dem Reichsleistungsgesetz, der Erfassung von Wohnraum, der Fragen des Beamtenrechts einschließlich der Rechtsfolgen aus dem Gesetz zu Art. 131 GG, des Lastenausgleichs und der Ausstellung von Flüchtlingsausweisen. Die Anfechtung von Polizei-

¹²⁸⁾ F. Klein, Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VöVDStRL, Heft 8, 1950, S. 67 ff. — H. Herrfahrdt, ebenda, S. 126 ff.

¹²⁹⁾ A. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 97.

¹³⁰⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 54 ff.

¹³¹⁾ Wie B. Drews festgestellt hat.

verfügungen¹³²⁾ und Enteignungsakten¹³³⁾ ist außerordentlich selten geworden. Dagegen ist der Anspruch auf Leistung nicht nur im Fürsorgefall¹³⁴⁾, sondern auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht¹³⁵⁾ in der wissenschaftlichen Erörterung hervorgetreten. Am Beispiel der Bedürfnisprüfung¹³⁶⁾ sowie an der Frage des öffentlichen Interesses¹³⁷⁾ ist deutlich geworden, daß es auch um die Abgrenzung zweckhaften und rechtlichen Verwaltungshandelns geht, also um die Unterscheidung zwischen

¹³²⁾ Bei den bayerischen Verwaltungsgerichten erster Instanz betrug 1954 die Zahl der Verwaltungsstreitsachen aus dem Polizeirecht 303 (erledigt 250) von 5860 Fällen; beim bayerischen Verwaltungsgerichtshof (erledigt) 7 von 1151, davon 4 Berufungen, 2 Beschwerden und eine Normenkontrolle. Die Verwaltungsstreitsachen aus Polizeirecht stehen beim bayerischen VGH unter 21 Sachgebieten an 16. Stelle (0,6 vH; bei den Verwaltungsgerichten des ersten Rechtszuges 5,17 vH). — Vgl.: Informationsdienst aaO., S. 6, 18. — Bei den Bezirksverwaltungsgerichten und dem Obergerverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz betrug der Anteil des Sachgebiets Polizeirecht 1954 insgesamt 72 von 1839 erledigten Klagen, dabei nur 23 durch Urteil. Diese verteilten sich auf das OVG sowie die Bezirksverwaltungsgerichte Koblenz, Neustadt und die Kammern Trier und Mainz. — Mitteilungen aaO., S. 3.

¹³³⁾ In der bayerischen Statistik ist das Enteignungsrecht 1954 unter den Sachgebieten überhaupt nicht aufgeführt. — In Rheinland-Pfalz sind 1954 insgesamt 24 Klagen aus dem Sachleistungs- und Enteignungsrecht von zusammen 1839 Klagen erledigt worden, davon eine durch Urteil. — Vgl. Mitteilungen aaO., S. 3. — Beim Bau der Moselstaustufe Koblenz ist es zugunsten der Bundesrepublik zu 90 Enteignungsverfahren gekommen, die durch Enteignungsbeschlüsse endigten. Eine verwaltungsgerichtliche Klage wurde nicht erhoben. — Bei 550 Enteignungsverfahren zugunsten der Ruhrgas-AG Essen wurde kein Verwaltungsrechtsstreit anhängig. — Bei etwa 5000 Enteignungsverfahren zugunsten der RWE-AG Essen wurde eine Klage erhoben, die in zweiter Instanz nach Vergleich mit Klagerücknahme endete. (Mitteilung des MdI Rheinland-Pfalz nach Auskunft der Bez.Reg. Koblenz).

¹³⁴⁾ Nach schwankender Rechtsprechung in den Ländern: EBVerwG v. 24. 6. 1954, Amtl. Sammlung Bd. I, 1955, S. 159 mit dem Leitsatz: „Soweit das Gesetz dem Träger der Fürsorge zugunsten des Bedürftigen Pflichten auferlegt, hat der Bedürftige entsprechende Rechte.“

¹³⁵⁾ H. P. Ipsen, Rechtsfragen der Investitionshilfe, Arch. öff. R., Bd. 78, S. 292. — H. Krüger, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsordnung, DVBl. 1955, S. 380 ff., 450 ff., 518 ff.

¹³⁶⁾ E BVerwG v. 15. 12. 1953, Amtliche Sammlung Bd. I, S. 48 (Schankerlaubnis). — E BVerwG v. 17. 12. 1953, S. 54 (Kleinhandel mit Brantwein). — E BVerwG v. 10. 3. 1954, S. 92 (Personenbeförderung).

¹³⁷⁾ E BVerwG v. 10. 3. 1954 ebenda S. 97 (Interessen des öffentlichen Verkehrs). — E BVerwG v. 29. 6. 1954 ebenda S. 165 (dto.). — Gegen den Versuch, unbestimmte Rechtsbegriffe als Ermessensbegriffe zu deuten: H. Reuß, DöV 1954, S. 55 ff., 535 ff. — C. H. Ule, Staats-Zeitung für Rheinland-Pfalz 1954, Nr. 51, S. 11 f. (Sonderdruck S. 22 ff.).

pfllichtgebundenem Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff¹³⁸⁾. Fast scheint es, als ob in erheblichem Umfang an die Stelle von Besitzwahrung und Wahrung ideologischer Freiheit der Anspruch getreten ist, die freie Chance des Berufs gewahrt zu wissen¹³⁹⁾.

Ermessen der Verwaltungsbehörden gibt es nur im gesetzlich geordneten und — unterhalb der obersten Bundes- und Landesbehörden — nur im potentiell weisungsgebundenen Raum. Auch das nichtgesetzesakzessorische Verwaltungshandeln gestaltender Art ist nicht nur an die Zuständigkeitsordnung und oberste Rechtsgrundsätze gebunden, sondern auch fachaufsichtlichen Weisungen unterworfen. Soweit die Gesetzesakzessorität fehlt, handelt die Verwaltung nicht nach Ermessen. Kriterium der Selbstverwaltung ist nicht allein das freie Ermessen¹⁴⁰⁾. Rechtmäßiges, selbstverantwortliches Handeln der Selbstverwaltungsorgane unterscheidet sich vom Handeln nach pflicht-

¹³⁸⁾ Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff. Die Vorträge bei der 6. Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten für das Bundesgebiet am 18. 10. 1954, Sonderdruck aus der Staats-Zeitung für Rheinland-Pfalz, 1955, mit Beiträgen von H. Klinger (S. 5), U. Krauthausen (S. 8), H. Reuss (S. 16), C. H. Ule (S. 22). — O. Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle, SJZ 1948, Sp. 742 ff. — O. Schmidt-Brücken, Verwaltungsermessen, DöV 1949, S. 41 ff. — H. Reuß, Das Ermessen, DVBl. 1953, S. 585 ff. — Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl. 1954, S. 649 ff.; DöV 1954, S. 55 ff., 535 ff., 557 ff. — G. Dürig, „Bedürfnis“ und „öffentliches Interesse“ als Rechtsbegriffe, JZ 1953, S. 535 ff. — K. Meyer, Zur Problematik der unbestimmten Begriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, DöV 1954, S. 368 ff. — Jarosch, Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, DVBl. 1954, S. 522 ff. — D. Haas, Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen? MDR 1953, S. 651 ff. — Redding, Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen? DöV 1954, S. 365 ff. — Schütz, Der unbestimmte Rechtsbegriff, DöV 1954, S. 556 f. — Zuletzt: O. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff. — C. H. Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 309 ff. — A. M.: H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 11, 92. — Loening, Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessenstatbestand bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen, DVBl. 1952, S. 197 f.

¹³⁹⁾ Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, besonders der Verwaltungsrechtsprechung (Vortrag v. 29. 9. 1955 an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; die Ausführungen sind in der Staats-Zeitung für Rheinland-Pfalz [Beilage Nr. 2, 1956] veröffentlicht).

¹⁴⁰⁾ W. Laforet, Fragen der Selbstverwaltung, Schmollers Jb., Bd. 62, (1938), S. 141 ff.

gemäßem Ermessen dadurch, daß es keinen Weisungen unterliegen kann. Indem wir das Verwaltungshandeln nach Ermessen von dem nichtgesetzesakzessorischen und dem selbstverantwortlichen Verwaltungshandeln unterscheiden, gewinnen wir aus dem Kennzeichen der Gesetzesakzessorität einerseits und der potentiellen Weisung andererseits eine Erkenntnis der Konfliktsituation, die zu Ermessensfehlern führen kann.

Ich will mich mit Rücksicht auf den Mitbericht einer Untersuchung des Ermessens enthalten und hier nur auf die grundsätzliche Meinungsverschiedenheit zwischen Reuß¹⁴¹⁾ und Bachof¹⁴²⁾ hinweisen, auf die Rolle des Grundsatzes der Gleichheit¹⁴³⁾ und der Verhältnismäßigkeit¹⁴⁴⁾ aufmerksam machen und die Bedeutung der Ermessenshandlungen für die Sozialordnung hervorheben.

Vom Handlungsermessen ist der Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Gesetzesbegriffen in Grenzfällen zu unterscheiden¹⁴⁵⁾, obwohl dagegen polemisiert worden ist¹⁴⁶⁾. Hier kommt es nicht darauf an, ob und wie die Behörden auf Grund und im Rahmen der Gesetze tätig werden wollen, sondern ob und wie sie überhaupt tätig werden dürfen und müssen¹⁴⁷⁾. Die Frage der Nachprüfung des Verwaltungsermessens und der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe durch die Verwaltungsrechtsprechung wird sehr vereinfacht, wenn man die Korrektur des Ermessens auf rechtswidrige Ermessensfehler begrenzt und die Korrektur der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe als eine voll nachprüfbare Tat- und Rechtsfrage ansieht. Es wird die Sachlage

¹⁴¹⁾ H. Reuß, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, Staatszeitung für Rheinland-Pfalz 1955, Sonderdruck, S. 16 ff., S. 18: „Es gibt keine Möglichkeit anzunehmen, daß die Verwaltung zwar rechtsunterworfen, aber nicht gerichtsunterworfen sei.“

¹⁴²⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 55: „Es gibt weite Gebiete der Verwaltungstätigkeit, in welche die Sicherungen der rechtsstaatlichen Verfassung und insonderheit der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht hineinreichen, oder in denen sie doch nur eine beschränkte Wirkung zu entfalten vermögen. Das hängt einmal damit zusammen, daß die Verwaltung seit jeher nicht auf Gesetzesvollziehung beschränkt, sondern in weitem Umfange freischöpferische und gestaltende Tätigkeit zur Verwirklichung der Gemeinschaftszwecke ist.“

¹⁴³⁾ H. P. Ipsen, Gleichheit (Die Grundrechte Bd. II), S. 149 ff.

¹⁴⁴⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 64.

¹⁴⁵⁾ O. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff.

¹⁴⁶⁾ K. A. Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch (Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955) S. 368.

¹⁴⁷⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 70 ff.

auch sehr vereinfacht, wenn wahlweises Verwaltungshandeln als Ermessen, gebundene Verwaltungsentscheidungen als Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe angesehen werden. Demgegenüber ist festzustellen: Viele Begriffe, die früher als Ermessensbegriffe galten, sind inzwischen als unbestimmte Gesetzesbegriffe erkannt worden, obwohl die Meinungen darüber vielfach noch immer auseinandergehen¹⁴⁸⁾. Ganz richtig ist auch beobachtet worden, daß die Verwaltungsgerichte zwar Ermessensakte in ihrer Gesamtheit nachprüfen, jedoch allein Ermessensfehler korrigieren¹⁴⁹⁾. Ule¹⁵⁰⁾ hat darauf aufmerksam gemacht, daß die „emotionalen Elemente im unbestimmten Rechtsbegriff über Gebühr vernachlässigt worden sind“. Sicher kann im Hinblick auf den konkreten Sachverhalt nach Subsumtion nur eine Rechtsfolge richtig sein. Solche Schlußfolgerungen sind allerdings bei normativen Begriffen nicht ohne weiteres möglich. Oft muß ein Werturteil gefällt werden, bevor der Schluß gezogen werden kann. Bei Beurteilung der Handlungsvoraussetzungen wird der unbestimmte Gesetzesbegriff daher nicht nur oft nach Ort und Zeit verschieden ausgelegt werden müssen, um den Einklang mit der Gerechtigkeit herzustellen, sondern wird auch „dort, wo“ — wie Bachof¹⁵¹⁾ es formuliert hat — „die Verantwortlichkeit einer Behörde auf deren besonderen Sachverstand gründet, der Behörde den Spielraum wertender Beurteilung nicht völlig beschneiden dürfen“. Er hat die Kompetenz der Verwaltungsgerichte darauf begrenzt, „ob die Behörde die Grenzen ihres Beurteilungsspielraumes evident überschritten hat“. Ule¹⁵²⁾ hat die Lehre von der Vertretbarkeitskontrolle entwickelt, wonach „das Verwaltungsgericht im Zweifel der Auffassung der Verwaltungsbehörde folgen sollte, wenn diese Auffassung auf Grund des festgestellten Sachverhalts vertretbar ist“. In solchen Grenzfällen, aber auch nur hierbei, sollte das Verwaltungsgericht sein Werturteil nicht an die Stelle der Erkenntnis der Verwaltungsbehörde setzen. Es darf angenommen werden, daß diese im Schrifttum weitgehend akzeptierte Auffassung, die auch der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungs-

¹⁴⁸⁾ Beispiele bei C. H. Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht (Gedächtnisschrift für W. Jelinek 1955), S. 311, 313/314, 316, 328.

¹⁴⁹⁾ U. Krauthausen, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, Sonderdruck aaO., S. 15.

¹⁵⁰⁾ C. H. Ule, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, Sonderdruck aaO., S. 22.

¹⁵¹⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 70/71.

¹⁵²⁾ C. H. Ule, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, Sonderdruck aaO., S. 28, 26/27.

gerichtshofs¹⁵³⁾ entspricht, in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung noch weiter entwickelt werden wird.

Wir müssen aber noch auf die Anfechtung von Entscheidungen über Leistungen der Verwaltung zurückkommen. Die Anfechtung begünstigender Verwaltungsakte durch mittelbar Betroffene begegnet uns bekanntlich besonders in den verschiedenen Zweigen des Gewerberechts und einigen anderen Rechtsgebieten¹⁵⁴⁾. Neuerdings taucht die Frage auf, ob auch der Konkurrent des Begünstigten einen Leistungsanspruch gegen die Verwaltung unter Berufung auf den Gleichheitssatz durchsetzen kann. Allerdings wird die Verletzung des Art. 3 GG nur selten nachweisbar sein. Entsprechendes gilt für den Fall der Ablehnung einer Wirtschaftsförderung nichtgesetzesakzessorischer Art und die Frage ihrer Justiziabilität. Ein Anspruch aus Ermessensfehler scheidet aus, weil es an der gesetzlichen Regelung fehlt. Mit einem Anspruch aus dem Gleichheitssatz im Sinne eines „cuique idem“ wird der Betroffene nicht durchkommen¹⁵⁵⁾. Anders liegt freilich der Fall, wenn z. B. die Verletzung des Gleichheitssatzes darauf gegründet werden kann, daß die getroffene Entscheidung nicht sachgerecht gewesen ist. Ein solcher Nachweis wird aber nur selten geführt werden können. Trotzdem würde mit der Weigerungsgegenklage nur die Aufhebung des Verwaltungsakts und die Verpflichtung zu sachgerechter Entscheidung erreicht werden können. Zu der erstrebten Wirtschaftsförderung kommt der Betroffene im Zweifel auf diesem Wege nicht. Nur da, wo Rechtssatz oder Vertrag einen Anspruch geben oder eine Begünstigung gewollt ist, gilt die Regel, daß vermehrten Verwaltungsaufgaben auch vermehrter Rechtsschutz entsprechen muß. Nur Rechtswidrigkeit kann zur Aufhebung des Verwaltungsakts bzw. zur Verpflichtung, einen Verwaltungsakt zu erlassen, führen. Aber selbst wenn die Verwaltungsgerichte ihr Werturteil an die Stelle der Verwaltungsentscheidung setzten, indem sie rechtskräftig aus-

¹⁵³⁾ C. H. Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht (Gedächtnisschrift für W. Jellinek 1955), S. 328.

¹⁵⁴⁾ (Baugenehmigung) Bayer.VGH, Entsch. n. F. Bd. 5, S. 191; Bd. 6, S. 216. — OVG Rheinland-Pfalz, Amtl. Sammlung, Bd. 1, S. 396. — Hamb.OVG, MDR 1950, S. 24. — Vgl. O. Bachof, Verwaltungssgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, S. 71. — (Andere Genehmigungen) OVG Lüneburg, Entsch. S., Bd. 7, S. 397. — Hess.VGH, Entsch.-S. Bd. 2, S. 32. — Bayer.VGH, n. F., Bd. 4, S. 13. — Württ.-Bad.-VGH, VRspr. Bd. 5, S. 350. — Anders Hamb.OVG, MDR 1952, S. 569. — OVG München, MDR 1953, S. 572.

¹⁵⁵⁾ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 69.

sprächen, was z. B. den volkswirtschaftlichen Belangen¹⁵⁶⁾ entspricht und was nicht, könnten sie nach geltendem Recht die Behörde nicht verpflichten, eine bestimmte Art der Wirtschaftsförderung im konkreten Fall vorzunehmen, also beispielsweise eine Bürgschaft über 10 000 000.— DM zu übernehmen, wenn es ein Rechtssatz nicht vorschreibt oder ein Vertrag nicht festgelegt hat. Das widrige Schicksal allein ist kein einklagbarer Rechtsverlust¹⁵⁷⁾, wenn auch der Rechtsschutz bei sozialer Vereinsamung ernst zu nehmen ist¹⁵⁸⁾.

3. Interessanterweise wird die von der Theorie entdeckte „Lücke im Rechtsstaat“¹⁵⁹⁾ nicht immer von den Betroffenen empfunden. Denn ein Rechtsschutz, der in 5—7 Jahren effektiv wird, ist im Wirtschaftsverwaltungsrecht inopportun. Es klagt nur, wer nichts zu verlieren hat. Die Wirtschaft hat aber im Zeitalter der Wirtschaftsförderung viel zu verlieren. Man arrangiert sich¹⁶⁰⁾, indem man bei anderer Gelegenheit die Wohltaten begehrt, die in einem Fall versagt worden sind.

Es kommt auch vor, daß die Verwaltungsgerichte vielfach mit Bagatellfällen überlastet sind und die Entscheidung schwieriger Rechtsfragen ungebührlich lange auf sich warten läßt.

Dabei können Verwaltung und Bürger an Verwaltungsstreitsachen gleichermaßen interessiert sein, wenn der Gesetzgeber den „dilatorischen Formelkompromiß“¹⁶¹⁾ einer klaren Normsetzung vorgezogen hat oder wenn ein Gesetz ohne Durchführungsvorschriften, die auf sich warten lassen, nicht vollziehbar ist¹⁶²⁾. Nicht die Verwaltungsrechtsprechung wirkt hemmend auf den ordnungsgemäßen Gang der Verwaltung,

¹⁵⁶⁾ C. H. Ule, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Rechtsschutzproblem (Staats-Zeitung Rheinland-Pfalz, Beilage 2/3 v. 3./10. Oktober 1954. — Zu den Begriffen der „Zweckdienlichkeit eines Darlehens“ und der Anerkennung eines Schiffbaues als „schiffahrtspolitisch förderungswürdig“ E BVerwG v. 19. 1. 1954, Amtl. Sammlung Bd. I, S. 64 und E BVerwG v. 19. 1. 1954, ebenda, S. 66.

¹⁵⁷⁾ E. Forsthoff, Sozialordnung und Verwaltung (Vortrag v. 27. 10. 1955 in der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; die Ausführungen sind nicht veröffentlicht).

¹⁵⁸⁾ Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, besonders der Verwaltungsrechtsprechung, Staatszeitung Rheinland-Pfalz, Beilage Nr. 2, 1956.

¹⁵⁹⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 109. — H. Krüger, DVBl. 1955, S. 381. — Chr. Fr. Menger, DöV 1955, S. 592.

¹⁶⁰⁾ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 65.

¹⁶¹⁾ Begriff von C. Schmitt. — Vgl.: Th. Eschenburg, Bemerkungen zur deutschen Bürokratie, 1955, S. 8.

¹⁶²⁾ Werner, Über Aufgaben und Bedeutung des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl. 1953, S. 393 ff.

sondern die Verzögerung der Entscheidung wirkt sich dann nachteilig aus, wenn es sich um einen Musterprozeß handelt und das Sekuritätsbedürfnis in der Verwaltung obsiegt¹⁶³). Damit ist die Frage nach einer Beschränkung der Instanzen in gesetzlich festgelegten Fällen¹⁶⁴) und überhaupt das Problem der Beschleunigung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgeworfen, worüber hier aber nicht weiter gehandelt werden kann. Es geht um die Effektivität des Verwaltungsschutzes und nicht um die Einschränkung der Generalklausel. Von einer Lähmung der Verwaltung oder ihrer Atemnot zu sprechen¹⁶⁵), halte ich für übertrieben, soweit die Verwaltungsrechtsprechung die Ursache dafür sein soll. Vielleicht kommt die Atemnot in gleicher Weise von den zahlreichen Gesetzen, die der Verwaltung neue Aufgaben aufbürden, und von den Interessenten, die immer neue Ansprüche stellen¹⁶⁶).

Die Aufgabenvermehrung beruht also nicht auf einem Expansionsdrang der Verwaltung¹⁶⁷), sondern auf einem Druck von außen, der der Verwaltung selbst sehr unerwünscht ist. Mit Befremden werden die quantitativen Improvisationen auf dem Gebiet des Verwaltungspersonals, der sächlichen Verwaltungskosten, der Angliederung immer neuer Behörden und Dienststellen, des Spezialistentums sowie der Mangel an Übersicht und Sachkenntnis beobachtet. So können Spannungen zwischen Behörden und Bürger nicht ausbleiben. Soweit sie vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden, muß sich das Spannungsverhältnis nicht unbedingt auf die Verwaltungsrechtsprechung übertragen. Solche Spannungen ergeben sich weniger oft aus einem Meinungsstreit über die Rechtsauslegung, als gelegentlich aus menschlichen Unzulänglichkeiten, die zu überwinden aber nicht Sache des Rechts ist¹⁶⁸).

¹⁶³) Th. Eschenburg, Bemerkungen zur deutschen Bürokratie, 1955, S. 16 f.

¹⁶⁴) Vgl.: E BVerwG, Amtl. Sammlung, Bd. I, Nr. 23 u. 24 betr. das schleswig-holsteinische Gesetz über Beschränkung der Berufung in Verwaltungsstreitsachen v. 27. 8. 1951/28. 7. 1952. — Ebenso für Niedersachsen v. 21. 4. 1951/20. 3. 1952.

¹⁶⁵) Dagegen: H. Reuß, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, aaO., S. 19.

¹⁶⁶) „Unnütze Gesetze schwächen die notwendigen“ (Montesquieu). — „Es kann auch das Volk sein eigener Tyrann sein — und ist es oft gewesen“ (Börne).

¹⁶⁷) Dagegen: Chr. Fr. Menger, DöV 1955, S. 588.

¹⁶⁸) „Nicht die Vorschriften besorgen den Dienst, sondern die Menschen“ (H. v. Stephan). — „Um besser zu verwalten, sollte man weniger verwalten“ (Marquis d'Argenson). — Nur Dialektiker konzentrieren ihr Interesse an der Verwaltung auf die Pathologie des Rechts.

V

Damit bin ich am Schluß meines Berichts über „Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung“ angekommen. Ich habe den Versuch unternommen, auf einige Beobachtungen über Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung aufmerksam zu machen, die m. E. für die Entwicklung der Verwaltungswissenschaft von Einfluß sein können. Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung nach ihren Aufgaben, Besonderheiten und Beziehungen zu erfassen, wird niemals allein eine Frage des Verfassungs- und Verwaltungsrechts sein. Sobald wir die Fragen stellen, wie und zu welchem Ziel verwaltet wird, sind wir auf Ermittlungen angewiesen, die der Verwaltungslehre und der Verwaltungspolitik angehören. Beide erst ergänzen das Verwaltungsrecht zur Verwaltungswissenschaft¹⁶⁹⁾, an deren wissenschaftlicher Durchdringung und Systematisierung noch viel fehlt, obwohl beachtliche Vorarbeiten hierfür gerade aus dem Bereich der Vertreter der Verwaltungsrechtswissenschaft bereits geleistet worden sind.

Als Otto Mayer vor 60 Jahren dem deutschen Verwaltungsrecht Gestalt gab, ergänzte er in hervorragender Weise die in Blüte stehende Verwaltungslehre zu einer Verwaltungswissenschaft. Das ist damals nicht erkannt worden. Im Zeitalter des Positivismus hat die Verwaltungsrechtslehre die Verwaltungslehre abgelöst. Für den Nachwuchs des höheren Verwaltungsdienstes hat sich diese Beschränkung sehr nachteilig ausgewirkt. Mir scheint, daß uns aufgegeben ist, die Verwaltungsrechtslehre durch eine Verwaltungslehre und eine Verwaltungspolitik zu ergänzen. Dann werden sich auch fruchtbare Wechselwirkungen zur Verwaltungsrechtswissenschaft ergeben¹⁷⁰⁾, die geeignet sind, diese selbständige wissenschaftliche Disziplin, die dem Recht entspringt und der Verwaltung zugeordnet ist, fortzuentwickeln, wofür Ansätze genug durch immer bessere Erkenntnis der Verwaltungswirklichkeit in den jüngsten Arbeiten der Verwaltungsrechtswissenschaft vorhanden sind.

¹⁶⁹⁾ E. Becker, Stand und Aufgaben der Verwaltungswissenschaft (Festschrift für Fr. Giese, 1953), S. 9 ff.

¹⁷⁰⁾ M. Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1954, S. 36, 46.

Leitsätze des Berichterstatters über: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung

I

1. *Die gesamte öffentliche Verwaltung ist rechtsgebunden.*
2. *Alle unmittelbaren Verwaltungsaufgaben sind Leistungsaufgaben zur Verwirklichung der Sozialordnung.*
3. *Mittelbare Verwaltungsaufgaben werden durch Komplementärfunktionen der eingreifenden Verwaltung und Hilfsfunktionen im besonderen Pflichtverhältnis erfüllt.*
4. *Die Verwaltungsrechtsprechung ist ihrer Herkunft und ihrer Eigenart nach an der Eingriffsverwaltung orientiert, die es mit Belastungen zu tun hat.*
5. *Der durch die Rechtsprechung garantierte Rechtsstaat wird abstrakt durch die Rechtsetzung, konkret durch die Verwaltung realisiert.*

II

6. *Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung sind rechtsatzgebunden; sie unterscheiden sich in der Hauptsache durch die Verschiedenheit ihrer Aufgaben und Funktionen.*
7. *Für die gestaltende Verwaltung (ohne Gesetzesvollzug) ist das Recht Ermächtigung, Verpflichtung, Begrenzung und Zielbestimmung im Sinne einer materialen Rechtsstaatsauffassung.*
Verwaltungshandlungen im nichtgesetzesakzessorischen Bereich sind an die Zuständigkeitsordnung, das Gemeinwohl, sachgerechtes Handeln und an das Haushaltsrecht gebunden.
8. *Verwaltungstätigkeit ist Verwirklichung der Verwaltungszwecke für den konkreten Fall im Sinne einer Sozialgestaltung nach der Rechtsordnung.*
Verwaltungsrechtsprechung ist Tätigkeit der von den anderen Staatsfunktionen unabhängigen Verwaltungsgenichte, unter Anwendung des geltenden Rechts auf einen konkreten Sachverhalt auszusprechen, was Rechtens ist.
9. *Die Verwaltung erschöpft sich nicht in Rechtsanwendung, sondern muß in ihren Aufgaben und Tätigkeiten differen-*

ziert werden, wenn die Bedeutung der Verwaltungshandlungen sichtbar werden soll.

Die Verwaltungsgerichte müssen diese Differenzierung beachten, wenn sie die Grenzen des Ermessens prüfen. Wer zwischen Rechtswidrigkeit und Zweckwidrigkeit unterscheiden will, muß Rechtsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit kennen.

10. Gegenüber der mittelbaren Aufgabenerfüllung durch Komplementär- und Hilfsfunktionen sind die (materiellen) Aufgaben und (formellen) Tätigkeiten der Leistungsverwaltung auf Erfüllung unmittelbarer Verwaltungsobliegenheiten gerichtet, d. h. auf sozialgerechte Leistungen, die in Verwirklichung der Verwaltungszwecke am konkreten Fall das Gemeinwohl realisieren.
11. Leistungsaufgaben sind alle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, die der Allgemeinheit oder bestimmten Einzelnen unmittelbar zu dienen bestimmt sind. Sie gliedern sich nach Daseinsvorsorge, Fürsorge (einschließlich der Überwindung allgemeiner Notlagen) und Einzelförderung. Leistungen der öffentlichen Verwaltung sind entweder jedermann oder Personengruppen oder Einzelnen zugänglich. Die Entscheidung über die Zulassung zur Benutzung oder über die Gewährung einer antragsbedürftigen Leistung ist ein Verwaltungsakt, auch wenn die Leistung selbst in den Formen des bürgerlichen Rechtsgeschäfts erfolgt.
12. Leistungsträger sind nicht nur die Träger öffentlicher Verwaltung, sondern auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben beauftragt, beliehen oder inpflichtgenommen sind.
13. Eine Gliederung der öffentlichen Leistungen kann auch danach erfolgen, ob die Verwirklichung der Leistung durch verwaltungseigene oder verwaltungsfremde sächliche Mittel erstrebt wird.
14. Die Eingrenzung der öffentlichen Anstalt ist eine zweckbedingte Maßnahme, die nicht außerhalb der Rechtsordnung steht. Die zweckhafte Gestaltung der Leistungs- und Nutzungsverhältnisse ist vom öffentlichen Interesse, vom Gemeinwohl und von sachgerechtem Handeln bestimmt; hierbei darf weder die Zuständigkeitsordnung verletzt sein, noch dürfen die Grundrechte außer acht gelassen, noch über das gesetzlich zugelassene Maß hinaus beschränkt werden.
15. Da die Verwaltungsrechtsprechung an der Eingriffsverwaltung orientiert ist, vermag sie in der Regel nur z. T.

den Problemen der Leistungsverwaltung zu entsprechen, wenn ein negativer Verwaltungsakt aufgehoben und ein positiver herbeigeführt werden soll. Mit der Leistungsklage kann nur ein Anspruch aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtssatz oder Vertrag geltend gemacht werden, soweit nicht die Zuständigkeit eines anderen Gerichts begründet ist.

16. *Die Verwaltungsrechtsprechung ist hoheitliche Funktion. Die Funktionen der Verwaltung sind dagegen nicht auf hoheitliche Tätigkeiten beschränkt.*

III

17. *Verwaltungshandlungen ohne Verwaltungsrechtsweg gibt es sowohl in der Gesetzesakzessorischen als auch in der nichtgesetzesakzessorischen Verwaltung.*

Abgesehen von den gerichtsfreien Hoheitsakten, handelt es sich besonders um vorbereitende Verwaltungsmaßnahmen, Verwaltungshandlungen nichtrechtsbegründender Art, allgemeine und besondere Verwaltungsmaßnahmen, fiskalische Verwaltungshandlungen und um Zweckmäßigkeitsentscheidungen innerhalb des gesetzlich eingeräumten, rechtmäßigen Ermessens.

18. *Nicht nur die Rechtsprechung und sonstige Kontrollen aller Art, sondern auch die Verpflichtung der gesamten Verwaltungstätigkeit auf das Recht lassen den Staat als Rechtsstaat erkennen.*
19. *Der Rechtsstaat wird nicht durch die Vielzahl der Rechtswege realisiert, sondern verlangt Effektivität des Rechtsschutzes.*
20. *Der Rechtsstaat ist Rechtsprechungsstaat, soweit die Rechtsprechung als Rechtsstaatsgarantie in Erscheinung tritt.*

IV

21. *Grenzen der Verwaltungstätigkeit ergeben sich nicht nur aus der Verpflichtung zur Rechtmäßigkeit der Verwaltung, sondern auch aus dem Verwaltungszweck. Nicht jede rechtmäßige Verwaltungshandlung ist zugleich zweckmäßig; nicht jede unzweckmäßige Verwaltungshandlung ist rechtswidrig. Zweckhandlungen der öffentlichen Verwaltung sind rechtswidrig, wenn die Zuständigkeitsordnung, die Gesetze oder oberste Rechtsgrundsätze verletzt sind.*

22. *Die Verwaltungsrechtsprechung ist an dem Verwaltungszweck negativ interessiert.*

Die Erweiterung des von der Verwaltungsrechtsprechung erfaßten Raumes der öffentlichen Verwaltung ist nicht nur die Folge der Generalklausel und des prozessualen Grundrechts nach Art. 19, IV GG, sondern auch die Konsequenz der Steigerung der Verwaltungsaufgaben und einer rechtsstaatlichen Entwicklung des Rechtsdenkens, das sich zunehmend von der Vorstellung der Gewaltverhältnisse entfernt.

23. *Der Verwaltungsrechtsschutz ist in der Zeit der „klassischen Verwaltung“ unter dem Enumerationsprinzip mit partieller Generalklausel für das Polizeirecht nicht weniger effektiv gewesen als heute mit erweiterter Verwaltungszuständigkeit unter der Herrschaft der Generalklausel.*

24. *Ermessen der Verwaltungsbehörde gibt es nur im gesetzlich geordneten und — unterhalb der obersten Bundes- und Landesbehörden — nur im potentiell weisungsgebundenen Raum.*

Gestaltende Verwaltungshandlungen der nichtgesetzesakzessorischen Verwaltungstätigkeit sind keine Ermessenshandlungen. Kriterium der Selbstverwaltung ist nicht allein das Ermessen.

25. *Vom Handlungsermessen ist der Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Gesetzesbegriffen in Grenzfällen zu unterscheiden.*

26. *Spannungen zwischen Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung ergeben sich weniger oft aus Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsauslegung als vielmehr aus anderen Gründen.*

V

27. *Der Verwaltungswissenschaft ist aufgegeben, das Verwaltungsrecht durch eine Verwaltungslehre und eine Verwaltungspolitik zu ergänzen.*

Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung

2. Mitbericht von Privatdozent Dr. Helmut Rumpf,
Heidelberg

I

Der staatliche Wiederaufbau Deutschlands nach dem Ende des zweiten Weltkrieges hat uns in den von den drei westlichen Verbündeten besetzten Landesteilen eine Perfektion der Technik des Rechtsschutzes beschert, wie sie meines Wissens kein anderer Staat besitzt. Mit den Stichworten: Verselbständigung der Verwaltungsgerichte, Generalklausel, Untätigkeitsklage, abstrakte Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde, richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen, formelles Hauptgrundrecht des „königlichen Artikels“ des Grundgesetzes (19, Abs. 4) ist die Struktur unseres Rechtswegstaates gekennzeichnet. Daß diese Perfektion des Rechtsschutzes des Individuums gegen die einheimische öffentliche Gewalt in einer Zeit geschaffen wurde, als Deutschland militärisch besetzt, politisch und staatsrechtlich gespalten, wirtschaftlich und sozial desorganisiert und existenziell gefährdet war, ist ein Phänomen, das kommende Rechtssoziologen und Historiker einmal erklären mögen. Vielleicht werden sie dabei vom Pendelschlag der Geschichte oder von der Dialektik des gesellschaftlichen Lebens sprechen, die im ideologischen Rückschlag gegen den totalen Machtstaat den Versuch des totalen Rechtsstaats, als Antwort auf die trügerische Verabsolutierung des Ganzen die Erhebung des Einzelnen hervorrief. Komende Betrachter werden aber — ebenso wie wir Zeitgenossen — neben den besonderen politischen und sozialen Umständen der deutschen Lage nach 1945 die allgemeine Verschiebung im Verhältnis des Einzelnen zur Verwaltung, die ihm als Leistungsträger entgegentritt, konstatieren und werden bemerken, daß unsere Rechtsschutz-Errungenschaften, von denen hier nur die auf die Verwaltung bezüglichen, speziell die Verwaltungsrechtsprechung, interessieren, einer Zeit zuteil wurden, in der der Einzelne „der Verwaltung nicht mehr selbständig sondern abhängig gegenübersteht“, wie es Ernst Forsthoff ausgedrückt hat¹⁾.

Im Vorwort zur ersten Auflage seines Lehrbuchs (1949), in dem er den Versuch macht, eine der sozialen und technolo-

¹⁾ Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd., 4. Aufl. 1954, S. 65, 412.

gischen Umwälzung angemessene Neuorientierung der Verwaltungsrechtswissenschaft zu begründen, und das er zur Hälfte während des Krieges schrieb, teilt Forsthoff mit: „Nach der Kapitulation stellte es sich bald heraus, daß an der Gesamtkonzeption nichts geändert zu werden brauchte“ (S. 7). Hinter den wechselnden Verfassungsscenarien zeichne sich eine konstante Entwicklung ab, die Verschiebung des Verhältnisses des Einzelnen zur Verwaltung. Während die politischen und ideologischen Gründe der neuen institutionellen Entwicklung der Verwaltungsrechtspflege hier nicht weiter zu erörtern sind, führt die Feststellung der Veränderung im Verhältnis des Einzelnen zur Verwaltung, für die sich das Stichwort „Daseinsvorsorge“ eingebürgert hat, zum ersten, einem staats-theoretischen Gesichtspunkt, unter dem ich das Thema zu behandeln gedenke. Ihm möchte ich einen weiteren staats-theoretischen Gesichtspunkt, den der Funktionenlehre und dann den verwaltungsrechtlichen der Ermessenslehre anschließen. Der erste Gesichtspunkt läßt sich in die Frage fassen: Welches ist die Rolle der Verwaltungsrechtsprechung im Zeitalter der Daseinsvorsorge?

In der Begründung des Entwurfs einer Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes (VwGO)²⁾ von 1954 wird erklärt „Die öffentliche Gewalt drängt sich mehr und mehr in die Sphäre des Bürgers; dies bedingt aber andererseits eine allumfassende und wirkungsvolle Verwaltungsgerichtsbarkeit als Damm gegen jedwelchen Mißbrauch.“ Hier wird die Kontrolle der Verwaltung durch die Verwaltungsrechtspflege ganz im Sinne der individualistischen Rechtsschutztheorie begründet, die in Deutschland von Mitte des 19. Jahrhunderts bis 1933 so gut wie unbestritten herrschte und der, historisch gesehen, die Schaffung einer Verwaltungsrechtspflege, ob in „justizstaatlicher“ oder in „rechtsstaatlicher“ Ausprägung, zu danken ist. Der Rechtsschutz, der hier gemeint ist, ist der „Schutz im Wege Rechtsens“, wie Otto Mayer sagte, durch den „der Einzelne in seinen Interessen geschützt“ wird, wie durch den Zivilrechtsschutz³⁾. Die Begründung der Verwaltungsgerichtsordnung enthält den Gedanken: Je mehr Verwaltungshandeln, desto notwendiger die Verwaltungsrechtspflege: Die Verschiebung im Verhältnis des Einzelnen zur Verwaltung bedingt und fordert also geradezu die Ausdehnung des Sachbereichs der Verwaltungsrechtsprechung, also vor allem die General-

²⁾ Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, 1953, Drucksache 462 vom 12. IV. 54, S. 26, Spalte 2.

³⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Bd., 2. Aufl. 1914, S. 124.

klausel. Wenn, so könnte man dies Argument illustrieren, eine Verwaltungsbehörde mir elementarste Lebensbedürfnisse, wie das Dach über dem Kopf, den Wohnraum, zuteilen oder vorenthalten kann, so will ich notfalls gegen ihren Entscheid einen Richter anrufen können. Denn „im Verhältnis zwischen einzelem und Staat ist offenbar der erste der schwächere Teil“, um eine Formulierung Walter Jellineks aus dem Kapitel seines „Verwaltungsrechts“ über den „Schutz gegen Übergriffe der Verwaltung“ zu gebrauchen⁴⁾.

Als ein Korrelat, eine sachliche Entsprechung, ist das Verhältnis von Ausdehnung der Bürokratie und Ausdehnung der Verwaltungsrechtsprechung auch im zeitgenössischen Schrifttum angesprochen worden, so von Hans Schneider in seiner Schrift über „Gerichtsfreie Hoheitsakte“⁵⁾ und von Chr. F. Menger in seinem bedeutsamen Aufsatz „Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit“ in der „Öffentlichen Verwaltung“ (Okt. 1955, S. 587).

Die dem Machtantritt des Nationalsozialismus folgende „Wandlung des staatsrechtlichen Denkens“ führte auch zu einer Umdeutung des Sinnes und der Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung. Eine Staats- und Verwaltungstheorie, die im Verwaltungsrecht eine Schranke, in der Verwaltungsrechtsprechung eine Kontrolle der aktiven Verwaltung im Interesse des Individuums und der bürgerlichen Gesellschaft mit ihrer Rechts- und Besitzsphäre sah, entsprach dem ganz auf Aktion eingestellten, sich selbst als Führerstaat verstehenden Staat der nationalsozialistischen Diktatur nicht mehr. Die Neuzeichnung der Vorlesungen nach dem Studienplan vom 10. Januar 1935 und einiger Lehrbücher, in deren Titel der Zusatz -„recht“ an den Sachgebieten weggelassen wurde -„Verfassung“ statt Verfassungsrecht, „Verwaltung“ statt Verwaltungsrecht, „Bauer“ statt Argarrecht, „Gesellschaften“ statt Gesellschaftsrecht, „Familie“ statt Familienrecht, — bezeugen die damals aufgekommene Denkrichtung. Der Ausgangspunkt lag für diese Theorie, die sich ausdrücklich von der mit dem Namen Otto Mayer verbundenen „juristischen“ Methode distanzierte, nicht in der isolierten juristischen Norm, sondern in der Gesamtheit jener Lebensvorgänge, die man Verwaltung nennt. Hier sprachen Vorstellungen eines konkreten Ordnungsdenkens, eines rechtswissenschaftlichen Institutionalismus ebenso mit, wie die Rücksicht auf die konkrete Lage. Die einer liberalen Ideologie zugeschriebene Antithetik von Individuum und Gemeinschaft, Staat und Ge-

⁴⁾ 3. Aufl. 1931, Neudruck 1948, S. 289.

⁵⁾ 1951, S. 31, ebenso in DV 1949, S. 142 f.

sellschaft, Staat und Recht, Justiz und Verwaltung, Gesetz und Verordnung galt als in der höheren Einheit des Volkstums überwunden. Da mußte auch die Verwaltungsrechtsprechung einen anderen Sinn, eine andere Legitimation erhalten, wollte man sie erhalten. Sie wurde als „interne Rechtskontrolle“, als Selbstkontrolle der Verwaltung hingestellt, deren eignes Interesse am ordnungsmäßigen Funktionieren damit gewahrt würde. In dieser Sicht erweist der ordentliche Richter, der Verwaltungsakte prüft, der Verwaltung einen Dienst, indem er die unerläßliche gesetzliche Ordnung erhält. Er wird der Mitarbeiter des Verwaltungsbeamten, der schon aus Gründen der Arbeitsteilung nicht zu entbehren ist, wenn er auch nicht beanspruchen darf, der Gerechtigkeit besser zu dienen als dieser. Vorgezogen wurde allerdings eine „echte Verwaltungsgerichtsbarkeit“, die in engstem Zusammenhang mit der aktiven Verwaltung steht und daher ihre Kontrolle nicht von außen sondern aus der Mitte der Verwaltung selbst heraus vollzieht.

Der Gedanke, daß Verwaltungsrechtsprechung nicht nur dem Interesse des individuellen Rechtsschutzes, sondern auch der ordnungsmäßigen Verwaltung selbst dient, war der liberal-rechtsstaatlichen Lehre keineswegs fremd und wird auch in der Wissenschaft von heute wieder vertreten. Nur der Akzent hat sich jeweils von der einen auf die andere Aufgabe verschoben. Daß die Verwaltungsrechtspflege „auch bloß dem objektiven Rechte“ . . . „der aufrechtzuerhaltenden Rechtsordnung, und dadurch mittelbar den durch diese geschützten Interessen“ dienen kann, bemerkte schon Otto Mayer⁶⁾. Im Schrifttum unserer Zeit ist es vor allem Forsthoff, dem die individualistische Rechtsschutztheorie für die Gegenwart unbefriedigend erscheint. „Für einen Rechtsstaat“ lehrt er, . . . „dient der Rechtsschutz nicht nur dem Individualinteresse, das jeweils im Spiele steht, sondern ebenso sehr seinen eigenen Zwecken, innerhalb deren die Wahrung des Rechts allen übrigen vorgeordnet ist“⁷⁾, und auch speziell dem Verwaltungsinteresse. Dabei nimmt Forsthoff an, daß die Bedeutung der verwaltungsgerichtlichen Kontrollfunktion infolge der wachsenden Abhängigkeit des Einzelnen von der staatlichen Daseinsvorsorge im Abnehmen ist. Statt sich zu streiten, würde man sich mehr und mehr mit der Verwaltung „arrangieren“. Dagegen hat neuerdings Menger in dem erwähnten Aufsatz, der gerade der rechtlichen Erfassung des Phänomens der pflegenden Verwaltung und ihres Verhältnisses zur Ein-

⁶⁾ aaO., S. 135.

⁷⁾ aaO., S. 412—413.

griffsverwaltung alten Stils gewidmet ist, die Kontrolle der Verwaltung auf Wahrung der objektiven Rechtsordnung als lediglich „eine erwünschte Nebenfolge“ der Verwaltungsprozesse bezeichnet, deren Hauptaufgabe es ist, Rechtsschutz zu gewähren (a. a. O., S. 591).

Das Verfassungsrecht von Weimar, von Bonn und der in der Bundesrepublik zusammengeschlossenen Länder bekennt sich bekanntlich klar zur individualistischen Rechtsschutztheorie. Artikel 107 der Weimarer Reichsverfassung verlangte, daß im Reich und in den Ländern „Verwaltungsgerichte zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden bestehen“. Wie die Grundgesetzgeber von Bonn die Aufgaben der Verwaltungsrechtsprechung verstanden, zeigen Formulierung und Stellung des Artikels 19, Abs. 4 des Grundgesetzes im Grundrechtsteil deutlich genug⁸⁾, so daß sich der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte (erste Fassung stand im „Freiheitsartikel“ 2 als Abs. 4) und die Motive erübrigt⁹⁾. Ähnliche Wendungen wie im Grundgesetz finden sich in den geltenden deutschen Länderverfassungen in den Artikeln über die Verwaltungsgerichtsbarkeit¹⁰⁾. Besonders deutlich bezeichnet die Verfassung von Berlin vom 1. September 1950 die Aufgabe der Vw-Gerichte im Artikel 7, Abs. 1: „Dem Schutz gegen widerrechtliche Maßnahmen der Verwaltung dient die Verwaltungsgerichtsbarkeit.“

Während also die überwiegende Meinung heute die Verwaltungsrechtspflege im Einklang mit der Ideologie unseres Verfassungsrechts wieder vornehmlich als Methode des Rechtsschutzes im individuellen oder „gesellschaftlichen“ Interesse ansieht und ihren Ausbau geradezu mit dem Umsichgreifen der vorsorgenden und fürsorgenden Staatstätigkeit begründet, wird andererseits aus der Rolle der Verwaltung als Leistungsträger auch unter dem geltenden Verfassungssystem auf eine veränderte, d. h. nach innen gekehrte und zugleich verringerte Bedeutung der Verwaltungsrechtspflege geschlossen. Die tieferen Gründe dieser verschiedenen Sinndeutung der Verwaltungsrechtsprechung sind rechts- und staatsphilosophischer Art. Auch der Begriff des „Rechtsstaats“, der im Hintergrund aller Aspekte des Themas dieser Verhandlung steht, hat ja bekanntlich die widerspruchsvollsten Deutungen erfahren und

⁸⁾ „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“

⁹⁾ Jahrb. d. öff. Rechts der Gegenwart, Neue Folge Bd. 1, 1951, S. 183–186 u. S. 715 (St. S. Strauss). Dazu Klein in VVDStL, Heft 8, 1950.

¹⁰⁾ Bad.-Württ., Art. 67 I u. II; Niedersachsen, Art. 41; Nordrhein-Westf., Art. 74.

zeigt nicht nur in der Verschiedenheit der juristischen Konzeption — material, formal, prozessual — sondern auch der schmückenden Beiworte — liberal, bürgerlich, national, republikanisch, demokratisch, sozial — die Divergenz metajuristischer Standpunkte. Weder in philosophisch-weltanschauliche Erörterungen noch in eine Diskussion aller Deutungen und Mißdeutungen des Begriffs Rechtsstaat, über den auf der Bonner Tagung dieser Gesellschaft 1953 so glänzend referiert wurde, will und kann ich hier eintreten. Dagegen will ich zunächst versuchen, auf dem begrifflich-systematischen Wege der Lehre von den Staatsfunktionen Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung wesensmäßig zu unterscheiden, um daraus dann Folgerungen auch für ihr Verhalten zueinander und eine Antwort auf die Frage nach der Rolle der Verwaltungsrechtsprechung im Zeitalter der Daseinsvorsorge zu ziehen.

II

Die Begründung des Entwurfs einer Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes von 1954 würdigt in der Einleitung die nach 1946 geschaffene neue Ordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der Feststellung, daß die Verwaltungsgerichte „sich von der Selbstkontrolle der Verwaltung zu Trägern echter Gerichtsbarkeit entwickelt“ hätten¹¹⁾. § 1 des Entwurfs bestimmt in Anlehnung an die Formulierung des § 1 der VO Nr. 165 der britischen Militärregierung: „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird durch unabhängige von den Verwaltungsbehörden getrennte Gerichte ausgeübt“. Die Trennung von den Verwaltungsbehörden stellt nach der Begründung „einmal klar, daß Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht mehr Verwaltungsselbstkontrolle sondern im Sinne der Gewaltenteilung echte Gerichtsbarkeit ist, daß sie also nicht mit der Exekutive verquickt werden darf.“ Andererseits aber stehe dies Erfordernis im engsten Zusammenhang mit dem Gebot der Unabhängigkeit der Richter. „Nur bei völliger Losgelöstheit von der Verwaltung“, so heißt es weiter, „kann die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihre vornehmste Aufgabe, eben diese Verwaltung zu kontrollieren, erfüllen“. § 1 solle sicherstellen, „daß für alle Gebiete der Verwaltung auch wirklich die Entscheidung echter Gerichte nachgesucht werden kann“, um die sich anderenfalls aus Artikel 19, Abs. 4 des Grundgesetzes i. V. mit

¹¹⁾ aaO., S. 25.

den Artikeln 92 und 97 über die Rechtsprechung ergebende Konsequenz auszuschließen, daß eine subsidiäre Zuständigkeit der Zivilgerichte eintritt¹²⁾. Der Bundesrat hat in seinen Änderungsvorschlägen zu § 1 lediglich empfohlen, nach dem Wort „unabhängige“ ein Komma zu setzen¹³⁾.

Entwurf und Begründung der Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes haben sich damit nicht nur zu den Grundsätzen der Verwaltungsgerichtsverfassung bekannt, die bereits in den zonalen und Landes-Teilordnungen verwirklicht worden waren, sondern sind offenbar auch jener in den letzten Jahren ausgebildeten Theorie gefolgt, die die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik als Teil einer einheitlichen richterlichen Gewalt versteht. Ehe das Grundgesetz in Kraft trat, war im Schrifttum gefordert worden, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in einer einheitlichen Rechtspflegeorganisation zu verschmelzen¹⁴⁾, indem sie beide dem Dienstbereich des Justizministeriums zugeteilt oder gar, indem die Verwaltungsgerichte als besondere Kammern und Senate den Zivilgerichten eingegliedert würden. Zwar ist das Grundgesetz diesen Empfehlungen nicht gefolgt, und auch die Verwaltungsgerichtsordnung folgt ihnen nicht. Trotzdem wird von einer überwiegenden Lehre die im Geltungsbereich des Grundgesetzes bestehende Gerichtsverfassung so verstanden, daß die verschiedenen Arten von Rechtspflege eine einheitliche rechtssprechende Gewalt bilden. Daß dies der Vorstellung des Grundgesetzes entspricht, hat der Vorsitzende des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege des Parlamentarischen Rats, Staatssekretär Walter Strauß, in einem Aufsatz in der „Süddeutschen Juristenzeitung“ (August 1949, Jg 4, Sp. 525) bezeugt.

Die Vorstellung der „Einheit der richterlichen Gewalt“, deren „Organe“ die „einzelnen Zweige der Gerichtsbarkeit“ sind, um Ausdrücke Richard Naumanns zu verwenden (JZ, 51, 205, 208), scheint sich indes durchgesetzt zu haben. Während die Mehrheit der Autoren „die Konstituierung der Rechtsprechung als dritter Gewalt“ (Loening, SJZ, 1950, Sp. 258) „gegenüber den anderen beiden Gewalten“ aus dem Sinn und Zusammenhang der Grundgesetzartikel 20, Abs. 2,

¹²⁾ aaO., S. 27/28.

¹³⁾ aaO., S. 55.

¹⁴⁾ So Friesenhahn, Justiz u. Verwaltungsrechtsschutz in der Sammlung Justiz u. Verfassung, hrsgg. v. ZJf.BZ.(1948), S. 121; siehe auch: Baur, DRZ 49, 395; Grewe, DRZ 49, 392.

92 und 96¹⁵⁾ sowie dem Zusammenhang aller Artikel über die Gerichtsbarkeit im IX. Teil des Grundgesetzes folgt¹⁶⁾, will Forsthoff in der 4. Aufl. seines Lehrbuchs die verschiedenen Formen der Rechtspflege nur dann „als Ausfluß einer einheitlichen richterlichen Gewalt“ aufgefaßt wissen, wenn die Rechtsprechung zum Hüter der staatlichen Einheit gesetzt worden ist. Dann aber sei „die Justiz den übrigen Gewalten eindeutig vorgeordnet“¹⁷⁾, und „die Gewaltenteilung im Sinne Montesquieus als ein System gleichgeordneter sich wechselseitig hemmender Funktionen“ preisgegeben.

Betrachtet man mit der herrschenden Meinung die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Teil der einheitlichen richterlichen Gewalt, so liegt es nahe, das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, gleichviel welche Gerichte dafür zuständig sind, im Sinne des Schemas Montesquieus als ein Verhältnis von Gewalten zu sehen.

Die Verwaltungsrechtsprechung steht dann als Teil oder Funktion einer Gewalt, nämlich der dritten, der Justiz im weiteren Sinne, der Verwaltung als der zweiten Gewalt gegenüber.

Die Verwendung des Begriffs der Gewalt im Grundgesetz und im Schrifttum (nicht etwa nur der deutschen Nachkriegszeit) ist jedoch oft zwei- und mehrdeutig. Mit „Gewalt“ *pouvoir, puissance, power*, werden im juristischen und staats-theoretischen Sprachgebrauch nämlich sehr verschiedene Dinge und Vorstellungen bezeichnet. Gewalt kann heißen: soziale Größe (so in dem Begriff der indirekten Gewalten, der *potestates indirectae*), Träger einer Kompetenz (Organ), Kompetenz (Befugnis) und Funktion (Staatstätigkeit). Das Grundgesetz gebraucht den Ausdruck in Artikel 20, Abs. 2 (Organe der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung in der Bedeutung der Funktion, Abs. 3 (Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an die Gesetze) in der Bedeutung von Organ oder Kompetenzträger und in Art. 92, Halbsatz 1 (Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut und wird . . . ausgeübt), als Funktion oder Kompetenz. In manchen Abhandlungen und Erläuterungen zum

¹⁵⁾ 20,2: Ausübung der Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung; 92: Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch . . . die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und die Gerichte der Länder ausgeübt; 96: Errichtung oberer Bundesgerichte.

¹⁶⁾ Vgl. auch Bachof, SJZ 49, Sp. 377; SJZ 50, Sp. 161.

¹⁷⁾ Lehrbuch, 4. Aufl., S. 424—426.

Grundgesetz ist ein mehrfacher Bedeutungswechsel des Wortes festzustellen¹⁸⁾.

Schon bei Montesquieu bedeutet „Gewalt“ bald Funktion, bald Funktionsträger, bald Macht. Wenn er das berühmte 6. Kapitel des XI. Buches des „Esprit des Lois“ mit der Aufzählung der drei Arten von Gewalt: *puissance législative, puissance exécutive, puissance de juger* — beginnt, die es in jedem Staat gibt, und die um der Freiheit willen nicht in derselben Person oder obrigkeitlichen Körperschaft vereinigt sein dürfen, so meint er die Funktionen. Wenn er eine Ordnung der Dinge fordert, in der „*le pouvoir arrête le pouvoir*“ (XI, 4), meint er konkrete soziale Macht. Wenn er darlegt, wie im Interesse der Freiheit Eingriffe einer Gewalt in den Bereich der anderen erlaubt oder verwehrt sein sollen, meint er die politischen Subjekte staatlicher Funktionen. Dabei entspricht der Wechsel der Wörter *pouvoir* und *puissance* weder bei Montesquieu noch sonst dem Wechsel dieser Bedeutungen.

Zwei moderne Herausgeber des „Esprit des Lois“, Franz Neumann in der Einleitung zu seiner amerikanischen Neuausgabe von 1949 und Ernst Forsthoff in der Einleitung zu seiner deutschen Neuausgabe von 1951, haben darauf hingewiesen, daß das Prinzip der sogenannten Gewaltenteilung seinen Zweck nur erfüllen kann, wenn es, wie bei Montesquieu, eine politisch-gesellschaftliche Basis hat, d. h. wenn die staatlichen Funktionen und ihre Organisation auch von verschiedenen sozialen Gruppen dominiert werden¹⁹⁾. Nur so wird mit der Gewaltenteilung und -balancierung auch ein Machtgleich erreicht. Daß es an dieser gesellschaftlichen Grundlage der Gewaltenteilung in der Bundesrepublik fehle, hat Werner Weber in seiner bekannten kritischen Analyse der „Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem“ (1951) behauptet. Während Montesquieu seine *pouvoirs* und *puissances* an konkrete soziale Größen und politische Mächte — Königtum, Adel, Bürgertum — gebunden sah und gebunden sehen wollte, die auch in der deutschen konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts und in veränderter Gestalt (volksgewählter Reichspräsident statt Kaiser und König) in der Weimarer Republik noch bestanden, seien Exekutive, Legislative und rechtsprechende Gewalt in der Bundes-

¹⁸⁾ Beispiele: Kommentar zum GG von Mangoldt, zu Art. 20 u. 92.

¹⁹⁾ Franz Neumann ed. Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, New York 1949, S. IV ff.; Ernst Forsthoff, Einleitung zu Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, I. Bd., 1951, S. XXX ff.

republik nur noch „Bezeichnungen für staatliche Funktionsbereiche, aber keine politischen Gewalten“²⁰). Hinter den Organen der Gesetzgebung und Verwaltung stünden die gleichen politischen Parteien, die zusammen mit den übrigen pluralistischen Mächten einen ganz anders gearteten Machtausgleich herbeiführen, dem Weber „das wesentliche Verdienst an dem real freiheitlichen Charakter unserer heutigen Verfassungszustände“ zumißt²¹).

Ich halte Webers These für im Kern richtig. Der gesellschaftlich-politische Unterbau des Gewaltenteilungsprinzips ist entfallen, wenn auch wohl nicht erst 1945, sondern schon 1918. Aber auch die Kritiker Webers sehen etwas Richtiges, wenn sie der Gewaltenverteilung noch immer eine die Freiheit schützende, die Macht hemmende Wirkung zuerkennen und sie nicht als bloßes Ordnungsschema der Aufgaben und Zuständigkeiten bezeichnet haben wollen²²). Was sich „arretiert“, sind eben keine sozialen Größen, keine politischen Mächte im eigentlichen Sinne mehr, sondern einzelne Funktionsträger und damit — bildlich gesprochen — die Funktionen. Das Verwaltungsgericht, das einen Verwaltungsakt des Regierungspräsidenten aufhebt, hemmt diesen in einem konkreten Fall. Ebenso das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren etwa den Bundestag, ein Staatsgerichtshof eine Landesregierung, ein Parlament seine Regierung.

Die richterliche Gewalt wird seit Montesquieu gern als „en quelque façon nulle“ bezeichnet. Damit wird sowohl der angebliche Automatismus der Rechtsprechung als auch ihre angebliche Freiheit von sozialen Mächten angedeutet. Wo jedoch die Justizgerichte, wie in England bis in die jüngste Zeit und in den Vereinigten Staaten bis zu Franklin D. Roosevelt, mit Fug als Exponenten gewisser wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Interessen angesehen wurden, waren sie sehr wohl auch politische Faktoren. Hinter der Frage, ob und wieweit sie die Verwaltung kontrollieren sollen und dürfen, stand und steht noch in diesen Ländern ein realer politischer, wirtschaftlicher und ideologischer Konflikt. Darum ist dort die Kontroverse um das administrative law und die supremacy oder rule of law Ausdruck sozialer Spannungen. Wo, wie in diesen Ländern, die justizstaatliche Regelung als Schutzwehr der kapitalistischen Ordnung betrachtet wird, kann ihr Abbau zu-

²⁰) aaO., S. 26, 42.

²¹) aaO., S. 58.

²²) Eine Auseinandersetzung mit Weber bei v. Mangoldt, Kommentar zum GG zu Art. 20, S. 137—139 mit Literaturhinweisen.

gunsten einer Verwaltungsgerichtsbarkeit im Schoße der Verwaltung nur als Zeichen für das Vordringen sozialistischer und planwirtschaftlicher Mächte gewertet werden.

Wenn dagegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit im heutigen deutschen Staat von der „zweiten“ zur „dritten Gewalt“ übergegangen ist, so hat sich damit im hintergründigen sozialen und politischen Spannungsfeld nichts verschoben. Die Verstärkung ist nicht einer politischen „Gewalt“ zuteil geworden, sondern einer funktionellen und organisatorischen Einheit, die das Grundgesetz in Anlehnung an hergebrachte Terminologie „rechtsprechende Gewalt“ nennt. Auch sein ständisches Bewußtsein, sein Berufsethos und seine Unabhängigkeit, worin das soziologische Fundament des Richterstandes gefunden worden ist²³⁾, machen ihn nicht zu einer einheitlichen realen Gewalt. Als Beamte sind die Richter in der Bundesrepublik zudem nicht Gegenspieler der Verwaltungsbeamten, sondern Kollegen mit gleicher Arbeitstechnik, weitgehend gleicher Ausbildung und gleichen Sorgen. „Der Funktionsgegensatz zwischen Justiz und Verwaltung“ ist bei uns, wie Otto Küster treffend sagt, „soziologisch durch nichts unterbaut“²⁴⁾. Schließlich aber ist es nicht die wesentliche Aufgabe des Richters zu hemmen, sondern zu richten^{24a)}.

Mit den Vorstellungen und Sinndeutungen der Gewalten-
teilung im hergebrachten Sinne läßt sich also das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung nicht klären. Nicht mit politischen „Gewalten“ haben wir es zu tun, sondern mit Staatsorganen, ihren Funktionen und Kompetenzen. Auch Carl Schmitt, Verfassungslehre, § 15, braucht übrigens „Gewalt“ nur im Sinne von Funktion und spricht von „Gewaltenunterscheidung“ statt von -teilung oder -trennung.

III.

„Zu Ende ist es mit der Harmonie der Ansichten, sobald die Rede auf den Begriff, Wesen und Prinzipien der Verwaltungsrechtspflege kommt.“ Dies Wort Richard Thomas aus

²³⁾ So von Mangoldt, aaO., u. Loening, SJZ 50, 258; zweifelnd Weber, aaO., S. 45 und Otto Küster, Das Gewaltproblem im modernen Staat, A. ö. R., 75. Bd., 1949, S. 397, 411 ff.

²⁴⁾ aaO., S. 411; Küster unterscheidet klar zwischen der Funktion und ihrem Träger, S. 401.

^{24a)} Ganz im Sinne dieser Ausführungen schreibt Nawiasky in der „Allgemeinen Staatslehre“ (II. Teil, 2. Bd., 1955, S. 68: „Man täte gewiß gut daran, nicht von einer Gewalt, sondern von einer Funktion, einer Verpflichtung, einem Dienst zu sprechen. Damit wäre dem Wort «Pouvoir» in diesem Zusammenhang eine bessere Sinndeutung gegeben.“

dem Jahre 1910, das Menger in seinem „System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes“ (1954, S. 17, Anm. 2) anführt, steht vermutlich auch über der heutigen Verhandlung. Die richtige Wesensbestimmung der Verwaltungsrechtsprechung als Funktion gehört aber m. E. nicht nur zum Verständnis der Neuordnung des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystems in der Bundesrepublik, sondern kann, worauf z. B. Friesenhahn²⁵⁾ und Naumann²⁶⁾ hingewiesen haben, auch praktische Bedeutung haben: Was für staatliche Organ-Tätigkeiten sind es, die nach Art. 92 des Grundgesetzes den Richtern anvertraut sind und demnach nur von ihnen ausgeübt werden dürfen? Zu was für Instanzen führt der Rechtsweg des Artikels 19, 4? Empfiehlt sich eine Neuregelung der Kompetenzverteilung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichten in Anbetracht der Konzeption einer einheitlichen richterlichen Gewalt?

Man hat mit Recht festgestellt, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit unter der Herrschaft des Grundgesetzes nicht mehr als „Verwaltungstätigkeit in den Formen der Gerichtsbarkeit“, die „ihrem Wesen nach nicht Justiz“ sei, aufgefaßt werden kann, wie es noch Hans Peters in seinem 1949 erschienenen „Lehrbuch der Verwaltung“ tat²⁷⁾; und nicht als „Fortsetzung der aktiven Verwaltung mit anderen Mitteln²⁸⁾“.

Es würde den Rahmen dieses Vortrags sprengen, auch nur die wichtigsten Definitionen von Verwaltung, Rechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung einzeln zu würdigen, die von der staatsrechtlichen Funktionenlehre und von der Verwaltungstheorie entwickelt worden sind. Auch hat Menger sich erst kürzlich in seinem erwähnten Buch mit solchen Begriffsbestimmungen auseinander gesetzt.

Da ich aber der Auffassung bin, daß die Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung und ihr Verhältnis zur aktiven Verwaltung im Sinne der Rechtsstaatsidee nur mit richtigen Begriffen dieser beiden Staatsfunktionen verstanden werden können, muß ich kurz auf die Funktionenlehre eingehen. Im 18. Kapitel seiner „Allgemeinen Staatslehre“ über die „Funktionen des Staates²⁹⁾ hat Georg Jellinek uns die grundlegende Unterscheidung von materiellen und formellen Funktionen, objektiver und subjektiver Einteilung der Staatstätigkeiten ins Bewußtsein gehoben. In

²⁵⁾ In Thoma-Festschrift 1950, S. 21 ff.

²⁶⁾ JZ 51, 204.

²⁷⁾ aaO., S. 194—195.

²⁸⁾ So H. Loening, DV 49, S. 85.

²⁹⁾ 3. Aufl., S. 595 ff.

der Geschichte der Funktionenlehre drang erst allmählich die Erkenntnis durch, „daß der Scheidung der Organe und Formen ein sachlich begründeter Unterschied als Basis dienen müsse³⁰⁾“, daß, mit anderen Worten, Struktur und Einteilung der Organe von der Art ihrer Aufgabe her bestimmt sein sollte. Die ältere Staatstheorie bis etwa zu Locke und Montesquieu, wo sich Ansätze zu einer materiellen Betrachtung finden, unterschied empirisch nach dem Wirkungskreis der konkreten Ämter, die in den konkreten Staaten der jeweiligen Epochen bestanden. Erst in jüngster Zeit hat sich meines Wissens die Staatsrechtslehre um materielle Funktionsbegriffe bemüht.

Allen Begriffsbestimmungen der Staatstätigkeiten liegt entweder ein Schluß vom Organ auf die Funktion oder ein Schluß von der Funktion auf das Organ oder eine unlogische Kombination beider Schlüsse zugrunde. In reinster Form würden die Definitionen entweder heißen: Gesetzgebung ist, was der Gesetzgeber beschließt; Verwaltungshandlung was die Verwaltung tut, Justiz, was die Richter tun. So sagt der bedeutende französische Verwaltungsjurist Marcel Waline, in seinem *Droit Administratif*³¹⁾: „l'administration, ce sont les opérations, quelle qu'en soit d'ailleurs la nature intrinsèque, que font les administrateurs“. Entsprechend definiert er „la juridiction comme l'acte du juge“. Die mit dem Schluß vom Organ auf die Funktion arbeitende Begriffsbildung wird dann gewöhnlich durch das Merkmal der Form und des Verfahrens qualifiziert; zum wer tritt das wie, um das was zu erfassen.

Im umgekehrten Schluß würde man sagen, wer Gesetze macht, handelt als Gesetzgeber; wer verwaltet als Verwalter, wer Recht spricht als Richter. Der Schluß von der Funktion auf das Organ setzt aber einen objektiven Funktionsbegriff voraus und darf diesen nicht tautologisch wieder vom Organ her definieren. Sonst entsteht der Zirkelschluß: Wer tut was ein Richter tut, handelt als Richter.

Den praktischen Wert der Unterscheidung von materiellen und formellen Funktionen hatte schon Georg Jellinek hervorgehoben: erst die Erkenntnis des Inhalts der materiellen Funktionen weist den Weg für das, was den Organen zuzuweisen ist³²⁾. Die funktionelle Bedeutung der Gewaltenverteilung liegt darin, daß „objektiv Geschiedenes es auch sub-

³⁰⁾ aaO., S. 596.

³¹⁾ Marcel Waline, *Droit Administratif*, 6. Ausg. 1951, S. 6—8.

³²⁾ aaO., S. 614.

ektiv sein solle³³⁾“. Das gilt besonders für das Grundgesetz. Eine Norm, wie der erste Halbsatz von Art. 92 („Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut“) würde ohne materiellen Begriff der Rechtsprechung in der Tautologie bestehen: Die Funktion der Richter ist den Richtern anvertraut.

Thoma zerlegte in seiner Funktionenlehre den Rechtsstaatsgedanken in drei „rechtsstaatliche Postulate“, die er im allgemeinen Rechtsbewußtsein lebendig fand³⁴⁾:

1. daß überhaupt Instanzen geschaffen werden, vor denen die Rechtssubjekte gesonderte Aussprüche über eine konkrete Rechtslage fordern können;
2. daß dafür besondere Behörden mit besonderen Verfahren eingerichtet werden;
3. daß die Richter unabhängig sind.

Wegen dieser Postulate, bemerkt Thoma, sei es wichtig, einen richtigen Begriff von Rechtsprechung im materiellen Sinne des Wortes zu formulieren. Damit ist der sinnlogische Zusammenhang zwischen Organstruktur und Funktionsbegriff erkannt. Es ist aber auch die Bedeutung des Funktionsbegriffs für die Rechtsstaatsidee erkannt. Dem rechtsstaatlichen Postulat, der Idee der „rule of law“, ist nicht damit genügt, wie ich in synthetischer Entwicklung der Thomaschen Analyse sagen möchte, daß überhaupt irgendwelche Instanzen bestehen, die der Einzelne gegen andere staatliche Instanzen mit irgend einem Begehren, gestützt auf irgendwelche Gründe, anrufen kann. Eine Bittschriftenlinde, ein Petitionsausschuß, ein Einspruchsverfahren sind keine Rechtswege. Was den Rechtsstaat im Sinne des Rechtswegstaats ausmacht, ist die Möglichkeit, daß auch im Verhältnis des Einzelnen zum Staat Recht gesprochen wird, daß Rechtsprüche statt Machtsprüchen ergehen. Alle institutionellen rechtsstaatlichen Forderungen haben diesen Sinn. Daher kann das rechtsstaatliche Ideal in einem tieferen Sinn nur verstanden werden, wenn ein materieller Begriff der Rechtsprechung, der von einem materiellen Begriff der Verwaltung zu unterscheiden ist, erkannt wird. Eine Theorie, die Verwaltung und Rechtsprechung als nur organisatorisch, formell, subjektiv zu unterscheidende Abarten der Rechtsanwendung versteht, entzieht der rechtsstaatlichen Forderung nach gerichtlichem Rechtsschutz den Boden, weil diese Forderung dann nur noch aus psychologischen oder politischen Erwägungen, also etwa mit der Behauptung, die Gerichte hätten mehr Verständnis für die zu schützenden Rechtsgüter der individuellen Frei-

³³⁾ aaO., S. 615.

³⁴⁾ Hdb. DSTR II, 1932, S. 131—133.

heit und des Eigentums, aber nicht aus der Rechtsidee selbst begründet werden kann. „Denn es entspricht dem Rechtsstaatsgedanken allein“, heißt es bei einem radikalen Verfechter des Rechtsstaatsgedankens, — F. Darmstädter, Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaats, (1930, S. 249) — „wenn die höchsten und letzten Fragen der staatlichen Wirksamkeit und des Bereichs der Staatsfunktionen auch nicht teilweise der Macht oder der Majorität zustehen, sondern als reine Rechtsfragen erkannt und ausgestaltet sind und der Rechtsvernunft einer richterlichen Instanz übertragen werden.“

Schon Otto Bähr hatte 1864 behauptet: „Recht und Gesetz können nur da wahre Bedeutung und Macht gewinnen, wo sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung bereit finden“ (Der Rechtsstaat, S. 12). Die hohe Bedeutung der Trennung von Justiz und Verwaltung liege nicht etwa bloß im Prinzip der Arbeitsteilung, sondern vor allem „in der dadurch gewährten Möglichkeit, die Verwaltung selbst einer Rechtsprechung zu unterwerfen. Sie bildet daher eine wesentliche Bedingung des Rechtsstaats“, (Rechtsstaat, S. 54).

Eberhard Schmidt hat in seinem Bericht für die Sächsische Akademie der Wissenschaften über „Rechtssprüche und Machtsprüche der preußischen Könige des 18. Jahrhunderts“ (Berichte Bd. 95, 1943, 3. Heft) ausgeführt, daß auch der Machtspruch „im Zeitalter der beiden ersten preußischen Könige der Gerechtigkeit, also dem Recht im materiellen Sinne, dienen“ sollte, „selbst wenn er sich über bestehende Gesetze im Einzelfall hinwegsetzt“. Er erstrebte also „das gleiche, was der Gerichtsspruch oder, was dasselbe ist, der Rechtsspruch zu erreichen bemüht zu sein hat“. Insofern gebe es „keinen Gegensatz zwischen beiden“. Der Unterschied sei nur ein „formalinstitutioneller“: der Machtspruch ging vom Landesherrn als Inhaber der plenitudo potestatis aus, der Rechtsspruch von den Gerichten, (a. a. O., S. 5). Den Anstoß zur Wandlung der Auffassung vom Machtspruch und seiner Zulässigkeit gab Montesquieus 1748 erschienener „Esprit des Lois“. Friedrich der Große hat sich 1752 in seinem ersten Politischen Testament dagegen ausgesprochen, tatsächlich aber auch nachher noch in den Gang der Rechtspflege eingegriffen (Müller-Arnold-Prozeß). Zur Zeit der königlichen Machtsprüche waren die Staatsfunktionen weder praktisch noch theoretisch so ausdifferenziert, wie sie es später dank der Staatstheorie des liberalen Rechtsstaats und insbesondere der Gewaltenteilungslehre wurden. Als Machtsprüche noch für recht- und verfassungsmäßig gehalten wurden, waren auch sie eine Art Rechtsprechung im materiellen Sinne: „landesherrliche Streitent-

scheidung“ und keine „Äußerung despotischer Sultanslaune“ (Eb. Schmidt, a. a. O., S. 1 und 6). Mit der theoretischen und praktischen Unterscheidung der Staatsfunktionen, die eng mit der Entwicklung des liberalen Rechtsstaatsgedankens zusammenhängt, entsteht auch das Bedürfnis nach materiellen Funktionsbegriffen.

IV

Ernst Friesenhahn hat, kurz nachdem das Grundgesetz in Kraft getreten war, in seinem Beitrag zur Festschrift für Richard Thoma einen materiellen Begriff der Rechtsprechung formuliert, der mit materiellen Begriffen der Gesetzgebung und Verwaltung korrespondiert. Wenn Friesenhahn Rechtsprechung in Neufassung eines alten, aber immer wieder verschütteten Gedankens als „Rechtsanwendung zur Entscheidung eines Rechtsstreits“ durch einen „unbeteiligten Dritten“ definiert³⁵⁾, so bezieht er den Zweck der Tätigkeit und die Beziehung des Staatsorgans zu den übrigen an der Rechtsverwirklichung Beteiligten in den Begriff der Funktion ein. In der Tat kann nur so eine sachliche Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung durch den Verwaltungsbeamten, besonders im gebundenen Verwaltungsakt (Steuerbescheid), und durch den Richter gefunden werden. Der „Dritte“ ist, wie Friesenhahn mit Recht sagt, „nicht ein äußerlich hinzugefügtes formales Element, sondern er ist unmittelbar und notwendig mit dem materiellen Element der Streitentscheidung gegeben“³⁶⁾. Und dies deshalb, wie ich ergänzen darf, weil darin das Korrelat zum Begriff der Rechtsnorm als einer objektiven Norm liegt. So wie der Rechtssatz zur Forderung oder Meinung, das Recht zur Rechtsbehauptung, steht die Rechtsprechung zur Klage, Anfechtung, Anklage oder Verteidigung. Darin liegt die „feste gedankliche Verbindung von Recht und Gericht“, von der Nawiasky spricht³⁷⁾. Friesenhahns materieller Begriff der Rechtsprechung ist ein ideeller, auf dem Sinnverstand beruhender Begriff, der überall da mehr oder weniger deutlich vorschwebt, wo die notwendige Unparteilichkeit, Neutralität, Sachlichkeit, Uninteressiertheit der Richter institutionell vorgesehen oder gefordert wird. Setzt doch die Forderung nach Unparteilichkeit des Richters gedanklich das

³⁵⁾ Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, Festschrift für Richard Thoma, 1950, S. 27, siehe auch S. 28: Rechtsprechung: „Ausspruch dessen, was bei Anwendung allgemeiner Normen auf einen konkreten Tatbestand Rechtens ist, um einen Rechtsstreit zwischen zwei Parteien zu entscheiden.“

³⁶⁾ aaO., S. 29.

³⁷⁾ Nawiasky, Allgem. Staatslehre, II. Teil, 2. Bd. 1955, S. 59.

Vorhandensein streitender Parteien voraus. Die Kritik von Menger³⁸⁾ an dieser Begriffsbestimmung, die auf den Strafprozeß und die Stellung des Staatsanwalts hinweist, scheint mir nicht durchzugreifen, da sie das Strafverfahren erst in einer verhältnismäßig späten Epoche betrachtet und frühere Zeiten, wo noch der Verletzte selbst als Ankläger auftrat, unbeachtet läßt. In der Idee ist aber m. E. auch der heutige Strafprozeß durchaus als Streitiges Verfahren — über den Strafanspruch des Staates — zu sehen.

Aus dem allgemeinen Begriff der Rechtsprechung ergibt sich der besondere Begriff der Verwaltungsrechtsprechung als „Entscheidung von Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen“ (Friesenhahn).

Über den Begriff der aktiven Verwaltung besteht keine geringere theoretische Verwirrung und Meinungsverschiedenheit als über den Begriff der Verwaltungsrechtsprechung oder -rechtspflege. Ich kann mich nicht in einer Erörterung auch nur der wichtigsten Definitionsversuche verlieren. Von Otto Mayers negativer Definition sind wir wohl abgekommen³⁹⁾. Forsthoff meint, daß sich Verwaltung zwar beschreiben, aber nicht definieren läßt⁴⁰⁾, bezeichnet aber doch das Wesen der Verwaltung als Tätigkeit zur Erfüllung der Staatszwecke, als Gestaltung in die Zukunft hinein, als Sozialgestaltung, und stellt Verwaltung als Aktion der Rechtsprechung als Erkenntnis gegenüber⁴¹⁾. Bei ihm findet sich auch die Einsicht, daß es zwischen Rechtsprechung und Verwaltung einen echten Wesensunterschied gibt, der zwar die positiv-rechtliche Kompetenzzuteilung keineswegs immer geschichtlich bestimmt hat, ihr aber doch den eigentlichen Sinn gibt; daß es „theoretisch verfehlt und praktisch verhängnisvoll“ wäre, auf eine Grenzziehung zwischen beiden zu verzichten⁴²⁾.

Daß die Verwaltung spontan, die Rechtsprechung nur auf Anstoß in Bewegung tritt, ergibt sich aus dem Wesen der Funktionen selbst. Die Passivität des Richters gehört zu seiner

³⁸⁾ System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 45—46.

³⁹⁾ Otto Mayer, aaO., I, S. 7.

⁴⁰⁾ aaO., S. 1.

⁴¹⁾ aaO., S. 5/6; auch Peters, aaO., S. 7, bezeichnet Verwaltungstätigkeit als schöpferische Tätigkeit und unterscheidet sie wesentlich von der des Streit entscheidenden Richters. Ähnlich schon Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., 2. Bd., 1911, S. 172 ff. und jetzt wieder Nawiasky, aaO., S. 49 bis 58.

⁴²⁾ aaO., S. 5.

Unparteilichkeit, wie Karl August Bettermann richtig bemerkt hat⁴³⁾, und die Initiative zur aktiven Verwaltung.

Wenn ich die Begriffsbestimmungen des 4. Leitsatzes aufstelle — Verwaltung ist handelnde Staatsfunktion, die das soziale Leben im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts schöpferisch gestaltet — Verwaltungsrechtsprechung ist auf Anruf ergehende, Erkenntnis aussprechende Entscheidung von Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen — so bin ich mir des soziologischen, psychologischen und idealtypischen Charakters dieser Begriffe bewußt. Ihr Wesen wird aus der sozialen Wirklichkeit idealtypisch abstrahiert.

Ihren juristischen Sinn erhalten diese Funktionsbegriffe dort, wo die Funktionen zur Rechtswirkung gelangen und wo ihr Verhältnis zur Rechtsnorm in Frage steht, also an ihrem rechtlich wirksamen und faßbaren Produkt, Verwaltungsakt und Richterspruch, und in ihrem Verhältnis zur Rechtsnorm. Davon wird noch zu sprechen sein.

b) Die formalistische Funktionenlehre tritt in zwei Haupttypen auf: entweder in Gestalt einer legalistischen Vollziehungstheorie, die nur Normsetzung und Normvollzug kennt und innerhalb der Vollzugsarten nur formale, zufällige, organisatorische Unterschiede sieht, oder in Gestalt einer organisationsgeschichtlichen Theorie, die das Bemühen um inhaltliche Funktionsbegriffe für vergeblich erklärt und sich mit der Darstellung der Entwicklung der Institutionen und der Feststellung, wer macht was, begnügt, (Marcel Waline: „L'Organe crée la fonction“⁴⁴⁾).

In der Staatsrechtslehre Paul Labands⁴⁵⁾ ist das Verhältnis von Verwaltung als staatlichem Handeln, das dem Willen zugeordnet ist, und Rechtsprechung als Entscheidung durch erkennende Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes unter das geltende Recht noch ebenso lebendig wie die Einteilung in formale oder subjektive und inhaltliche oder objektive Kriterien überhaupt. Eine Rechtslehre dagegen, die sich von allen soziologischen und psychologischen Denkbestandteilen reinigen wollte und mit ihrem juristischen Auge nur Normen, Normenerzeugung und Normenvollzug zu sehen vermag, kann sich auch Verwaltung und Rechtsprechung nur als zwei organisatorisch geschiedene Formen vorstellen, als Spielarten des Normerzeugungsprozesses, in dem aus der höheren die niedere,

⁴³⁾ Verwaltungsakt und Richterspruch, Jellinek-Gedächtnisschrift, 1955, S. 372.

⁴⁴⁾ aaO., S. 47.

⁴⁵⁾ Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutsch. Reiches, 5. Aufl., 2. Bd., 1911, § 64, S. 172 ff.

aus der allgemeineren die individuellere Regel durch Willensakte gebildet werden. Daß dabei der grundlegende Unterschied von Ermächtigungsnorm und Sachnorm übersehen wird, hat die Kritik schon mehrfach ausgesetzt⁴⁶⁾. Kelsen spricht noch in der 1949 erschienenen amerikanischen Fassung seiner Rechts- und Staatslehre (*General Theory of Law and State*, S. 273 ff.) von Verwaltung und Rechtsprechung als von einer Funktion, die auf verschiedene bürokratische Apparate verteilt ist, deren Dasein und Bezeichnungen nur historisch erklärbar sind⁴⁷⁾.

Eine Funktionstheorie, die nicht zu materiellen Funktionsbegriffen kommt, vermag die Verteilung der Staatsaufgaben nur historisch und organisatorisch, d. h. aus dem positiven Recht, aber nicht aus einem inneren Grunde zu erklären. Sie kann daher auch keinen rechtsimmanenten Grund dafür angeben, daß gerade unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte Rechtsprechungsorgane und nicht irgendwelche auch das Recht „anwendende“ Instanzen zur Kontrolle der Verwaltung eingesetzt werden sollen. Diese Forderung ist dann nur mit äußeren politischen Gründen zu vertreten. Kelsen, der sich auch hier wieder durch seine Konsequenz auszeichnet, bemerkt denn auch, daß „die offenbare Voraussetzung der Forderung, die Verwaltung von der Rechtsprechung zu trennen, d. h. diese beiden Funktionen verschiedenen Organen zu übertragen“, die Annahme ist, „daß es sich um zwei wesentlich verschiedene Funktionen handle, deren Verbindung in einem und demselben Organ von Übel sei“. Diese Voraussetzung treffe aber nicht oder doch nur zum Teile zu. „Sofern die Verwaltung — hinsichtlich des Inhalts ihrer Funktion — in demselben Sinne Rechtsprechung ist wie die Justiz, ist eine Trennung aus der Natur der Funktionen nicht eigentlich zu begreifen⁴⁸⁾. Es bleiben also für die bedeutsame organisatorische Spaltung in Gerichte und Verwaltungsbehörden „tiefere politische Gründe“. Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit aber bedeute die Überwindung dieser Trennung⁴⁹⁾. Es

⁴⁶⁾ Vgl. z. B. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 38/39; Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1948, S. 43 ff.

⁴⁷⁾ Vgl. schon seine *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 238, 242; meine Sperrung.

⁴⁸⁾ Vgl. schon die Definition von Edmund Bernatzik in „*Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*“, 1886, S. 64: „Rechtsprechung ist jede nach abstrakt geregeltem Verfahren seitens eines von der Rechtsordnung dazu beauftragten behördlichen Organes vor sich gehende Erklärung, mit welcher die beabsichtigte Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses zum Ausdruck gebracht wird.“

⁴⁹⁾ aaO., S. 260/261, meine Sperrung.

liegt in der weiteren Konsequenz dieser Lehre, daß der Begriff des Rechtsstaats soweit entleert wird, daß „jeder Staat Rechtsstaat ist“⁵⁰⁾.

Die hier idealtypisch kontrastierten materiellen und formalen Funktionsbegriffe finden sich im Schrifttum oft nicht rein und ausschließlich. Ein so entschiedener Vertreter der reinen Rechtslehre wie Adolf M e r k l vermag in seinem „Allgemeinen Verwaltungsrecht“ materielle Funktionsvorstellungen nicht ganz abzustreifen und gibt zu, daß auch eine materielle Unterscheidung der Staatsfunktionen theoretisch möglich ist, entscheidet sich aber dann für die organisatorische Grenzziehung⁵¹⁾. Thoma, der seine Funktionslehre auf der klaren Unterscheidung der Staatsakte nach dem „Inhalt“ und nach der „Form“ (Quelle und Gestalt) aufbaut und das Bedürfnis nach einem materiellen Begriff der Rechtsprechung erkannte, meinte doch, „daß es einen rein materiellen Begriff der Rechtsprechung nicht geben kann“. Der Begriff sei immer mit einem formalrechtlichen Element behaftet. Dies formalrechtliche Element fand Thoma in der prozessualen Verselbständigung des Ausspruchs „dessen, was in Anwendung des geltenden Rechts auf einen konkreten Tatbestand im Einzelfall Rechtens ist, durch eine staatliche Autorität“; d. h. in der Trennung des Ausspruchs von vorangehenden und nachfolgenden Vollziehungsakten⁵²⁾. Thomas Lehre erweist sich als Abart der Vollziehungstheorie, die nur Rechtsetzung und Rechtsvollzug als Staatstätigkeiten sieht und der sich kürzlich auch Menger mit seinem Begriff der Rechtspflege angeschlossen hat, die sowohl von Gerichten als auch von Verwaltungsbehörden geübt würde. Im materiellen Bereich gibt es nach Menger „keine Unterscheidungsmöglichkeit zwischen Rechtsprechung und Verwaltung, sondern nur den einheitlichen Begriff Rechtspflege“⁵³⁾.

c) In der älteren Literatur, die noch nicht so vom formalistischen Denken beeinflusst war wie das moderne Rechtsdenken, herrscht der materielle Begriff der Rechtsprechung als

⁵⁰⁾ aaO., S. 91, 109. Hierzu ein Wort von Carl Schmitt aus dem „Hüter der Verfassung“, 1931, S. 22: „Sobald man das Recht in Justiz verwandelt und dann Justiz nochmals formalisiert, indem man alles Justiz nennt, was eine richterliche Behörde tut, ist das Problem des Rechtsstaats schnell gelöst, und es wäre das Einfachste, die Richtlinien der Politik nach Treu und Glauben vom Reichsgericht bestimmen zu lassen, um den Rechtsstaat im formalen Sinne zu vollenden.“

⁵¹⁾ A. M e r k l, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 21 ff., 34, 36/37.

⁵²⁾ Handbuch des Deutschen Staatsrechts, II, S. 129.

⁵³⁾ aaO., S. 50.

Streitentscheidung ausgesprochen oder unausgesprochen vor⁵⁴⁾. Edmund Bernatzik, der selbst das Kriterium der Streitentscheidung verwarf, da er auf dem Wege über einen Begriff der Rechtsprechung, der gewisse Verwaltungsakte umfaßt, deren materielle Rechtskraft theoretisch begründen wollte⁵⁵⁾, erwähnt in seinem Buche „Rechtsprechung und materielle Rechtskraft“ (1886, S. 54—62) eine Reihe älterer Schriftsteller, die auf das Merkmal der Streitentscheidung abheben⁵⁶⁾.

Walter Jellinek umschreibt die Verwaltungsrechtspflege als „Nachbildung der ordentlichen Rechtspflege für Streitigkeiten des Verwaltungsrechts, deren typische Aufgabe Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten ist“. (Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 299 ff.). Aber auch im neuen Schrifttum scheint — wohl unter dem Eindruck der grundgesetzlichen und verwaltungsgesetzlichen Neuregelung — die Auffassung vorzudringen, daß die neue Rechtslage nur mit materiellen Funktionsbegriffen zu begreifen ist⁵⁷⁾.

Im Bereich des common law ist das Bewußtsein, daß Rechtssprechen Entscheidung eines Rechtsstreits ist, lebendiger und selbstverständlicher, als im kontinental-europäischen Rechtskreis. So schreibt William A. Robson in seinem bekannten Werk „Justice and Administrative Law“ (2. Ausg. 1947, S. 41): „The idea of a suit between parties is inseparably bound up with the conception of the judicial function. Since time immemorial the judge has always been depicted as a third party, aloof and impartial, holding the scales evenly between impassioned parties to a dispute . . .“⁵⁸⁾. Rechtsprechung kann nach traditionellem common law Denken nur in „cases or controversies“ ergehen, wie es schon in Artikel III, Section 2, der Verfassung der Vereinigten Staaten heißt. Die praktische Be-

⁵⁴⁾ z. B. Bähr, Der Rechtsstaat, 1864, S. 72 u. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1911, 2. Bd., S. 178, 202; Josef Kohler, in: Badische Ztschr. f. Verwaltungsrechtspflege 1873, S. 41.

⁵⁵⁾ So zugegeben auf S. 114 aaO.

⁵⁶⁾ So: Weiler, Über Verwaltung und Justiz, 1830; Pfizer, Über die Grenzen Verwaltungs- und Civiljustiz 1828; Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, 1838; Sarway, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege.

⁵⁷⁾ Vgl. die Literatur bei v. Mangoldt, Kommentar zum GG, 1. Aufl., Vorbemerkung zu Art. 92 und Nawiasky, Allg. Staatslehre, aaO., S. 59: „Autoritative Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Einzelpersonen nach Rechtsgrundsätzen“. Vgl. auch MRVO 165, § 22, 1 und dazu Klinger, Vw.Gerichtsbarkeit i. d. brit. Zone, 1950, S. 65.

⁵⁸⁾ Dort auch Urteile höchster englischer Gerichte, die den *lis inter partes* als Voraussetzung und Objekt der Rechtsprechung bezeichnen; aaO., S. 7—12, 66—71.

deutung materieller Begriffe von Rechtsprechung und Verwaltung ergab sich für die englische und amerikanische Rechtsprechung, als es zu beurteilen war, ob die Tätigkeit gewisser Verwaltungsbehörden administrativer oder richterlicher Art, Verwaltung oder Rechtsprechung war, weil davon die Überprüfbarkeit ihrer Akte durch die ordentliche Justiz und die Anforderungen, die an ihre Verfassung und die Stellung ihres Personals zu stellen waren, abhingen. Aus diesem Grunde wendete auch das berühmte Committee on Ministers Powers, das 1929 in England mit der Begutachtung der zum Schrecken des traditionsbewußten common lawyer wuchernden innerbehördlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit betraut war, einen Begriff der judicial function an, der auf der Idee der Streitentscheidung beruht⁵⁹⁾. Mit demselben Begriff der Rechtsprechungsfunktion beweist ein amerikanischer Autor neuerdings seinen Landsleuten, daß die section du contentieux des französischen Staatsrats echte Rechtsprechung übt⁶⁰⁾.

d) Mit ihren Produkten Richterspruch und Verwaltungsakt treten die materiell verstandenen Funktionen in den Bereich des Rechts. Ihrer Unterscheidung hat Karl August Bettermann seinen bedeutsamen Beitrag zur Gedächtnisschrift für Walter Jellinek gewidmet⁶¹⁾. Es liegt ganz in der Linie meiner Überlegungen, wenn er in der positiv-rechtlich gebotenen Trennung der Verwaltungsrechtsprechung von der aktiven Verwaltung und in der rechtsstaatlichen Idee der Rechtskontrolle der Exekutive den Anlaß für die Theorie sieht, den Verwaltungsakt vom Urteil, mit dem ihn Otto Mayer zusammengeschaut hatte, zu „befreien“, beide als Kontrast zu sehen. Zwar sind Verwaltungsakt und Richterspruch rechtsanwendende Staatsakte, die Entscheidungscharakter haben. Das Verhältnis der beiden Akte und ihrer Autoren zum materiellen Rechtssatz ist aber verschieden. Bettermann vergleicht es mit dem Spiel. So wie die Spielregeln für den Spieler eine andere Bedeutung haben als für den Schiedsrichter, so haben die materiellen Rechtsnormen eine andere Funktion für die Parteien und für den Richter. Auf das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung angewandt, bedeutet das: die Sachnormen sind für diese Urteilsmaßstab, für jene Verwaltungsmaßstab, hier Erkenntnismittel für fremdes Tun und Lassen, dort Gebot

⁵⁹⁾ Report of the Committee on Ministers Powers, London, 1932, S. 73.

⁶⁰⁾ Bernard Schwartz in seinem glänzenden u. auch für deutsche Juristen lehrreichen Buch „French Administrative Law and the Common-Law World, 1954, S. 10—14.

⁶¹⁾ aaO., S. 361.

oder Verbot für eigenes Tun und Lassen. Diese Verschiedenartigkeit der Stellung zum Rechtssatz fügt den soziologisch-psychologischen Funktionsbegriffen ihr spezifisch juristisches Kriterium hinzu. Denn ob eine Rechtsnorm für ein Staatsorgan Verhaltensnorm oder Beurteilungsnorm ist, ist keine psychologische, auch keine gesellschaftswissenschaftliche, sondern eine rechtswissenschaftliche Frage.

e) Aus den materiellen Begriffen von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, die im 4. Leitsatz formuliert sind, ergibt sich auch die richtige Sinndeutung der Neuordnung des Rechtsschutzes im deutschen Staats- und Verwaltungsrecht. Was sachlich-funktionell verschieden ist, soll auch organisatorisch geschieden sein. Die das Wesen der Rechtsprechung ausmachende Unparteilichkeit, die Rolle des Dritten, die auch der Verwaltungsrechtsprechung zukommen soll, gebietet die organisatorische Trennung von der Verwaltung und die funktionelle und gerichtsverfassungsrechtliche Angleichung an die sog. ordentliche Rechtsprechung. Die bewußte oder unbewußte Erkenntnis des Wesens der Rechtsprechungsfunktion hat den Gesetzgebern bei der Neugestaltung der Organe vorgeschwebt und etwa zu der Formulierung von § 1, Abs. 1 der MRVO 165 geführt: „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird von unabhängigen, nur dem Gesetz unterworfenen und von den Verwaltungsbehörden getrennten Gerichten ausgeübt“.

Es bedeutet dem gegenüber eine Umkehrung dieses Schlusses von der Funktion auf das Organ und eine Rückkehr zu der Aussage: Rechtsprechung ist, was die Richter tun, wenn Menger⁶²⁾ (wie früher schon Merkl)⁶³⁾ in der verfassungsrechtlich positiv „verankerten“ Unabhängigkeit und Neutralität des Richters als organisatorischer Maßnahme das eigentliche Kriterium der Rechtsprechung sieht. Rechtsprechung und Verwaltung unterscheiden sich demnach nicht nach ihrem Wesen, sondern danach, ob das Recht von abhängigen (weisungsgebundenen) oder unabhängigen (weisungsfreien) Staatsorganen angewandt wird. Demgegenüber ist m. E. daran festzuhalten, daß die institutionelle Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit aus der Idee des Richters als eines streitentscheidenden Dritten folgt, ihrer Verwirklichung dienen und damit echte Rechtsfindung ermöglichen soll. Die Unabhängigkeit des Richters ist, wie schon oft betont wurde, das Gegenstück zu seiner Unterwerfung unter das Gesetz.

⁶²⁾ aaO., S. 47—49.

⁶³⁾ aaO., S. 37—41: Merkl behauptet einmal, richterliche Unabhängigkeit verstehe sich von selbst (S. 41), das andere Mal, sie sei positivrechtlich (S. 43) und rechtsgeschichtlich begründet.

Aus dieser Deutung der verwaltungsgerichtlichen Neuordnung, aus dieser ihrer ratio, ergeben sich nun aber einige Folgerungen für Theorie und Praxis.

V.

Die Verwaltungsrechtsprechung als Teil einer richterlichen Funktion ist Rechtskontrolle der Verwaltung durch Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Einzelnen und dem verwaltenden Staat (Anfechtungsklagen) sowie zwischen verschiedenen Trägern öffentlicher Rechte und Aufgaben (Parteistreitigkeiten). Diese ihre Funktion ist strukturell zum Ausdruck gebracht und gewährleistet.

Zwar darf man nicht wie Bettermann⁶⁴⁾ den Zweck des individuellen Rechtsschutzes zum Begriffsmerkmal der Rechtsprechung machen, weil dann kein wesentlicher Unterschied von der Aufgabe der Polizei bleibt. Aber aus dem Wesen der Verwaltungsrechtsprechung ergibt sich von selbst eine Schutzfunktion für den Einzelnen. Die Schöpfer der verwaltungsgerichtlichen Neuordnung haben eindeutig das individuelle Interesse im Auge gehabt. Die Ausdehnung der aktiven Verwaltung in das gesellschaftliche Leben zur Daseinsvorsorge ist ein sozialer, soziologisch zu begreifender Vorgang, der diese essentielle und vom Gesetzgeber gewollte Funktion der Verwaltungsrechtsprechung nicht verändert. Die soziale, ökonomische, politische Stellung des Einzelnen im und zum verwaltenden Staat hat sich verändert, seit unsere liberale Staats- und Verwaltungslehre entstand, sein juristisches Verhältnis zum Staat wird sich immer in denselben Kategorien der Gleichordnung oder Unterordnung, mit den gleichen einfachen rechtlichen Grundformen, des Sollens, Müssens, Dürfens, Könnens, des status positivus, negativus, aktivus verstehen lassen.

Ich vermag daher Ernst Forsthoff nicht zu folgen, wenn er auch für die heutige Verfassungsordnung daran festhalten will, daß das Individualinteresse im Rechtsstaat in der Hauptsache als Motor dient, die Rechtskontrolle um der Verwaltung selbst willen in Gang zu setzen. Die ganze Neuregelung läßt sich nur von der individualistischen Rechtsschutztheorie her verstehen — man mag diese nun für zeitgemäß oder für unzeitgemäß halten. Forsthoff selbst trägt dieser im positiven Recht, besonders in Art. 19, IV des Grundgesetzes liegenden Tendenz im übrigen durchaus Rechnung, wenn er die besondere Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechts für die Leistungsverhältnisse der Daseinsorge unterstreicht, den status positivus

⁶⁴⁾ aaO., S. 370/371.

noch mehr anerkennt und die Verwaltung an materielle Rechtsgrundsätze gebunden wissen will. Die rechtssystematische Deutung der neuen sozialen Lage scheint mir aber Menger gefunden zu haben, wenn er feststellt, für die heutige Verwaltung sei der Rechtssatz nicht mehr so sehr Schranke des Dürfens nach der Stahlschen Formel sondern „Schranke des Müssens“, „d. h. das Bis-hierher-und-nicht-weiter, mit welchem der Tendenz zur Abwälzung der allgemeinen Lebensrisiken auf den Staat . . . im konkreten Falle gesteuert wird“. (Öff. Vw. 1955, S. 588).

VI.

Indem wir uns heute einer der Zivilgerichtsbarkeit gleichwertigen unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit rühmen dürfen, die mit jener und den anderen Zweigen der Rechtsprechung eine richterliche „Gewalt“ bildet, ohne jedoch im politisch-sozialen Unterbau dadurch etwas verschoben zu haben, dürfen und sollen wir auch den Streit: hie Justizstaat, hie Rechtsstaat! begraben. Auf der Bonner Tagung dieser Gesellschaft 1949 äußerte Friedrich Klein in seinem Bericht über die Tragweite der Generalklausel in Art. 19, Abs. 4, des Grundgesetzes Bedenken gegen justizstaatliche Tendenzen im Grundgesetz, die er in der Ersatzzuständigkeit des ordentlichen Rechtswegs nach Art. 19, 4, Satz 2, in Verbindung mit der Möglichkeit gegeben sah, daß einzelne Länder die verwaltungsgerichtliche Generalklausel abschaffen. (VVDSTL, H. 8, 1950, S. 120). Dabei erklärte er die justizstaatliche Theorie als mit dem sozialen Rechtsstaat unvereinbaren Rückfall in liberales Denken des 19. Jahrhunderts.

Die Gefahr einer Ausweitung des ordentlichen Rechtsweges über Art. 19, 4, Satz 2, dürfte wohl dann als überwunden angesehen werden, wenn die Bundes-Verwaltungsgerichtsordnung mit ihrer Generalklausel (§ 38) in Kraft getreten sein wird. Im übrigen kann man Zivil- und Verwaltungsgerichte in dieser Weise nur konfrontieren, wenn man die Einheit der richterlichen Gewalt nicht ganz ernst nimmt und in den sogen. Justizgerichten vielleicht die gleiche Funktion, aber nicht den gleichen Geist und das gleiche Verständnis für die Verwaltung findet.

Die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Herstellung einer einheitlichen rechtsprechenden Gewalt wird von einigen Autoren als Grund betrachtet, den justizstaatlichen Ausnahmen, die auch das Grundgesetz noch kennt (Art. 14, III, S. 4 u. 34, S. 3), die Berechtigung abzusprechen. Unter praktisch-technischen Gesichtspunkten gewiß mit Recht. Wenn man aber mit der Einheit der Rechtsprechung unter dem

Grundgesetz ernst machen will, sollte man diese Frage wirklich nur als eine praktische Frage der besten fachlichen Arbeitsverteilung und nicht als Politikum sehen.

Walter Jellinek⁶⁵⁾ hat darauf hingewiesen, daß Bähr, der zu Unrecht als einseitiger Vertreter des Justizstaats hingestellt werde, bereits die Schaffung besonderer Gerichte des öffentlichen Rechts zur Entscheidung von öffentlich-rechtlichen Fragen selbst als Alternative vorgeschlagen hatte⁶⁶⁾ und nur eine einheitliche letzte Instanz für richtig hielt. Andererseits hat v. Gneist bekanntlich nicht empfohlen, die Verwaltungsgerichte unterer Instanz von der Verwaltung zu trennen. So kann sich die letzte Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf keinen der beiden staatsrechtlichen Antagonisten des vorigen Jahrhunderts mit vollem Recht berufen. In geschichtlicher Perspektive relativiert, politisch in Deutschland entschärft, dürfte der Gegensatz Justizstaat-Rechtsstaat im Zeitalter der Einheit der Rechtsprechung ein Anachronismus sein.

„Bei der Frage der Entscheidungszuständigkeit von Zivilgericht oder Verwaltungsgericht“ handelt es sich, um mit Richard Naumann zu sprechen, „heute nicht mehr um das frühere Problem der Kompetenz, also im wesentlichen das der Zulässigkeit des Rechtsweges“, sondern „nur noch um das Problem der sachlichen Zuständigkeit organisatorisch verschiedener Gerichtszweige innerhalb der einen richterlichen Gewalt. Das frühere Rechtswegproblem ist zum Zuständigkeitsproblem verblaßt“⁶⁷⁾.

Die Neuregelung des „Kompetenzkonflikts“ oder Zuständigkeitsstreits in § 39 des Entwurfs der Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes trägt der „Gleichberechtigung“ der verschiedenen Zweige der rechtsprechenden „Gewalt“ Rechnung, indem sie für die Entscheidung der Zulässigkeit des einen oder anderen Gerichtswegs den Grundsatz der Priorität einführt. Welches Gericht zuerst angegangen wird, entscheidet über seine Zuständigkeit mit bindender Wirkung für die anderen Zweige der Gerichtsbarkeit. Eine Unzuständigkeitsentscheidung der Verwaltungsgerichte wird jedoch nur die Wirkung haben, daß ein anderes Gericht seine Gerichtsbarkeit nicht deshalb verneinen kann, weil es den Rechtsweg zur allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit für gegeben hält. (§ 39, Abs. 1, S. 2). Andererseits werden die Gerichte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Verweisungsrecht erhalten: auf Antrag des Klägers

⁶⁵⁾ Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 92.

⁶⁶⁾ Bähr, aaO., S. 69/71.

⁶⁷⁾ JZ 51, 208 (Rechtsweg, Gerichtsweg und Kompetenzkonflikt).

werden sie die Sache an das nach ihrer Meinung zuständige Gericht verweisen können, bei dem sie mit der Rechtskraft des Urteils als rechtshängig gilt (§ 39, Abs. 3).

Damit ist § 17, Abs. 1, GVG in noch umfassenderer Form als schon durch § 28, Abs. 2, MRVO 165, seiner diskriminierenden Wirkung entkleidet.

VII.

Aus den materiellen Begriffen der Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung (gleich wo sie organisatorisch verortet ist) läßt sich auch das idealtypisch richtige Verhältnis beider Staatstätigkeiten und Aufgaben erkennen. Der funktionelle Schnittpunkt beider Tätigkeiten ist die Kontrolle der Verwaltung durch die Rechtsprechung. Wenn die meisten Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsgesetze der Gegenwart und Vergangenheit darin übereinstimmen, daß sie die Verwaltungsgerichte auf Rechtskontrolle beschränken, daß sie nur solche Anfechtungsklagen zulassen, die auf Rechtsverletzung gestützt sind — die Problematik des subjektiven Rechts und seine Abgrenzung vom Interesse muß hier auf sich beruhen — daß sie eine reine Ermessungsüberprüfung ausdrücklich oder durch Umkehrschluß⁶⁸⁾ ausschließen, so fragt es sich, ob diese Begrenzung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nur als zufällig-positive Entscheidung des Gesetzgebers zu verstehen ist, die so oder auch anders getroffen werden kann, oder ob sie sich aus der Natur der Sache, d. h. hier aus der Natur der Funktionen erklären läßt. Walter Jellinek hat das Problem schon in seiner Monographie „Gesetz- Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung“ (1913) gesehen. Er stellte fest, daß durch die verschiedenen deutschen verwaltungsgesetzlichen Regelungen ein gemeinsamer Zug geht, indem überall zwischen Rechtsfrage und Tatfrage einerseits und Fragen der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit oder des Ermessens andererseits unterschieden werde. Er führt in dem Zusammenhang die Bemerkung eines anderen Autors an, wonach es, auch wenn das Gesetz schweigt, „selbstverständlich“ sei, daß die Gerichte nicht die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit von Polizeiverordnungen prüfen⁶⁹⁾. Jellinek selbst suchte damals die Frage unter dem Gesichtspunkt der Stellung der Gerichts- und Verwaltungsbehörden zum Gesetz zu beantworten, letztlich also auch von wesentlichen Kriterien der Funktionen her.

⁶⁸⁾ Wie im preuß. LVG v. 30. 6. 1883, § 127, Abs. 3.

⁶⁹⁾ aaO., S. 3/5. Der Autor ist v. Schicker, Württ. Pol. ST.-Recht, S. 316, Anm. 3 zu Art. 56.

Es kann hier nicht versucht werden, die Lehre vom freien Ermessen und von den subjektiven öffentlichen Rechten auch nur in Umrissen darzustellen. Immerhin scheint mir ein innerer Zusammenhang zwischen dem Wesen der Rechtsprechung als streitentscheidender Rechtsanwendung und ihrer Beschränkung auf die Rechtskontrolle einerseits und dem Wesen der Verwaltung als in der Hauptsache nur durch einen gesetzlichen Rahmen beschränkte Aktivität und ihrer Bewegungsfreiheit im Ermessensraum andererseits zu bestehen.

Die Erfahrung lehrt, daß in einem Kontrollsystem, in dem Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung organisatorisch und begrifflich verbunden sind, die Tendenz zur weitgehenden Ermessenskontrolle zu bemerken ist. Typisch dafür ist der Conseil d'Etat in Frankreich, der sich bei aller Rücksicht auf die *pouvoirs discrétionnaires* der Verwaltungsbehörden doch oftmals als oberster Regulator des Staatsapparats fühlt und unter nicht immer ganz stichhaltiger Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz auch „freie“ Ermessenshandlungen prüft⁷⁰). Es ist auch schon bemerkt worden, daß die von den ehemaligen preußischen Verwaltungsgerichten geübte Ermessenskontrolle ihren tieferen Grund in der Verbindung der unteren Instanzen mit den Behörden der aktiven Verwaltung und in Gneists Konzeption von der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Mittel der demokratischen Integration und damit der demokratischen Kontrolle hat⁷¹). Wo keine klare materielle Vorstellung von VwRspr. als Rspr. besteht, da fehlt auch der Blick für die Grenzen der Verwaltungskontrolle. Wo VwRspr. theoretisch als Fortsetzung der Vw. mit anderen Mitteln erscheint, geht VwRspr. praktisch in Dienstaufsicht über.

Das OVG Münster hat in einem Bescheid vom 7. V. 1954 (Ziegler, VwRspr. 7. Bd. 3. H. S. 353, 358) erklärt, daß sich „weder aus dem Begriff der staatlichen Aufsicht im allgemeinen noch aus dem der Kommunalaufsicht im besonderen“ „deduktiv ableiten“ lasse, „daß sie sich auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit zu beschränken habe“. „Wo eine solche Beschränkung besteht, beruht sie auf positiven Vorschriften.“ Bei der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle dagegen halte ich eine solche Ableitung aus dem Begriff für möglich und notwendig.

Das Bewußtsein, daß die Beschränkung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Rechtsfragen, ihre Inkompetenz für reine Ermessensfragen im Wesen der Rechtsprechungsfunktion liegt, scheint in den Anfängen der Verwaltungsgerichtsbarkeit stär-

⁷⁰) Vgl. Jean Theis, Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit der Gegenwart, A. ö. R., 77. Bd., 1951, S. 1 ff.

⁷¹) Forsthoff, aaO., S. 421—422.

ker als heute gewesen zu sein. Das zeigt sich etwa an der Judikatur des französischen Staatsrats, seitdem er 1872 endgültig ein unabhängiges Verwaltungsgericht geworden war. Obwohl ihn das Gesetz nicht — wie die meisten deutschen Verwaltungsgerichtsgesetze — ausdrücklich auf Rechtsfragen beschränkte und beschränkt⁷²⁾, hat er von Anfang an — trotz der erwähnten Neigung zur Verwischung der Grenzen — reine Ermessensfragen (prinzipiell) ausgespart und oft die Unzulässigkeit von Klagen gegen „actes de pure administration“ mit deren „nature“ begründet⁷³⁾. Von deutschen Gesetzgebern, die eine Klausel zum Ausschluß der Ermessenskontrolle vorsahen, wird gelegentlich berichtet, daß ihnen diese Bestimmung „selbstverständlich“ und „in der Natur der Sache liegend“ erschien⁷⁴⁾.

Die Beschränkung der Verwaltungsrechtsprechung auf Rechts- und Tatfragen, die Jellinek eine „typische Eigentümlichkeit der Verwaltungsrechtspflege“ nannte⁷⁵⁾, läßt sich mit der streitentscheidenden Funktion, mit der Rolle des Dritten allein nicht begründen, denn es besteht kein logischer Einwand dagegen, daß ein Dritter als Schiedsrichter auch über Fragen der Opportunität entscheidet und alle strittigen Gesichtspunkte, nicht nur die rechtlichen, prüft. § 137 des süddeutschen VGG sieht z. B. vor, daß die VwGer. bei Änderungen im Bestande öffentlicher Verbände für die Vermögensauseinandersetzung

⁷²⁾ G. v. 24. Mai 1872, Artikel 9: „Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs ...“. Im wesentlichen gleich G. v. 18. Dez. 1940 i. d. F. v. 17. Juni 1942, Art. 28 und Ordonnance v. 31. Juli 1945, Art. 32.

⁷³⁾ Vgl. E. Lafferrère, *Traité de la Juridiction Administrative*, 2. Ausg., 2. Bd., 1896, S. 423—427. Heute werden keine actes discrétionnaires, sondern nur noch éléments discrétionnaires contentieuse se refuse fermement à jouer le rôle de supérieur in VwAkten anerkannt. „Le Conseil d'Etat dans toute son activité hiérarchique de l'Administration et à examiner du point de vue de l'opportunité la valeur des actes qui lui sont déférés.“ (Duez-Deberre, *Traité de Droit Administratif*, 1952, S. 382).

⁷⁴⁾ Vgl. die von Bühler, *Die subjekt. öff. Rechte*, 1914, S. 324 angeführten Motive zum württembergischen Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 16. Dez. 1876. Dort, S. 261 ff., auch die Darstellung der Beziehung zwischen dem in Preußen zur Geltung gelangten Gneistschen weiteren Begriff der Vw.Gerichtsbarkeit und der Ausdehnung der Vw.Gerichtsbarkeit auf Ermessensfragen. „Fehlen der Beschränkung auf die Kontrolle der Rechtsanwendung und Fehlen der Beschränkung auf Streitentscheidung charakterisieren die von Gneist ... vertretene und in der preußischen Verwaltungsgerichtsgesetzgebung verwirklichte Auffassung von der Vw.Gerichtsbarkeit“ (aaO., S. 265).

⁷⁵⁾ Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 304.

als Schiedsrichter bestellt werden können und dabei unter freier Beurteilung der Rechts- und Sachlage nach billigem Ermessen entscheiden und Rechtsänderungen vornehmen können. Auch aus der Auffassung „als Gegenorganismus gegen die Mißbräuche der konstitutionellen Parteiverwaltung“, in der v. Gneist die „Hauptbestimmung“ der Verwaltungsjurisdiktion erblickte⁷⁶⁾, läßt sich ihre Beschränkung auf Rechtskontrolle nicht begründen. Wohl aber aus der Verbindung dieser Funktion mit der spezifisch richterlichen Gesetzesunterworfenheit, aus dem verschiedenen Verhältnis, in dem Verwalter und Richter zum Rechtssatz stehen. Im Umgang mit dem Gesetz, d. h. mit der Rechtsnorm, offenbart sich der Unterschied der Funktionen: für die eine ist es Verhaltensmaßstab, für die andere Beurteilungsmaßstab. Indem die richterliche Funktion prüft, ob die verwaltende dem Gesetz gemäß oder zuwider gehandelt hat, prüft sie auch, ob das Gesetz Freiheit gewährt oder bindet. Wo es Freiheit gewährt, kann sie nur noch prüfen, ob der Rahmen überschritten oder die Freiheit mißbraucht wurde.

Auch die Mißbrauchskontrolle ist Rechtskontrolle, denn Ermessensmißbrauch, d. h. Verkennung oder Verfehlung des Zwecks, der Absicht des Gesetzgebers, ist Rechtsverletzung. „Es gibt keine inneren Schranken des Ermessens“, schreibt Friedrich Tezner (Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924, S. 8). „Alle rechtlichen Schranken sind äußere Schranken, und was sie beschränken, ist immer innerlich, sei es der Wille, sei es die Freiheit des Denkens. Der fehlerhafte Verwaltungsakt ist aber, soweit die Fehlerhaftigkeit auf Rechtsbeschwerde festzustellen ist, fehlerhaft, weil er das objektive Verwaltungsrecht verletzt . . .“ (a. a. O.). Wie die Verwalter nicht nur durch den Wortlaut, sondern auch durch den Sinn und Zweck der Rechtsnormen gebunden sind, greifen die Richter, indem sie die Einhaltung der Schranken des Ermessens kontrollieren, auf den hinter dem Wortlaut der Norm liegenden Wert zurück⁷⁷⁾.

⁷⁶⁾ Der Rechtsstaat, 2. Aufl., 1879, S. 272.

⁷⁷⁾ Trotz seiner Differenz mit Tezner über inneres und äußeres Verhalten und den Begriff des öffentlichen Interesses kommt auch Launs Lehre vom freien Ermessen und seinen Grenzen zum gleichen Ergebnis, daß Ermessensschränken Rechtsschränken sind: Das Gesetz kann dort, wo es scheinbar eine Wahl zwischen rechtlich gleichwertigen Alternativen einräumt, Unterordnung unter einen bestimmten Zweck vorschreiben. Vgl. Laun, Kategorische und disjunktive Normen, Archiv d. ö. R., 34. Bd., 1915, S. 162, 168 u. Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.

Dennoch liegt in der Mißbrauchskontrolle — wie die Praxis zeigt — bereits die Erweiterung der Rechtskontrolle zur Aufsichtskontrolle, da die abstrakte Unbestimmtheit des Zwecks eines Gesetzes den prüfenden Richter ohne sicheren Rechtsmaßstab läßt. In der alten Formel, wonach das Recht für die Justiz Selbstzweck oder Inhalt für die Verwaltung nur Mittel zum Zweck und Schranke sei, steckt eine immer noch gültige Grundkonzeption des Verhältnisses der beiden Funktionen. Die Praxis der die Verwaltung ermächtigenden Normen, die im modernen Verwaltungsstaat so großen Umfang angenommen hat, läßt ihr die Rechtsnorm tatsächlich nur als Grundlage und — manchmal kaum noch — als Schranke erscheinen. Dabei gibt es selbst im deutschen Rechtswegstaat manchmal weiterherzige Ermächtigungen. So etwa im § 32, Abs. 1, des Bundesbeamtengesetzes vom 14. 7. 1953 (BGBL, I, 551): „Der Beamte auf Widerruf kann jederzeit durch Widerruf entlassen werden“. Weitere Beispiele brauche ich in diesem Kreis nicht zu nennen. Beispiele aus dem englischen Recht habe ich in meiner Abhandlung „Regierungsakte im Rechtsstaat“ (Bonn 1955) erörtert.

Ich höre den Einwand: Aus dem Wesen der Funktionen, insbesondere der Rechtsprechung, läßt sich vielleicht die Beschränkung der VwRspr. auf die Rechtskontrolle überhaupt ableiten, nicht aber die Grenze zwischen Rechts- und Ermessensfragen im Einzelnen. Man könne wohl die Gesetzesunterworfenheit des erkennenden Richters idealtypisch der relativen Selbständigkeit des schöpferisch handelnden Verwaltungsbeamten gegenüberstellen. Man könne daraus aber nicht mehr ableiten, als die allgemeine Mahnung an den Richter, sich der Nachprüfung von Ermessenserwägungen zu enthalten. Ich glaube, etwas weiter gehen zu können.

VIII.

Die Bedeutung eines echten Funktionsbewußtseins kann sich grade an der in den letzten Jahren in der deutschen Rechtswissenschaft so viel diskutierten Frage der unbestimmten Begriffe und der gerichtlichen Nachprüfung ihrer Auslegung durch die Vw erweisen. Während noch Walter Jellinek das freie Ermessen gradezu als „die vom Recht mit Maßgeblichkeit ausgestattete, fehlerfrei zustande gekommene individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs“⁷⁸⁾ definierte,

⁷⁸⁾ Gesetz, Gesetzesanwdg. usw. S. 36, 89. Auf Seite 89 gibt er allerdings den unbestimmten Begriff zugunsten einer „individuellen Anschauung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung“ wieder preis, worauf Bühler, Die subj. öff. Rechte, 1914, S. 40 aufmerksam machte.

unterscheidet die neuere Theorie zwischen Handlungsermessen (das vom Gesetz mit den Worten kann, darf, ist berechtigt o. ä. gewährt wird) und Beurteilungsermessen (das in der praktischen Auslegung eines unbestimmten Begriffs besteht).

Das Problem der sogen. „unbestimmten Begriffe“ und ihrer Justizialität ist erst mit der Einführung der Generalklausel eigentlich aktuell geworden. Zwei Auffassungen haben sich inzwischen herausgebildet. Nach der einen ist der unbestimmte Begriff ein Rechts- oder Gesetzesbegriff, für den es im konkreten Fall nur eine richtige Auslegung gibt. Während da, wo der Gesetzgeber freies (wenn auch pflichtmäßig auszuübendes) Handlungsermessen (Wahlfreiheit) gewährt hat, mehrere Entscheidungen der Vw gleich richtig sind, kann die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs im Einzelfall nur eine richtige Entscheidung ergeben, ist vom Gesetzgeber nur eine Lösung zugelassen. Das Gericht kann daher diese Anwendung nachprüfen, indem es den im Begriff steckenden Gedanken des Gesetzgebers nachdenkt.

Nach der anderen Auffassung entzieht sich der unbestimmte Begriff eben wegen seiner Unbestimmtheit, seines flexiblen, emotionalen Charakters, der ihn subjektiv schillern läßt und seine Konkretisierung auf örtlich und zeitlich wechselnde individuelle Anschauungen gründet, der Justizialität. Die Vertreter der Justizialität, so bemerkte z. B. Senatspräsident Böhm⁷⁹⁾ trugen der inhärenten Dehnbarkeit dieser Begriffe nicht genügend Rechnung.

Soweit ich sehe, hat sich die Wage in diesem gelehrten Streit letzthin zugunsten der Theorie geneigt, die der Vw. einem gewissen nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum gegenüber den unbestimmten Rechtsbegriffen zugesteht. Jedenfalls ergibt sich dies Bild aus einem Bericht über die 6. Jahresversammlung der Verwaltungsgerichtspräsidenten in Koblenz am 18. Oktober 1954⁸⁰⁾. Danach ist der unbestimmte Rechtsbegriff „innerhalb des Bereichs seiner Unbestimmtheit nur nach Art reiner Ermessensüberprüfung“ d. h. auf fehlerfreies Zustandekommen seiner Abgrenzung und Anwendung justizial. Es würde die Möglichkeiten dieses Referats bei weitem übersteigen, hier noch in eine volle Diskussion der Problematik von Ermessen und unbestimmtem Begriff einzutreten, die in der Zeitschriftenliteratur schon mit soviel Scharfsinn traktiert worden ist. Ich möchte nur einen Gesichtspunkt beisteuern, der sich aus der Betrachtungsweise dieses Berichts ergibt: Die Haltung des Vw. Richters zum unbestimmten Begriff ergibt

⁷⁹⁾ Bayerische Verw. Blätter 1955, S. 76 ff. u. 110 ff.

⁸⁰⁾ aaO.

sich hiernach aus seiner rechtsprechenden Funktion. Er, der dem Gesetz = Rechtsnorm = objektive Norm unterworfen und verpflichtet ist, strittiges Recht zu finden, ist damit in seinem Denken darauf ausgerichtet, objektive, allgemeingültige Vorstellungen und Begriffe zu suchen und zu handhaben. Der Richter soll an die ihm unterbreiteten Sachverhalte nur Maßstäbe, Wert- und Erfahrungsurteile anlegen, die er als objektiv gegeben ansehen kann: objektiv gegeben im Gesetzeswortlaut, im bestimmten Begriff, im gesellschaftlich feststehenden Werturteil, im naturwissenschaftlich erweisbaren Erfahrungssatz. Er soll nicht seine Meinung für die einer der streitenden Parteien hier also der Vw. setzen. Nur soweit also unbestimmte Begriffe in dieser Weise — bei Werturteilen kommt es auf die gesellschaftlichen Anschauungen hinaus — objektivierbar und konkretisierbar sind, sind sie justiziabel, sonst sind sie kein Zollstock für den Richter, sondern nur ein Gummiband für die Vw. Ich finde diese Art der Sicht auch in Karl Hermann Ules Beitrag zur Jellinek-Gedächtnisschrift bestätigt, der wohl als die vorläufig abschließende Gesamterfassung des Problemstandes angesehen werden darf. Ule erklärt es als „mit dem Wesen der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit . . . unvereinbar, daß ihr echte Ermessensentscheidungen übertragen werden“ und nimmt dabei auf die Neuordnung nach 1945 Bezug, die die VwGbk. zur Rechtsprechung, zu einem Zweig der rechtsprechenden Gewalt“ gemacht habe. In Grenzfällen habe der Richter nicht sein eignes Werturteil an die Stelle des Urteils der Vw. zu setzen⁸¹⁾.

Bei der Erörterung der unbestimmten Begriffe sollte man, wie z. B. Forsthoff⁸²⁾ mit Recht fordert, von vornherein differenzieren. Horde — Tagesanbruch — Bedürfnis — Dringlichkeit — Eignung — öffentliche Sicherheit — Gemeinwohl — öffentliche Ordnung — freiheitliche Grundordnung — verfassungsmäßige Ordnung — Gedanke der Völkerverständigung — verschiedene Begriffe, verschiedene Rechts- und Sachbereiche. Tatsachenbegriffe sind von Wertbegriffen zu scheiden — aber auch von Begriffen mit politischer Gefühlsladung. Ihnen gegenüber sollte der Richter besonders vorsichtig sein, auch wo er vom Gesetzgeber grade zu einer politischen Entscheidung bestellt ist, wie etwa das Bundesverwaltungsgericht durch § 9, Abs. 1 d, BuVw. GG v. 23. September 1952 — Verbot verfassungswidriger Vereinigungen — (BGBl. I, S. 625). Die damit verlangte Feststellung ist im Grunde ebensowenig

⁸¹⁾ Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, aaO., S. 326/28.

⁸²⁾ aaO., S. 69.

Rechtsprechung wie der Rekursentscheid der süddeutschen VwGer. nach §§ 20, 21 RGO i. V. mit § 38, 2 VGG.

Reuss, dem wesentliche und förderliche Beiträge zur Klärung des Problems der unbestimmten Begriffe im öffentlichen Recht zu danken sind⁸³⁾ — er wies neuerdings auf den logischen Unterschied zwischen Handlungsfreiheit und (dem von ihm so getauften und abgelehnten) „kognitiven“ oder Urteilsermessen hin, — hat auf der Koblenzer Tagung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten im Oktober 1954 den Bericht von Senatspräsident Böhm in den Bayerischen Verwaltungsblättern zufolge⁸⁴⁾, offen das Motiv seiner Argumentation für die Justiziabilität der unbestimmten Begriffe enthüllt: den „Gesichtspunkt des Rechtsschutzes“, die Abneigung gegen das Verwaltungsermessen als „Relikt obrigkeitlicher Denkweise“. Damit ist ein Denkverfahren eingestanden, das auch in der wissenschaftlichen Literatur nicht mehr verschwiegen wird. So sagt Forsthoff in den Ausführungen seines Lehrbuchs über das Ermessen, „unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes . . .“ gewinnen die Fragen eine ganz andere Färbung⁸⁵⁾. Dadurch erwiesen sich Abgrenzungen als geboten, die eine rein theoretische Überlegung nicht vornehmen oder gar verwerfen würde. Die Lehre vom Recht wird hier wie seine Praxis, aus einer Wissenschaft zu einer ars aequi et boni. Ermessensfragen werden zu Rechtsfragen, unbestimmte Begriffe zu Rechtsbegriffen, individuelle Interessen zu subjektiven öffentlichen Rechten gestempelt, um dem Rechtsschutzinteresse zu dienen. Beispiele aus der Rechtsprechung kann und muß ich mir hier sparen. Es läge wohl im Interesse der Rechtssicherheit und der Gewaltenteilung, daß der Gesetzgeber dieses Verfahren überflüssig macht, indem er die Verwaltung dort bindet, wo der Richter sie kontrollieren soll. Erscheinen aber die Übertragung von Handlungsfreiheit und die Formulierung unbestimmter Begriffe dem Gesetzgeber als Gesetzgebungstechnik unentbehrlich, so wird sein Bemühen von einer Rechtsprechung vereitelt, die die Verwaltung dort hemmt, wo der Gesetzgeber sie befähigen will.

X.

Der deutsche Staat der Bundesrepublik — das ist schon oft ausgesetzt worden — hat ein Maximum an Justiz und Justizförmigkeit, an Rechtskontrollen und Hemmungen und ein Minimum an Aktionsfähigkeit. Wenn ich versucht habe, aus

⁸³⁾ Vgl. Dtsch. Vw.Bl. 1953, S. 649.

⁸⁴⁾ aaO., S. 110.

⁸⁵⁾ aaO., S. 68.

materiellen Begriffen von Vw. und VwRspr. das idealtypisch richtige Verhältnis der beiden Funktionen abzuleiten, so geschah es ohne pragmatischen Hintergedanken. Der Staatsrechtslehrer hat jedoch auch eine politische Aufgabe. Dazu gehört nach meiner Überzeugung eine ausgleichende Wirksamkeit: Ausgleichend gegenüber den Pendelschlägen der von den Leidenschaften und Interessen der Politiker und herrschenden Gruppen bewegten Verfassungspraxis. Wie es zu Zeiten, da in Deutschland der Staat das Recht zu ersticken drohte, in der Heimat und in der Fremde deutsche Staatsrechtslehrer gab, die es als ihre Pflicht erkannten, das Rechtsbewußtsein ihres Volkes wachzuhalten, wie auch heute der Staatsrechtslehrer das subjektive öffentliche Recht überall da und dort zu verteidigen berufen ist, wo die Bürokratie des Verwaltungsstaates es mißachtet, ist es ihm aber andererseits auch aufgegeben, als Vertreter der Lehre nicht nur vom Staat des Rechts sondern auch vom Recht des Staats, den Staatsgedanken da und dann in Erinnerung zu rufen, wo der Rechts- und Rechtsschutzgedanke ihn zu überwuchern droht.

Unter diesem Aspekt werfe ich zum Schluß einen kurzen Blick auf die Frage der gerichtsfreien Hoheitsakte. In streng juristischer Betrachtung, d. h. ohne pragmatische Begriffsbildung, ist es fraglich, ob das Recht des Bonner Grundgesetzes für diese Figur Raum hat. Zwar haben Friedrich Klein, Ernst Forsthoff und Hans Schneider die Frage bejaht. Dabei gehen Forsthoff⁸⁶⁾ und Schneider⁸⁷⁾ von den gleichen gedanklichen Prämissen aus, die diesem Bericht zugrunde liegen. Forsthoff will zur Abgrenzung der Regierungsakte aus dem Wesen der Justiz, Schneider auch aus der Natur der Regierungsfunktion gelangen. Schneider bemerkt, „daß es unbeschadet der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung Lagen gibt, in denen die Justiz die Grenzen ihrer Berufung und Verantwortung selbst festlegen muß⁸⁸⁾.“ Grade Schneiders Ausführungen in der bekannten Monographie, „Gerichtsfreie Hoheitsakte“ (1951), zeigen aber, daß die Staatstätigkeiten, die dem prüfenden Zugriff selbst des Bundesverfassungsgerichts noch entzogen sein mögen, — Richtlinien der Politik, diplomatische Hoheitsakte, Gnadenentscheidungen, Verleihung von Titeln und Orden — im Ermessensraum liegen oder zu den unbestimmten Begriffen gehören: Dringlichkeit (in Art. 84 V, 85 III, GG) und die Figur des gerichtsfreien Hoheitsakts oder Regierungsakts eigentlich erübrigen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird sich

⁸⁶⁾ aaO., S. 417.

⁸⁷⁾ aaO., S. 32—47.

⁸⁸⁾ aaO., S. 38.

dabei in der Regel mit dem Hinweis ausschließen lassen, daß es sich um keine VwAkte handelt. Um den gerichtsfreien Hoheitsakt als eigenständige Kategorie in das Rechtssystem des Bonner Grundgesetzes einzuführen, bedarf es teleologischer Begriffsbildung, d.h. der vorausgesetzten Erkenntnis, daß es Fälle geben kann, wo das individuelle Rechtsschutzinteresse dem höheren Interesse der Sicherung der Existenz der staatlichen Einheit weichen muß.

Ich schließe meine Ausführungen mit einem Wort Rudolf v. Gneists, das ich in diesem Bericht zu beherzigen mich bemüht habe:

„Den Berufsgenossen im Recht hat man seine Hochachtung durch die Wahrhaftigkeit auszusprechen, mit welcher man in dem Bilde unseres Rechts Licht und Schatten zu verteilen sucht“⁸⁹⁾.
Rudolf v. Gneist

⁸⁹⁾ Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl., 1879, Vorwort.

Leitsätze des Mitberichterstatters über: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung

- 1. Durch die Verselbständigung der Verwaltungsgerichtsbarkeit aller Instanzen und die Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsrechtsprechung durch das positive Recht im südlichen und westlichen Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg im Zeitalter der „Daseinsvorsorge“ ist die Frage nach Wesen und Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung neu gestellt.*
- 2. Im Geltungsbereich des Grundgesetzes gehört die Verwaltungsrechtsprechung materiell zur Rechtsprechung. Die einheitliche Rechtsprechung ist nicht „Gewalt“ im politisch-soziologischen Sinne, sondern Funktion und Kompetenz. Das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung ist also als ein funktionelles und organisatorisches zu verstehen.*
- 3. Der in der modernen Funktionenlehre verbreitete Formalismus, der eine echte sachliche Unterscheidung von Verwaltung und Rechtsprechung als Staatstätigkeiten leugnet, entzieht der Rechtsstaatsidee die theoretische Grundlage.*
- 4. Nur aus materiellen Begriffen von Verwaltung und Rechtsprechung ist ein sinnvolles Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung theoretisch zu konstruieren und praktisch zu organisieren. Verwaltung ist handelnde Staatsfunktion, die aus eigener Initiative das soziale Leben im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts schöpferisch gestaltet. Verwaltungsrechtsprechung ist auf Anruf ergehende, Erkenntnis aussprechende Entscheidung von Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen.*
- 5. Auch im Zeitalter der „Daseinsvorsorge“ behält die Verwaltungsrechtsprechung ihrer Schutzfunktion für den Einzelnen.*
- 6. Die vom geltenden deutschen Recht vorgeschriebene organisatorische Verselbständigung unabhängiger Verwaltungsgerichte, die als echte, den Justizgerichten gleichwertige Gerichte angesehen werden, erhält ihren Sinn aus mate-*

riellen Begriffen der Staatstätigkeiten: was sachlich verschieden ist, soll auch organisatorisch geschieden sein. Das entspricht auch dem Grundsatz einer Scheidung der „Gewalten“ (= Funktionen, Kompetenzen), der in Artikel 20, Abs. 2, Satz 2 des Grundgesetzes, ausgesprochen ist und der sich nicht in bloßer Arbeitsteilung erschöpft. Durch die Neuordnung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist der alte Gegensatz von Justizstaat und Rechtsstaat überholt.

7. Auch die Beschränkung der Verwaltungsgerichte auf die Rechtskontrolle der Verwaltung und die Unterscheidung von Rechts- und Ermessungsfragen erhalten ihren Sinn aus den materiellen Begriffen von Verwaltung und Rechtsprechung und ihrer wesentlich verschiedenen Stellung zum Rechtssatz. (Recht als Inhalt, als Grundlage und als Schranke der Tätigkeit.) Der Richter, der Zweckmäßigkeitserwägungen der Verwaltung nachprüft, übt keine Rechtsprechung, sondern verwaltet.
8. Auch unbestimmte Begriffe können Raum für (kognitives) Verwaltungsermessen bieten: sie sind nur soweit justizierbar, als sie in gesellschaftlichen Anschauungen objektiviert und konkretisiert sind.
9. In der Praxis werden Rechts- und Ermessungsfragen oft in pragmatischer Weise nach dem angenommenen Rechtsschutzbedürfnis unterschieden. Im Interesse der „Gewalten“-Scheidung und der Rechtssicherheit wäre es vorzuziehen, daß der Gesetzgeber die Verwaltung dort bindet, wo der Richter sie kontrollieren soll.
10. Rechtspolitisch ist zu bedenken, daß die soziale und außenpolitische Lage des freien Deutschland eine handlungsfähige Regierung und Verwaltung verlangt. Aus diesem Grunde wäre zu erwägen, ob nicht der justizlose Hoheitsakt der Rechtsprechung gelegentlich dort einen Ausweg böte, wo ein höheres Staatsinteresse auf dem Spiel steht. Wenn schon eine teleologische Begriffsbildung stattfindet, darf auch der Zweck der staatlichen Existenz Beachtung beanspruchen.

3. Aussprache über: **Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung**

B a c h o f - T ü b i n g e n :

Zunächst möchte ich zu den Leitsätzen 2, 3 und 15 des Herrn Kollegen Becker das Wort nehmen.

Wissenschaftler sind genötigt, mit Begriffen zu arbeiten, und Begriffe müssen, sollen sie praktikabel sein, einfach und handlich sein. Deshalb mögen die nun einmal eingebürgerten Begriffe „Eingriffsverwaltung“ und „Leistungsverwaltung“ als Etikette für verschiedene Bereiche der verwaltenden Tätigkeit hingehen. Aber Verwaltung ist viel zu mannigfaltig und vielschichtig, um sich durch diese beiden Begriffe wirklich voll einfangen zu lassen. Es konnte — weniger heute als auf Grund der ganzen literarischen Diskussion der letzten Zeit — oft der Eindruck entstehen, als seien Leistungsverwaltung und Eingriffsverwaltung zwei mehr oder minder getrennte Bereiche, von denen die Eingriffsverwaltung das überkommene Tätigkeitsfeld der Verwaltung, die Leistungsverwaltung dagegen etwas völlig Neues sei. So einfach liegen die Dinge nun doch nicht. Es gibt hier die mannigfachsten Überschneidungen und Wechselwirkungen, die gerade in ihrer Verflechtung erst das wahre Bild der Verwaltung zeigen.

Es scheint mir aber gleichfalls eine zu starke Vereinfachung zu sein, wenn man sagt, Leistungsaufgaben seien unmittelbare, Eingriffsaufgaben seien mittelbare Verwaltungsaufgaben. Das mag für einige Bereiche zutreffen, wie etwa für das Wohnungsrecht. Hier ist es in der Tat so: Die Leistung besteht darin, daß die Verwaltung den wohnungsuchenden Personen Wohnungen vermittelt; der Eingriff besteht darin, daß sie zum Zwecke dieser Leistung in Rechte anderer eingreift, indem sie Wohnungen in Anspruch nimmt. Hier ist also eindeutig der Eingriff nur das Mittel, durch das die Verwaltung erst in den Stand gesetzt wird, zu leisten.

Aber man kann dieses Schema — Eingriff nur Mittel zur Leistung — nicht auf alle anderen Gebiete der Verwaltung übertragen. Wo ist zum Beispiel bei der Polizei, die ja das klassische Beispiel der Eingriffsverwaltung ist, die „Leistung“? Es wäre doch wohl etwas gewaltsam konstruiert, wollte man sagen: Auch die Polizei ist zugleich und sogar primär Leistungs-

verwaltung, weil sie ja die notwendigen Eingriffe nur vornimmt, um für die Allgemeinheit etwas zu „leisten“, nämlich die gute Ordnung aufrechtzuerhalten. Wenn man den Begriff Leistungsverwaltung so weit spannt, dann ist alle Verwaltung letzten Endes Leistungsverwaltung, und dann verliert die ganze Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung ihren Sinn. Eingriffsverwaltung wäre dann nichts anderes als eine gelegentliche Hilfstätigkeit im Rahmen der (mit der gesamten Verwaltungstätigkeit schlechthin gleichzusetzenden) Leistungsverwaltung. Ein solcher Sprachgebrauch wäre nicht nur wenig sinnvoll, sondern auch durchaus unüblich. Unter der „Leistungsverwaltung“ wird vielmehr speziell die daseinsvorsorgende und sozialordnungsgestaltende Tätigkeit der Verwaltung verstanden, im Gegensatz zur lediglich ordnungsbewahrenden Tätigkeit, deren klassisches Beispiel eben die Polizei ist.

Ferner: Wenn man, trotz dieser Vorbehalte, mit den beiden erörterten Begriffen arbeitet — im großen und ganzen kann man das sicher tun —, dann muß eine verbreitete falsche Auffassung korrigiert werden, die dahin geht, als sei die Tätigkeit der Verwaltung heute fast ausschließlich daseinsvorsorgende Leistungsverwaltung geworden, und als spiele die Eingriffsverwaltung daneben kaum noch eine Rolle. Dem ist nicht so. Aus den nach Sachgebieten aufgegliederten Statistiken der Verwaltungsgerichte — vor mir liegt die Aufstellung des Bayerischen Statistischen Landesamtes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Jahren 1953 und 1954 — kann man deutlich ersehen, daß die Eingriffsverwaltung nach wie vor eine keineswegs geringe Rolle spielt. Ich habe mit Verwundern gehört, daß nach Herrn Beckers Ausführungen Polizeirechtsfälle in der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz überhaupt keine Rolle mehr spielen. Ich kann mir dieses Faktum schwer erklären. Denn die bayerische Statistik weist für das Jahr 1954 allein bei den unteren Verwaltungsgerichten 303 Fälle aus dem Polizeirecht auf. Das ist ein ganz erheblicher Prozentsatz! Vielleicht erklärt sich die scheinbare Diskrepanz zu Rheinland-Pfalz daraus, daß dort keine genügende Aufgliederung in der Statistik vorgenommen wurde. Denn auch die bayerische Statistik weist für 1953 keinen einzigen Polizeirechtsfall aus; aber, wie ich festgestellt habe, nicht etwa deshalb, weil kein einschlägiger Fall vorlag, sondern weil man damals das Polizeirecht noch nicht ausgliedert, sondern unter der Rubrik „Sonstiges“ mit untergebracht hatte.

Wenn man sich die Statistik auf die klassischen Bereiche der Eingriffsverwaltung — z. B. Polizeirecht, Abgabenrecht, Bau-recht, Reichsleistungsrecht, Gesundheitsrecht — ansieht, so zeigt sich, daß diese Verwaltungsbereiche auch heute noch einen breiten Raum in unserer Verwaltung und unserer Verwaltungsrechtsprechung einnehmen.

Es kommt folgendes hinzu: Wenn in den Statistiken die Leistungsverwaltung zahlenmäßig oft überwiegt, so handelt es sich dabei zum großen Teil um zeitbedingte Aufgaben, die plötzlich und stoßweise anfallen, aber nach wenigen Jahren wieder abklingen, und die einer Statistik daher ein irreführendes Aussehen geben können. Man braucht nur darauf hinzuweisen, daß in Bayern allein die Lastenausgleichsfälle, die verwaltungsgerichtlich in der ersten Instanz entschieden wurden, sich 1954 auf nicht weniger als 1427 beliefen. Sie sind in einem Jahr von rund 500 auf bald 1500 heraufgeschnellt, sie werden in wenigen Jahren wieder bis zum Nullpunkt absinken. Dasselbe Bild haben wir vor einigen Jahren im Wohnungsrecht erlebt. Das sind stoßweise Aufgaben, die die Verwaltung und die Gerichte zwar außerordentlich belasten, die man aber nicht als normal ansehen kann und aus denen man nicht auf das generelle Verhältnis unserer heutigen Leistungsverwaltung zur Eingriffsverwaltung schließen kann. —

Dann zum Leitsatz 15 des Herrn Kollegen Becker: Herr Becker hat hier bemerkt, die Verwaltungsrechtsprechung vermöge sich nur mühsam auf die Leistungsverwaltung einzustellen. Ich kann dem nicht beipflichten. Es ist zwar zuzugeben, daß unsere Verwaltungsgerichtsgesetze konstruktiv noch vorwiegend an der Eingriffsverwaltung orientiert sind. Aber gerade die neueren Gesetze haben doch in zunehmendem Maße der Leistungsverwaltung Rechnung getragen, nicht nur durch die Möglichkeit der Leistungsklage im Parteistreitverfahren, sondern vor allem durch die auch von Herrn Becker erwähnte Vornahmeklage. Der eigentliche Grund dafür, daß Verwaltungsprozesse über Maßnahmen oder Unterlassungen der Leistungsverwaltung in ihrem Ausgang oft als unbefriedigend empfunden werden, und daß die Verwaltungsgerichte Mühe haben, mit Klagen auf Vornahme von Leistungen oder Amtshandlungen fertig zu werden, liegt — ich glaube, das hat Herr Menger in seinem letzten Aufsatz in DÖV 1955 S. 587 ff., treffend herausgearbeitet — nicht im Prozeßrecht, und insbesondere nicht darin, daß die Institution oder die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Leistungsverwaltung nicht adäquat wäre. Der Grund liegt vielmehr im materiellen Recht, nämlich darin, daß es weitgehend an

einer materiellrechtlichen Normierung der Leistungen fehlt. Ich bin freilich nicht der Ansicht, daß der Gesetzgeber deshalb versuchen sollte, zu einem umfangreichen System, zu einem „Katalog von Leistungen und Ansprüchen“ zu gelangen, vor dem Herr Menger mit Recht gewarnt hat. Aber ich glaube doch, daß dort, wo die Verwaltung sich in erheblichem Umfange auf das Gebiet der leistenden Tätigkeit begibt, wo sie insbesondere neue Aufgaben der Leistungsverwaltung von größerem Ausmaß anpackt, der Gesetzgeber sich wenigstens zu einem Mindestmaß an rechtsnormativer Regelung von Voraussetzung, Art und Maß der Leistungen bereittfinden sollte.

Herr Becker hat weiter gesagt, der Verwaltungsrechtsschutz diene zwar primär dem Schutz subjektiver Rechte, daneben aber auch dem Schutz des objektiven Rechts. Diese letzte Feststellung, der ich voll und ganz beipflichte, verdient besondere Hervorhebung. Sie könnte in unserem Kreise vielleicht als selbstverständlich erscheinen; sie ist es außerhalb dieses Kreises leider durchaus nicht! Vor allem starren viele unserer prozessualistischen Kollegen wie gebannt auf den Wortlaut der Verwaltungsgerichtsgesetze, die in der Tat nur vom Schutz individueller oder subjektiver Rechte — oder wie sie es im einzelnen formulieren — sprechen. Demgegenüber muß man scharf unterscheiden zwischen dem prozessualen Anknüpfungspunkt als einem prozeßtechnischen Mittel einerseits — das ist in der Tat regelmäßig nur der Schutz individueller oder subjektiver Rechte —, und der staatspolitischen Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits. Diese sehe ich in einem Doppelten: Auch sie besteht einmal im Schutz individueller Rechte; sie besteht aber in ganz entscheidender Weise auch in der Wahrung und Durchsetzung des objektiven Rechts und in der Disziplinierung der Verwaltung. Wenn schon für den Zivilprozeß anerkannt ist, daß der Prozeß als Institution nicht nur dem Schutz subjektiver Rechte, sondern auch der Durchsetzung objektiven Rechts dient, so muß das erst recht und in viel stärkerem Maße für den Verwaltungsprozeß gelten. Dieses doppelte Gesicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat auch in den Gesetzen selbst seinen Ausdruck gefunden; am klarsten wohl in den süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen, wo die Stellung des Vertreters des öffentlichen Interesses dahin charakterisiert ist, daß er mitzuwirken habe, „daß das Recht sich durchsetzt und das Gemeinwohl keinen Schaden erleidet“. Deutlicher könnte die Aufgabe der Durchsetzung der objektiven Rechtsordnung kaum gekennzeichnet werden! —

Da ich schon einmal von den Aufgaben der Verwaltungsrechtsprechung spreche, so möchte ich in diesem Zusammenhang gleich auf zwei Thesen des Kollegen Rumpf eingehen.

Zunächst zum Leitsatz 4:

Herr Rumpf geht dort von einem materiellen Begriff der Verwaltung und von einem materiellen Begriff der Rechtsprechung aus. Ich bin mit Herrn Rumpf — und insoweit unterscheide ich mich von Herrn Menger — der Meinung, daß wir bemüht sein müssen, einen materiellen (gegenständlichen) Begriff der Rechtsprechung herauszuarbeiten. Wenn wir das nicht tun, dann stößt in der Tat Art. 92 GG und damit eine unserer wichtigsten rechtsstaatlichen Sicherungen ins Leere. Aber ich habe nach wie vor, trotz der das Problem so außerordentlich fördernden Untersuchungen der Herren Friesenhahn und Flume, stärkste Zweifel, ob es überhaupt möglich ist, auf rein dogmatischem Wege einen materiellen Begriff der Rechtsprechung herauszuarbeiten. Ich glaube nicht, daß dieser Versuch bisher gelungen ist, und ich halte sein Gelingen auch nicht einmal für möglich. Vor allem aber meine ich, daß uns als Staatsrechtslehrer weniger die Frage interessieren sollte, was Rechtsprechung „an sich“ sei, als vielmehr die Frage, was unser Grundgesetz unter der „Rechtsprechung“ versteht, wenn es im Art. 92 sagt: Die Rechtsprechung ist den Richtern anvertraut. Daß hier ein gegenständlicher Rechtsprechungsbegriff gemeint sein muß, leuchtet ein, weil sonst Art. 92 sinnlos wäre. Aber den Gehalt dieses gegenständlichen Begriffs kann man nicht rein deduktiv und abstrakt ermitteln, sondern man muß die geschichtlichen Gewordenheiten unseres deutschen Rechts in Rechnung stellen. Herrn Friesenhahns Gleichsetzung von Rechtsprechung mit „Streitentscheidung“ ist zu eng. Ein solcher Rechtsprechungsbegriff klammert wichtigste Funktionen unserer Gerichte aus, wie z. B. die abstrakte Normenprüfung — sowohl die verwaltungsgerichtliche wie die verfassungsgerichtliche —, oder möglicherweise sogar die ganze Strafjustiz, da in der Strafrechtslehre weithin die Auffassung vertreten wird, Strafjustiz sei keine Entscheidung von „Streitigkeiten“. Ein Rechtsprechungsbegriff, der diese Funktionen nicht mit umfaßt, erscheint mir wenig sinnvoll. Man kann den Satz „Rechtsprechung ist Streitentscheidung“ insoweit unterschreiben, als jede Streitentscheidung durch einen neutralen Dritten sicher Rechtsprechung ist. Aber man kann diesen Satz nicht umkehren und kann nicht sagen, nur Streitentscheidung durch einen neutralen Dritten sei Rechtsprechung. Man muß zur Streitentscheidung als dem Kern der Rechtsprechung viel-

mehr noch solche Tätigkeiten hinzunehmen, die bei uns kraft geschichtlicher Überlieferung nun einmal zur Rechtsprechung gerechnet werden. Dazu gehören z. B. zahlreiche Funktionen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit; es gehören dazu aber auch gewisse Tätigkeiten der Verfassungsrechtsprechung, obwohl sie unter dem Begriff der „Streitentscheidung“ nicht unterzubringen sind. —

Zu Herrn Rumpfs Leitsatz 2: Herr Rumpf vertritt die Auffassung, Rechtsprechung sei nur noch Funktion und Kompetenz; sie sei nicht mehr „Gewalt“ im politisch-soziologischen Sinn. Zugegeben: vorwiegend ist die Rechtsprechung heute in der Tat nur noch Funktion und Kompetenz. Aber man schüttet doch wohl das Kind mit dem Bade aus, wenn man ihr jegliche Eigenständigkeit als soziale „Gewalt“ abspricht. Dabei wird m. E. die prägende Kraft eines Berufes unterschätzt, die gerade beim Richterberuf besonders stark ist. Unsere heutige Richterschaft hat sich in der bewußten Abwehr politischer Einbrüche in ihre eigenen Reihen, aber auch in der Bekämpfung und Zurückdrängung politischer Einbrüche in die ihrer Kontrolle unterstellte zweite Gewalt ein Zusammengehörigkeitsgefühl, ein Standesbewußtsein und ein Bewußtsein ihrer Bedeutung und ihrer „Macht“ erworben, das es rechtfertigt, den Richterstand als Träger der rechtsprechenden Funktion — mit aller Vorsicht und in Anerkennung der Grenzen und Bedingungen solcher Kennzeichnung — auch als eine soziale Gewalt anzusprechen. —

Als Letztes noch einige Bemerkungen zu dem, was Herr Becker unter dem Stichwort „Des Guten zuviel?“ ausgeführt hat. Oder, m. a. W.: Haben wir heute zu viel Rechtsschutz? Damit berühren wir das Spannungsverhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung und zugleich das Thema, von dem ich eigentlich erwartet hatte, daß es heute einen etwas breiteren Raum in unseren Erörterungen einnehmen würde, als das bisher geschehen ist. Zwar bin ich der Auffassung, daß diese vielberufene Spannung zwischen Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung erheblich übertrieben und dramatisiert wird. Daß sie vorhanden ist, läßt sich aber nicht leugnen.

Haben wir also an Rechtsschutz des Guten zuviel? Es kommt darauf an, wie man diese Frage versteht. Ich würde sie bejahen, wenn man unter dem „Zuviel“ das heutige Nacheinander, Nebeneinander und Durcheinander von Rechtswegen, das Übermaß an Instanzen, die unübersichtliche und länderweise verschiedene Gerichtsorganisation versteht. Ich bin aus eigener Kenntnis dieser Dinge überzeugt, daß man hier sehr

viel verbessern und vereinfachen kann. Ich muß die gestellte Frage aber ganzentschieden verneinen, wenn damit gefragt sein soll, ob an den Grundsätzen unseres Rechtsschutzes etwas geändert, m. a. W. ob die Generalklausel in irgendeiner Weise angetastet und abgebaut werden soll. Auch Herr Becker hat das zu meiner Genugtuung eindeutig abgelehnt. Wenn ich die Frage trotzdem nochmals aufgreife, so deshalb, weil unser heute nicht anwesender Kollege Bühler kürzlich Pressenachrichten zufolge die Auffassung vertreten hat, es sei durchaus diskutabel, die Generalklausel einer Revision zu unterziehen, sie zu beseitigen oder wenigstens einzuschränken. Daß es sich bei den Ausführungen Bühlers um die Finanzgerichtsbarkeit und nicht um die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit handelte, ist in unserem Zusammenhang nebensächlich. Ich bekenne, daß ich einen solchen Abbau der Generalklausel nicht nur für unzweckmäßig, sondern auch für gefährlich hielte; er wäre dem modernen Verwaltungsstaat inadäquat und würde ein wichtiges Ventil verschließen. Ich müßte das als einen echten Rückschritt erachten.

Herr Becker hat einige Zahlen genannt. Mit ihrer Wertung muß man vorsichtig sein. Es kommt nicht auf die Zahl der Streitsachen an, die von den Verwaltungsgerichten entschieden werden, sondern auf das Gewicht der Fälle und Entscheidungen. Auch der Prozentsatz der für den Kläger erfolgreichen Klagen ist nicht entscheidend. Wenn man aber mit Zahlen arbeitet, so darf man sich durch die Zahl von — nur — 11 % erfolgreicher Anfechtungsklagen (1954 in Bayern) nicht zu der Annahme verleiten lassen, als seien alle übrigen Klagen unbegründeterweise, vielleicht sogar leichtfertig erhoben worden, und als stehe das Ergebnis des Verwaltungsschutzes danach in keinem rechten Verhältnis zum Aufwand. Dem ist nicht so. Abgewiesen wurden (ebenfalls 1954 in Bayern) nur 37 % der Klagen. Der in den vielen übrigbleibenden Fällen erfolgten „anderweitigen Erledigung“ — hauptsächlich durch Klagerücknahme oder Erledigungserklärung — ist sehr oft eine Anerkennung durch die beklagte Behörde in Form der Rücknahme des angefochtenen Verwaltungsaktes vorausgegangen. Der Vertreter des öffentlichen Interesses, der auf Grund der Klage mit dem Streitfall befaßt wird, pflegt die beklagte Behörde häufig zur Aufhebung ihres Aktes zu veranlassen, wenn er die Berechtigung des Klagebegehrens erkennt. Man darf sich also nicht durch eine einseitige Betrachtung der klagestattgebenden Entscheidung irreführen lassen; ganz abgesehen davon, daß — wie Herr Becker mit Recht hervorgehoben hat — die prophylaktische Wirkung des Rechts-

schutzes sehr wesentlich ist. Und schließlich ist auch noch die normbildende Wirkung der Verwaltungsrechtsprechung ein nicht noch genug zu veranschlagender Gewinn, und zwar gerade für die Verwaltung, die dadurch mancher Zweifel und Unsicherheiten im Hinblick auf künftiges Verhalten enthoben wird. Anders als im Zivilprozeß, wo in der Regel die Besonderheiten des einzelnen Falles überwiegen und grundsätzliche Entscheidungen daher anteilmäßig zurücktreten, haben wir es im Verwaltungsprozeß immer wieder mit typischen Verwaltungssituationen zu tun, und eine Entscheidung entscheidet daher praktisch oft eine große Zahl von Parallelfällen.

Scheuner-Bonn: Wir haben heute morgen in einem klaren und wohlgegliederten Überblick von Herrn Becker die Probleme vorgeführt erhalten, die sich im Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung stellen. Insbesondere ist dabei die Ausgestaltung und Erweiterung des Rechtswegs auf der einen, die gesteigerte Bedeutung der Verfassung für das Verwaltungsrecht auf der anderen Seite hervorgehoben worden. Ich bin freilich — gestatten Sie mir diese Nebenbemerkung — der Auffassung, daß die Zeiten auch im Verwaltungsrecht sich rasch dem Ende nähern, wo man sich mit der Behandlung des eigenen positiven Rechts begnügen konnte. Ich glaube, daß eine deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft, die es versäumt, den Blick über die deutschen Grenzen hinaus zu werfen, auf die Dauer zu einer gewissen Sterilität verurteilt ist.

Ich darf an drei Fragen anknüpfen, die der Vortrag von Herrn Becker mit Recht in den Mittelpunkt gerückt hat: Die Frage des Rechtsstaates, die Frage des Verhältnisses von Verwaltung zu Gesetz und Recht und endlich die Frage der Verwaltungsrechtsprechung.

Die Frage nach dem Sinn des Rechtsstaates für die Verwaltung wird nur dann recht erfaßt werden können, wenn man sich vergegenwärtigt, in welchem Entwicklungsstadium sich die deutsche Verwaltung gegenwärtig befindet und was Verwaltung eigentlich in unserem Staatswesen bedeutet. Ich stimme Herrn Becker darin zu, daß die Definition, die Erich Kaufmann schon vor dem ersten Weltkriege gegeben hat, daß Verwaltung die Leistungen des Staates betreffe, oder wie man es auch ausdrücken kann, daß sie die Verwirklichung der Staatsaufgaben, der Staatszwecke, darstelle, im Gegensatz zu der nichtssagenden negativen Definition Otto Mayers die einzig richtige Umschreibung der Verwaltung darstellt. Ist dem aber so, so wird

die Stellung der Verwaltung nur begriffen werden können, wenn man ihre Rolle innerhalb des Ganzen des Staatsgebäudes betrachtet. Damit aber stößt man heute auf eine tiefe Problematik.

Das Bild der Verwaltung, wie es sich in Deutschland im 19. Jahrhundert darbot, war im wesentlichen geprägt von dem Bilde des spätabsooluten Staates. Die außerordentlichen positiven Leistungen dieses Staatstyps in der deutschen Geschichte — und er umfaßt in seinem ganzen Verlauf etwa die Zeitspanne zwischen 1740 und 1848 — haben die Erscheinung eines Verwaltungsstaates geschaffen, der nicht nur im liberalen Sinne lediglich Ordnung und Sicherheit verbürgte, sondern der eine positiv fördernde Regulierung des gesamten nationalen Daseins anstrebte, eines Staates, der die Verwaltung als ein einheitliches Wirkungsinstrument unter klaren politischen Zielsetzungen auffaßte. Diesem Staatstyp gegenüber ist die Forderung des Rechtsstaates im 19. Jahrhundert die gewesen, die bis dahin rein absolutistisch-administrativ verfahrende Verwaltung der Ordnung des Rechts als Schranke und als Schutz des Einzelnen zu unterwerfen. Der Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts unterstellte zunächst die Verwaltung in ihren wichtigeren Grundlagen einer gesetzlichen Regelung und zugleich schuf er einen gewissen Rechtsschutz des Einzelnen. In diesem ersten Stadium der Entwicklung, die bis zum ersten Weltkrieg reichte, blieb aber die deutsche Verwaltung in ihrem Kern ein aktiv von einem einheitlichen politischen Geist geleiteter Körper, ein wirksames Instrument einer in einem bestimmten Sinne profilierten Regierung. Die deutsche Verwaltung besaß bis 1914 ein eigenes administrativ-politisches Schwergewicht. Was die preußische Verwaltung tat, wurde nicht im preußischen Landtage bestimmt, sondern an der exekutiven Spitze des preußischen Beamtenstaates. So war das deutsche Verwaltungsrecht des Ausgangs des 19. Jahrhunderts das Recht einer Eingriffsverwaltung, eines bewußt die Verwaltung zu bestimmten Zwecken einheitlich einsetzenden Regimes. Vergessen wir nicht, daß auch die Autoren, aus denen Otto Mayer sich die Gedanken und Begriffe des französischen Verwaltungsrechts entlieh, ein Laferrière und ein Aucoc, im zweiten Kaiserreich emporgestiegen waren, also auch eine politische Verwaltung im Blick hatten. Daß Otto Mayers Begriffsbildung Großes geleistet hat, sei nicht verkannt. Auf der anderen Seite ist kein Zweifel, daß sein Auftreten mit schweren Verzicht und Verlusten verbunden gewesen ist. Otto Mayer hat ganze Partien des Verwaltungsrechts, die nicht in das Schema der freiheitlichen Eingriffsverwaltung paßten,

beiseitegelassen. Damals verlor man das Schulrecht, das Recht der sozialen Fürsorge und eine Anzahl anderer Materien aus dem Auge. Zu gleicher Zeit hat die Verwaltungsrechtslehre aufgehört, die Verwaltung als Sacherfüllung bestimmter Zwecke zu begreifen. Sie beschränkte sich auf die formalen Elemente. Das ist in seiner Art ein Verdienst und ein bleibender Fortschritt, soweit damit die Klärung der Rechtsbegriffe verbunden war. Aber es waren damit auch Verengungen verknüpft. Wenn man eines der großen Werke des deutschen Verwaltungsrechts im 19. Jahrhundert zur Hand nimmt, daß eine Parallele zu Lorenz von Steins Verwaltungslehre darstellt, heute aber sozusagen fast ganz unbekannt geworden ist, das Buch von Rudolf Gneist „Verwaltung, Justiz, Rechtsweg“ (1869), so kann man erkennen, welche Weite des Blickes vor dem Durchdringen der rein juristischen Methode im Verwaltungsrecht vorhanden war.

Jene alte Verwaltung der deutschen Staaten besteht heute nicht mehr. Sie ist in ihren Grundzügen durch die Revolution von 1918 verändert worden und in den 20er Jahren zu Ende gegangen. Man kann heute nicht mehr im Ernste behaupten, daß die Verwaltung gegenüber der Gesetzgebung eine eigene Orientierung besitzt. Sie ist vielmehr durch die Aufteilung gewisser Verwaltungszweige zwischen Bund und Ländern, durch die Zerspaltung der Ressorts und die Spezialverwaltungen, endlich durch die sachliche und personelle Ausdehnung des ganzen Apparates, vor allem aber durch die Zerschlagung der einheitlichen inneren Verwaltung und ihre Auflösung in Sonderverwaltungen als einheitlicher Körper mit einer bestimmten eigenen Richtung nicht mehr vorhanden. Nur noch in der Selbstverwaltung kann man von einer solchen eigenen Ausrichtung sprechen.

Dieser Grundtatbestand erfährt eine weitere Beleuchtung von der Seite des Rechtsstaates her. Die ältere Vorstellung vom Rechtsstaat, wie sie im mittleren 19. Jahrhundert auftrat, ist heute längst überholt. Es geht nicht mehr um Beschränkung der Verwaltung durch einige grundlegende Gesetze, sondern bereits um die eigentliche laufende aktive Leitung der Verwaltung durch die parlamentarische Gesetzgebung, die sich in rasch geänderten Gesetzen niederschlägt. Ein erheblicher Teil unserer Verwaltung empfängt unmittelbar von dort seine Direktiven, d. h. er empfängt sie aus jenem parlamentarischen Kräfte- und Interessenspiel, an dem auch die Gruppen und Verbände lebhaft beteiligt sind. Von diesem politischen Zentrum her wird auch die Verwaltung mittels der Gesetz-

gebung — und schon bereits Ansätzen einer parlamentarischen Ingerenz in die Verwaltung selbst hinein — gesteuert.

Wir können also die Lage der Verwaltung in der Gegenwart nur in dieser ihrer Verklammerung mit den Wandlungen des Staatsrechts begreifen. Es tritt eine weitere Frage hinzu, die uns vor zwei Jahren Herr Forsthoff dargelegt hat. Obwohl ich seiner Gegensätzlichkeit von Rechtsstaat und Sozialstaat nicht zustimmen kann, so will ich ihm doch gern einräumen, daß heute der Begriff Rechtsstaat untrennbar von dem Gedanken des Sozialstaates geworden ist. Der Gedanke des Rechtsstaates ist, nachdem seine Forderungen nach Rechtsschutz und Rechtssicherheit erfüllt waren, so weit inhaltlich erweitert worden, daß er heute bereits zum Vehikel materialer sozialer Gerechtigkeit wird. (Zuruf). Gewiß, diese Weiterentwicklung hat Herr Forsthoff abgelehnt. Aber man wird nicht leugnen können, daß diese weitere Deutung des Rechtsstaatsbegriffs — der man wie einem Vulgärbegriff überall in Presse und Zeitschriften begegnen kann — heute weithin existiert und die Verwaltung zu einem Instrument der sozialen Sicherung werden läßt. Das bedeutet aber, das haben Forsthoff und Werner Weber mit Recht betont, daß die Verwaltung in einem wachsenden Maße gesetzesgebundene Anwendung des Rechts werden muß, weil die Gleichheitsforderung nur durch detaillierte Gesetzesmaßstäbe erfüllt werden kann. Damit ändert sich das Verhältnis Rechtsstaat und Verwaltung dahin, daß das Problem einer erst durch Gesetze neu einzuschränkenden Freiheit der Verwaltung nur mehr auf wenigen Gebieten besteht.

Das Verhältnis von Verwaltung und Gesetz, so wie es die deutsche Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts darlegte, betraf die Relation der Verwaltung zu einem dauerhaften Gesetze, das ihr bestimmte Grundlagen gab und Schranken anwies. Heute ist diese Funktion des Gesetzes nach wie vor lebendig. Aber daneben sehen wir eine andere Aufgabe des Gesetzes an Bedeutung gewinnen, nämlich seine Rolle als Ausgleich der verschiedenen sich in der Verwaltung begegnenden Interessen. Gerade in der heutigen Verwaltung, die weitgehend Vorsorge für den Bürger darstellt, hat der Staat die Aufgabe, die verschiedenen im öffentlichen Leben auftretenden Ansprüche auszugleichen. Um nur ein praktisches Beispiel zu nennen, das auch die Rechtswissenschaft neuerdings oft beschäftigt hat: der Straßen- und Güterverkehr kann nicht mehr im Wege der Eingriffsverwaltung geordnet werden, sondern hier geht es um eine Aufgabe gestaltender Regulierung und Umformung eines außer Fugen geratenen Gebietes unter dem Zeichen eines sozialen Verkehrswesens. Die Ver-

waltung hat, wohl auch infolge ihrer Zersplitterung in verschiedene beteiligte Ministerien, diese Frage nicht mehr lösen können. Sie muß darum heute vom Gesetzgeber aufgegriffen werden. In Wirklichkeit handelt es sich aber um eine echte Aufgabe der Verwaltung, von der ich nicht zweifle, daß die preußische Verwaltung der alten Zeit sie aus eigenen Kräften hätte meistern können.

Die zunehmende Bindung der Verwaltung an neue Gesetze bringt eine fortschreitende Einengung des Verwaltungsermessens mit sich. Sie führt zugleich aber dazu, daß die Verwaltung aus dieser Bindung ausweicht in die Zone des Privatrechts, wo die gesetzgeberische und verwaltungsgerichtliche Aufsicht sie nicht in gleicher Schärfe erfassen kann. Eine andere Form dieses Entrinnens führt zur Verwendung von öffentlichen Körperschaften und Anstalten, in deren Rahmen sich die Verwaltung ebenfalls etwas selbständiger bewegen kann. Eine dritte Möglichkeit, die die Verwaltung zur Verfügung hat, ist die, daß sie ihre Maßnahmen in rechtlich schwer faßbare Formen kleidet, so daß sie weder als Verfügung noch als Verordnung oder sonst als ein rechtlich greifbarer Verwaltungsakt erscheinen. In dies Gebiet gehören manche Maßnahmen der Ein- und Ausfuhrregelung. Auf diesem Gebiete liegt auch die Bedeutung des Ermessens. Die Verwaltung bedarf eines Spielraums für ihr Handeln, einer freien Sphäre der Beweglichkeit. In ihr löst sie eine Aufgabe, die der Gesetzgeber nicht in allen Einzelheiten bestimmen kann und die erst recht nicht von den Gerichten wahrgenommen zu werden vermag: die des Ausgleichs der Interessen unter den Beteiligten. Diese namentlich in der Kommunalverwaltung ständig zu lösende Aufgabe läßt sich nicht an Hand von Rechtsansprüchen allein lösen; sie kann nur in einer beweglicheren Gesaltung gemeistert werden. Vielleicht erkennt der heutige Gesetzgeber dies Bedürfnis der Verwaltung nach einem freien Bewegungsraume nicht mehr in genügendem Umfang an. Das Bestreben des Parlaments, seinen Einfluß auch in die Zone der Verwaltung hinein auszudehnen, führt zu übermäßig detaillierten Gesetzesregelungen, die dem Parlament dann die Möglichkeit eröffnen, auch in Einzelheiten der Verwaltung einzudringen.

Was die Verwaltungsrechtsprechung angeht, so habe ich den Versuch von Herrn Rumpf, deren Stellung an Hand einer materiellen Definition der Rechtsprechung zu entwickeln, mit Interesse aufgenommen. Ich glaube aber im Einklang mit Herrn Bachof, daß es einen materialen Begriff der Rechtsprechung nicht gibt, und zwar aus dem Grunde — wenn man

die Frage rechtsgeschichtlich betrachtet — weil die Rechtsprechung ein Attribut der obersten Staatsgewalt ist. Denken wir an den deutschen König des Mittelalters; wie will man zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung unterscheiden, wenn wir an seine Rolle als höchster Richter denken? Oder wie ist es möglich, die Entscheidungen des Papstes im kanonischen Recht nach Rechtsprechung oder Gesetzgebung aufzuteilen? Die Sonderung der rechtsprechenden Funktion steht vielmehr unter einem formalen Gesichtspunkt. Die Gerichte zeichnen sich aus durch die bindende Kraft ihrer autoritativen Rechtsfeststellung in einem förmlichen Verfahren, mit der sie eine Rechtsbefriedung herbeiführen. Ich glaube übrigens, daß auch wenn man wie Herr Bachof von dem positiven Begriff der Rechtsprechung im Grundgesetz ausgeht, das Ergebnis das gleiche bleibt. Das Grundgesetz verwendet nämlich in Art. 90 und 92, wo der Begriff der Rechtsprechung vorkommt, diesen Ausdruck gar nicht als einen von ihm erst positiv festgelegten, sondern es greift damit auf den traditionellen Begriff der Rechtsprechung im Sinne der abendländischen Staatsentwicklung zurück. Zweifellos erfüllt dann dieser Begriff der Rechtsprechung auch gewisse materielle Voraussetzungen. Es ist kein Zweifel, daß auch wenn das im Grundgesetz nicht ausdrücklich bestimmt wäre, kriminelle Strafurteile nur durch Gerichte verhängt werden dürften. Das ist eine solche materielle Voraussetzung des traditionellen Rechtsprechungsbegriffs. Keineswegs ist aber der ganze heutige Umfang der gerichtlichen Tätigkeit von einer solchen Forderung umfaßt.

Die Stellung der Verwaltungsrechtsprechung in Vergangenheit und Gegenwart ist, ich stimme darin Herrn Bachof zu, nicht allein vom individuellen Rechtsanspruch her aufzubauen. Das wäre eine Verengung der Grundidee der Verwaltungsrechtsprechung. Ich könnte mir etwa nicht vorstellen, daß der französische Staatsrat seine Funktion der Mitarbeit an der Rechtsfortbildung, die eine wahrhaft prätorische ist, unter die einengende Formel des individuellen Rechtsschutzes stellen und damit seine Funktion der Mitgestaltung an der Verwaltung aufgeben könnte. Ich glaube daher, daß die Ablehnung einer Definition der Verwaltungsrechtsprechung vom Wesen der Verwaltung her, die Herr Rumpf ausgesprochen hat, durchaus fehl geht. Sie ist falsch, weil sie ein wesentliches Moment der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterschätzt, nämlich ihren Beitrag zu einer Selbstkontrolle der Verwaltung und zu einer Fortbildung des Verwaltungsrechts. Wenn ich den Standpunkt vertrete, daß im Stande der heutigen Entwicklung eine Zusammenfassung aller Gerichtszweige unter dem Justiz-

minister geboten wäre, so erkenne ich andererseits doch an, daß eine besondere, auch organisatorisch selbständige Verwaltungsrechtsprechung in kontinentaler Form einen Vorzug darstellt, der festzuhalten ist. Aber ich meine, die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat nicht nur die Aufgabe, einzelne Rechtsansprüche zu entscheiden. Zu ihren wichtigsten Funktionen gehört die schöpferische Fortbildung des Rechts, die Erarbeitung von rechtlichen Prinzipien auf Gebieten, wo sie noch fehlen. Das gilt vor allem für diejenigen Bereiche, die ihr heute durch die Generalklausel neu eröffnet worden sind, also etwa das Schulrecht, in dem manche halbabsolutistische Gebräuche noch umgehen. Hier ist noch eine erhebliche Arbeit der Rechtsgestaltung zu leisten, so wie einst das preuß. OVG das Polizeirecht durchgeformt hat. Auf anderen Gebieten wird den Verwaltungsgerichten mehr nur eine geringere Arbeit der Glättung und Ergänzung zufallen, wo — wie etwa im Gebiet der sozialen Fürsorge — die eigentliche Steuerung vom Gesetz geleistet wird. Aber vor allem im allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts bleibt den Gerichten ein großer rechtsschöpferischer Beitrag zu erbringen. Es wäre in meinen Augen ein großes Unglück für das deutsche Verwaltungsrecht, wenn man daran gehen wollte, diesen allgemeinen Teil gesetzlich zu normieren. Endlich hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit heute eine Funktion der Kontrolle und Hilfe für die aktive Verwaltung, wie das Werner Weber und Köttgen für ihr Wirken auf kommunalem Gebiete betont haben. Diese ganzen Aufgaben gehen in manchen Punkten erheblich über das hinaus, was den ordentlichen Gerichten auf einem ungleich stärker gesetzgeberisch durchgearbeiteten Boden zufällt.

Forst h o f f - Heidelberg:

Ich habe mich nur zum Wort gemeldet, um einige ergänzende Bemerkungen zu machen zu dem, was uns eben Herr Kollege Scheuner vorgetragen hat, weil ich glaube, daß mit diesen Ausführungen die zentrale Problematik des gegenwärtigen Verwaltungsrechts unmittelbar getroffen ist.

Herr Scheuner hat mit Recht auf die entscheidende Veränderung im Verhältnis der Verwaltung zum Gesetz hingewiesen. Im modernen Sozialstaat, der Interessen auszugleichen hat, behält sich der Gesetzgeber den Interessenausgleich vor und ist immer weniger geneigt, diesen Ausgleich der Ermessensbetätigung der Verwaltung zu überlassen. So wird der Ermessensbereich der Verwaltung von zwei Seiten, von der Gesetzgebung und von der Justiz her, eingeeengt. Damit wird der Verwaltung ein primäres Recht, und mit ihm das

Feld freier und selbstverantwortlicher Betätigung, mehr und mehr beschnitten.

Dazu kommt der Prozeß ständiger Rechtsentleerung, den sich die Verwaltung gefallen lassen muß. Die Einführung der Generalklausel für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat die unvermeidliche Folge, daß sich das Rechtselement auf die Verwaltungsgerichte hin verlagert. Überblickt man die Fortentwicklung des Verwaltungsrechts in den letzten zehn Jahren, so stellt man fest, daß sie fast ausschließlich auf der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts beruht.

In dem Maße, in dem die Gesetzgebung das Ermessen der Verwaltung ausschließt, wird die Verwaltung subaltern. Ein Beispiel dieser Subalternisierung ist die moderne Sozialverwaltung. In dem Bereich, von dem wir feststellen müssen, daß es in ihm auf den Gerechtigkeitsgehalt der Entscheidung ganz besonders ankommt, dominiert der mittlere Beamte, nicht der wissenschaftlich vorgebildete Jurist (Arbeitsämter, Fürsorgeämter usw.). Hier hat der Gesetzgeber der Verwaltung so weit vorgegriffen, daß für eine selbständige Funktion kein Raum mehr bleibt. Das hat natürlich viele gewichtige Gründe, auf die ich nicht eingehen will. Ich registriere nur das Faktum.

Ein weiterer Umstand, der das Niveau unserer Verwaltung immer mehr gefährdet, ist die Zerstörung der Verwaltungslaufbahnen. Das gilt vor allem für die kommunale Selbstverwaltung. Ihre Qualität hängt sehr wesentlich davon ab, daß die leitenden Ämter mit Persönlichkeiten besetzt sind, welche aus dem Ausleseprozeß einer geregelten Laufbahn hervorgegangen sind. Nur dann, wenn eine geregelte Laufbahn Aufstiegsmöglichkeiten nach Maßgabe der sachlichen Bewährung bietet, werden sich intelligente, junge Juristen mit gesundem Ehrgeiz bereit finden, in den Dienst der Gemeinde zu treten. Diese Voraussetzungen sind z. B. in dem Lande, in dem ich lebe, in Baden-Württemberg, nicht gegeben, wo die Laufbahn durch die volksunmittelbare Bürgermeisterwahl in den Spitzenpositionen zerstört ist.

Diese wenigen Hinweise zur allgemeinen Situation unseres Verwaltungsrechts sollen einmal die Feststellungen von Herrn Scheuner unterstreichen, daß wir nur noch mit sehr erheblichen Vorbehalten von einer Einheit des Verwaltungsrechts sprechen können und sie sollen auch davor warnen, der weiteren Gesamtentwicklung günstige Prognosen zu stellen.

Weber-Göttingen:

Meine Herren! Nach dem, was die Herren Kollegen Scheuner und Forsthoff ausgeführt haben, bliebe mir nicht mehr viel

zu sagen, weil ich beiden Herren nur voll beipflichten kann. Ich kann ihrer Darstellung vielleicht nur noch eine kleine Nuance hinzufügen, aber Sie werden sehen, daß es im Grunde genommen auf dasselbe hinausläuft. Wir müssen ja, um zu einem Urteil in den Einzelheiten zu kommen, beispielsweise zu einem Urteil darüber, wie wir zu der Handhabung des unbestimmten Rechtsbegriffs und des Ermessens oder zur Frage der Hypertrophie der Gerichtsbarkeit stehen, eine bestimmte Grundvorstellung von der Gegenwartssituation haben, und wir müssen uns, wenn wir uns diese Vorstellung zu verschaffen suchen, doch möglichst frei machen von den historisch überlieferten Absichten der rechtsstaatlichen Rechtsschutzvorkehrungen. In den traditionellen Rechtsstaatsvorstellungen stecken Elemente sehr vielfältiger Art; aber jetzt steht alles historisch Angeschichtete der Situation des *hic et nunc* gegenüber, und wir müssen prüfen, welche Funktion es in dieser Situation hat. Je mehr ich über die Dinge nachdenke, desto mehr stellt sich mir Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit doch als eine Einheit und nicht als etwas Getrenntes dar, als eine Einheit zwar, die aufgegliedert ist, innerhalb deren sogar eine Art Konkurrenzverhältnis besteht, eine Konkurrenz nämlich um das Imperium in der Verwaltung, die aber gerade deswegen als Einheit zu begreifen ist.

Wer hat das Imperium in der Verwaltung? Dieses Imperium in der Verwaltung hatte im 19. Jahrhundert — Herr Scheuner hat das vom absolutistischen und konstitutionellen Staat her dargestellt — eine ganz bestimmte Staatsdienerschicht, die übrigens erstaunliche Garantien für ein rechtsstaatliches Verfahren in sich trug. Diese Voraussetzungen sind verlorengegangen. Sie sind verlorengegangen durch die sachliche Umbildung der Verwaltung — das hat Herr Scheuner geschildert —; sie sind ferner verlorengegangen durch die personellen Umbildungen der Verwaltung — das hat Herr Forsthoff angedeutet: Wir haben keine echte Laufbahn mehr innerhalb der Verwaltung, wir haben keinen Verwaltungsbeamtenstand, wir haben kein Verwaltungsstaatsdienertum, das aus ungebrochener eigener staatsbezogener Verantwortung tätig ist. Wir haben stattdessen in allen Zweigen der Verwaltung ein großes Feld vagabundierender Interessen und divergierender Gruppenmächte. Und wir haben vor allen Dingen auch das Faktum vor uns, daß die staatsdiennerliche Funktion des Juristen in der Verwaltung immer mehr zu der eines Justitiars devalviert worden ist. Ich spreche hier nicht vom Juristen als einem Fachkenner der Gesetze, sondern als einem Angehörigen des Staatsdiennerstandes, der aus der Bezogenheit auf das Gemein-

wohl lebt und wirkt und der kraft der Bindung an seine juristische Ausbildung und seine juristischen Vorstellungen und das, was an Staatsvorstellungen darin aufgeht, aus Sachgebundenheit und aus Staatsverantwortung tätig ist. Dem begegnen wir als einer beherrschenden Erscheinung in der Verwaltung nicht mehr, ungeachtet der Ausnahmen, die im Einzelfalle noch aufzeigbar sein mögen. Wir finden diese Substanz jedoch noch zu einem erheblichen Teil in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und in den Gerichtsbarkeiten überhaupt; und das meine ich, wenn ich gelegentlich ausgesprochen habe, daß sich der Staat unserer Tage auf die Gerichtsbarkeit zurückgezogen habe. Ich bitte, das nicht zu wörtlich und nicht zu vulgär zu verstehen. Aber in der Gerichtsbarkeit haben wir — der institutionellen Beschaffenheit der Gerichtsbarkeit nach, der Substanz der dort tätigen Menschen nach und der Aufgabenstellung nach — noch das, was wir in einem traditionellen Sinne als in spezifischer Weise staatsbezogen kennzeichnen würden; wir haben dort nicht zuletzt das uns in seiner Bedeutung geläufige integrierende Wirken des Juristen. Wir haben hier auch noch — darauf wurde eben schon, ich glaube von Herrn Bachof, hingewiesen — viel an traditioneller Autorität bewahrt, und wir hüten sie mit Hilfe der richterlichen Unabhängigkeit und eines noch funktionierenden Auslesesystems. Wenn wir heute fragen, wem eigentlich das Imperium in der Verwaltung zukommt, so können wir jedenfalls nicht mehr darauf verzichten, einen wesentlichen, sogar den eigentlich autoritativen Bestandteil dieses Imperiums der Gerichtsbarkeit anvertraut zu sehen. Nur weil wir eine Verwaltungsgerichtsbarkeit und die in der Verwaltung gleichfalls wirksame Hilfe der ordentlichen Gerichtsbarkeit haben, nur deshalb können wir diese Verwaltung, glaube ich, überhaupt noch ertragen. Es kommt dann aber, wie die Dinge liegen, entscheidend darauf an, daß diese Gerichtsbarkeit in Ordnung ist, und daß sie die große und bedeutende Funktion, der eigentliche Träger des Verwaltungsimperiums zu sein, recht erfüllen kann. Mit anderen Worten: sie ist notwendigerweise darauf verwiesen, eine Art aristokratischen Elementes in unserem Staatswesen zu verkörpern. Indem ich das ausspreche, komme ich von dorthier auf die Frage: Haben wir eine gefahrvolle Hypertrophie von Gerichtsbarkeiten? Ich sehe die Gefahr der Hypertrophie, wie sich mir die Dinge heute darstellen, im wesentlichen darin, daß diese Hypertrophie den aristokratischen Charakter unserer Gerichtsbarkeit in Frage stellen könnte. Von dieser Seite her scheint mir allerdings eine Besinnung darauf

vonnöten, daß man im Ausbau der Gerichtssysteme des Guten nicht zuviel tun sollte.

Im übrigen würde ich mit Herrn Scheuner sagen, daß die Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht bloß im Verhältnis zur aktiven, exekutierenden Verwaltung betrachtet werden darf, sondern daß sie auch im Verhältnis zum Gesetzgeber hin gewürdigt werden muß. Herr Scheuner hat mit Recht dargestellt, daß der Gesetzgeber selbst zum Verwalter geworden ist, indem er in seinen Gesetzen schon alle sozialen Gestaltungsvorgänge genau disponiert. Er will der eigentlichen Verwaltung den Weg, den sie zu gehen hat, schon in den Einzelheiten vorzeichnen. Er kann es im Grunde genommen aber doch nicht. Den Beruf zu einer Gesetzgebung in Grundsatzfragen, in den entscheidenden Rechtsprinzipien, den hat er nun einmal nicht und kann er auch nicht erfüllen. Das wollen unsere Parlamente im Grunde genommen auch nicht. Sie geben zwar eine Fülle von Detaildispositionen, aber diese stehen alle irgendwie unverbunden im Raum und bekommen erst dadurch praktikable Wirklichkeit, daß sie zum Bestandteil einer lebendig entwickelten, weiter ausgreifenden Rechtsordnung werden. Hier hat nun, wie ich glaube, die Gerichtsbarkeit — und zwar die Gerichtsbarkeit aller Zweige — die bedeutende Funktion, die Herr Scheuner eben schon angesprochen hat, indem er auf das Beispiel der Polizeirechtsprechung hinwies: im Wege der richterlichen Rechtsschöpfung die wesentlichen Prinzipien zu entwickeln, die für unser Sozialleben grundlegend sind. Das Einnehmende an dieser richterlichen Rechtsschöpfung, an der übrigens auch die Rechtswissenschaft in steter Wechselwirkung wesentlich beteiligt ist, ist ja, daß sie nicht irgendwie am Reißbrett erdacht wird, daß sie nicht aus irgendeiner ideologischen Konzeption erfolgt, sondern daß sie sich am konkreten, realen Gegenstand von Fall zu Fall zu bewähren hat und daß sie den Dingen nahekommen muß. Darin liegt die Gewähr für die Richtigkeit oder jedenfalls die Annehmbarkeit ihrer Ergebnisse. Und wenn wir heute — etwas summarisch — feststellen, daß unser Gesetzgeber nicht die Kraft und den Beruf hat, die wirklichen Grundlagen unseres Soziallebens zu ordnen, dann müssen wir gleichzeitig dafür sorgen, daß wir in einer Rechtsschöpfung durch Richterrecht dafür einen Ersatz haben. Allerdings gilt das nur, wenn wir uns zur Generalklausel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit bekennen, und es gilt ferner nur, wenn wir den unbestimmten Rechtsbegriff als notwendige Voraussetzung für die richterliche Rechtsschöpfung anerkennen. Wenn wir etwa den unbestimmten Rechtsbegriff in die Sphäre des Ermessens verweisen und ihn dadurch der richterlichen

Kognition entziehen, wenn sogar hohe und höchste Verwaltungsgerichte das selbst tun, dann ist allerdings die Axt an die Wurzel dieser ganzen Vorstellungen gelegt. Denn der unbestimmte Rechtsbegriff ist nun einmal für die hier bezeichnete Form der richterlichen Rechtsschöpfung unerlässlich. Deshalb hat das Bundesverwaltungsgericht uns einen schlechten Dienst erwiesen, als es in seinen letztthin ergangenen Entscheidungen zum Personenbeförderungsgesetz aus der an sich zutreffenden Vorstellung heraus, daß der Richter nicht als Besserwisser dort in die aktive Verwaltung hineinwirken soll, wo er von den Dingen mangels konkreter Nähe nichts verstehen kann, diesen richtigen Gedanken dahin abgewandelt oder forciert hat, die richterlichen Chancen des unbestimmten Rechtsbegriffs überhaupt in den Wind zu schlagen.

Wenn ich von den eben beschriebenen Grundgedanken ausgehe, komme ich übrigens auch zu einer bestimmten Konsequenz hinsichtlich der Ermessenskontrolle. Ich bin nicht der Meinung, daß man hinsichtlich der Grenzen der Ermessenskontrolle ein für allemal ein bestimmtes Schema aufstellen sollte. Wir haben in den vergangenen Jahren — die Herren, die in der Verwaltungsgerichtsbarkeit tätig sind, werden mir das sicher bestätigen — gelegentlich Fälle so grober Unordnung in der Verwaltung erlebt, daß die Verwaltungsgerichte auch dort, wo an sich der Bereich des Ermessens gegeben war, einfach aus ihrer Mitverantwortung für eine gute Ordnung der Verwaltung sagen mußten: hier müssen wir korrigierend eingreifen, wenn wir nicht zu einer Rechtsverweigerung kommen und uns an der Unordnung, die dort besteht, mitschuldig machen wollen. Ich würde also meinen: Wo die Verwaltung nicht von sich aus das Maß an Autorität und an Glaubwürdigkeit aufbringt, das normalerweise vorausgesetzt werden muß, da dürfen die Verwaltungsgerichte ruhig auch einmal etwas stärker korrigierend eingreifen, und man sollte infolgedessen nicht durch Definitionsversuche ein für allemal eine starre Grenze zwischen den freien und den justitiablen Handlungen der Verwaltung markieren. Im unbestimmten Rechtsbegriff und im Ermessen ist eine etwas breitere Grenzzone bezeichnet, innerhalb deren aktive Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit um das Imperium in der Verwaltung ringen. Diese Dinge müssen ihren Lauf haben, und sie müssen sich in einer gewissen Entwicklung schließlich danach einrichten, wem die größte Überzeugungskraft und größte Autorität zukommt. Aber gerade, weil das so ist und weil man nicht zu früh schon die Demarkationslinie zwischen den beiden Prätendenten um das Verwaltungsimperium ziehen soll, deshab soll man auch

sich davor hüten, mit bestimmten konstruierten Distinktionen die lebendige Auseinandersetzung vorzeitig abzuschneiden.

Wenn man die Dinge so sieht, könnte man auch in sonstigen Einzelheiten, die ich hier beiseitelassen muß, noch zu einem Urteil kommen. Im ganzen aber sollte man die Gerichtsbarkeit nicht vorzeitig dem Angriff preisgeben, daß sie die aktive Verwaltung im Übermaß beeinträchtigt und schließlich sogar lähme. Dort, wo die aktive Verwaltung sich aus innerer Notwendigkeit durchsetzen muß, wird sie sich schon durchsetzen, wenn sie es mit der nötigen Glaubwürdigkeit tut.

I p s e n -Hamburg:

Meine Herren! Als Sie gestern vom Senat empfangen wurden und der Hohe Senat dieser Stadt von Ihrer Anwesenheit Kenntnis nahm, ist Ihnen sicherlich nicht bewußt geworden, was Ihnen dabei erspart geblieben ist. Als vor zwei Jahren der 40. Juristentag hier vom Senat begrüßt wurde, hat der damals amtierende Erste Bürgermeister, wie er erklärte, die Gelegenheit beim Schopf ergriffen mit der Wendung: „Nun sind Sie einmal hier und können mir nicht entweichen!“, um der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu bedeuten, in welchem Ausmaß sie nach seiner Auffassung die aktive Verwaltung im Übermaß kontrolliert habe.

Ich greife diesen Vorgang auf, weil hier offenbar auch von einem Politiker die Verwaltungsgerichtsbarkeit ganz einseitig gesehen worden ist als eine Institution zur Realisierung des individuellen Rechtsschutzes des Einzelnen, dessen Wahrnehmung durch die Verwaltungsgerichte angeblich zu Lähmungs- und Hemmungserscheinungen in der aktiven Verwaltung führen müsse.

Ich bin demgegenüber der Meinung und darf damit unterstreichen, was wohl von Herrn Rumpf ausgeführt worden ist, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur zweispurig gerechtfertigt werden kann: einmal sicherlich unter dem Gesichtspunkt des Individualrechtsschutzes, zum anderen aber, und dies mit gleicher Legitimierung, unter dem Gesichtspunkt der Selbstkontrolle, der Eigenkontrolle und der Erleichterung der Verantwortung für die Verwaltung selbst. Damit kann ich den Ball aufnehmen, den mir Herr Scheuner mit einem Zwischenpaß von Herrn Weber zugespielt hat — um mich fußballtechnisch auszudrücken. (Heiterkeit.)

Zu diesem Thema glaube ich mit einiger Erfahrung sprechen zu dürfen. Ich habe über zehn Jahre lang in der aktiven Verwaltung u. a. auch manchen Verwaltungsakt erlassen, und ich habe danach — auch ungefähr schon zehn Jahre lang — Urteile

in der Verwaltungsgerichtsbarkeit miterlassen und denke, das noch einige Jahre weiter zu tun.

Ich bin mir der Lage sowohl des Verwaltungsbeamten, der einen Verwaltungsakt setzt, wie der Haltung des Verwaltungsrichters aus diesem eigenen Erleben sehr bewußt. Aus dieser Erfahrung kann ich bestätigen, und dies auch aus der Zeit, als die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach 1933 planmäßig abgebaut wurde, daß die zweite Rechtfertigung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, nämlich ihre Funktion als Eigenkontrolle der Verwaltung, eine wesentliche Bedeutung besitzt. Und der Hinweis hierauf war in jenen Jahren nach 1933 nicht nur opportunistisch gedacht — wie Herr Rumpf vielleicht gemeint hat —, sondern auch innerlich gerechtfertigt, um die Existenzberechtigung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterstreichen und das an Resten der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Interesse der Rechtsstaatlichkeit über jene Jahre hinweg zu retten, was noch zu retten war.

Ich bin überzeugt, daß diese Rechtfertigung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Institution der Verwaltungsselbstkontrolle auch heute ihre Funktion hat. Dazu zwei kleine Unterstreichungen, um das zu erläutern, was Herr Scheuner ansprach: Ich habe erlebt, daß eine beklagte Behörde in der Berufungsinstanz gegenüber dem Berufungskläger erklärte: Wir wollen den Prozeß hier getrost zu Ende führen, auch wenn Deine Berufung wenig Aussichten bietet; selbst wenn Du unterliegen solltest, sei unbesorgt, ich übernehme die Kosten der Berufungsinstanz. Denn mein Eigeninteresse an einer Entscheidung des Gerichts ist so außerordentlich, daß ich Wert darauf lege, diesen Prozeß zu einer gerichtlichen Entscheidung zu führen, weil nur ein Urteil mir für meine weitere Verwaltungspraxis jene notwendige Richtlinie gibt, die mir meine vorgesetzte Behörde nicht geben kann. Ich will dieses Beispiel nennen als Indiz dafür, daß die Verwaltung sich nicht selten angewiesen zeigt auf Leitentscheidungen der Gerichte in ungeklärten Situationen. Denken Sie an den Komplex des Art. 12 GG und Ähnliches, wo die Verwaltung geradezu gelähmt war, irgendeinen Schritt in ihrer weiteren Konzessionspraxis zu tun, bevor sie gewisse Judikate der Verwaltungsgerichte besaß. Ein anderes Interesse der aktiven Verwaltung am Urteil erklärt sich aus der nachträglichen Kontrolle, der sie durch die Rechnungshöfe unterliegt. Wieviele Prozesse vor den Verwaltungsgerichten werden von den Behörden als Beklagten aus der Überlegung heraus geführt: Ich bin nicht imstande, dem, was der Bürger von mir verlangt, zuzustimmen, einen bestimmten Verwaltungsakt zu erlassen, den er von mir

fordert, eine Zahlung zu leisten, weil ich befürchten muß, daß mir von der Kontrolle der Rechnungshöfe später vorgehalten wird: Du hast nicht das Letzte versucht, um zu klären, ob Du Dich dieser Leistung nicht doch erwehren konntest.

Unter diesen beiden Gesichtspunkten wird die Verwaltung oft zur Inanspruchnahme der Verwaltungsgerichte gedrängt, um eine Selbstkontrolle im justizförmigen Verfahren zu erreichen. Eine Gefahr allerdings sehe ich darin, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit gelegentlich benutzt wird, um auf Grund ihrer rechtlich gebotenen Urteile Akte zu vollziehen, für die politische Instanzen sich scheuen, die Verantwortung zu übernehmen, obwohl sie rechtlich dazu verpflichtet sind, um sie auf diese Weise auf die Gerichte abzubürden und hinterher in der politischen Auseinandersetzung mit der öffentlichen Meinung und den Parlamenten zu erklären: Dieser Verwaltungsakt, der hier erging, wurde erlassen auf der Grundlage eines richterlichen Urteils. Das Gericht ist für ihn verantwortlich, ich bin unschuldig! Wenn die Verwaltungsgerichtsbarkeit in diese Rolle gedrängt wird durch die Politik, durch die Exekutive, dann soll sie sich nach Kräften gegen einen solchen Mißbrauch ihrer Funktion zur Wehr setzen und sich auf jene Bereiche zurückziehen, die ihr adäquat sind.

Ermacora-Wien:

Ich greife nur deshalb zum Wort, um als Beobachter der österreichischen Rechtspraxis und als bescheidener Kenner der österreichischen Rechtswissenschaft dieselben Probleme, die Herr Prof. Scheuner für Deutschland aufgezeigt hat, auch hier zu dokumentieren.

In der These 19 des Herrn Prof. Becker ist zum Ausdruck gebracht, daß die Realisierung des Rechtsstaates in der Verwaltung erforderlich sei. Ich möchte hinzufügen Die Realisierung des Rechtsstaates in der Verwaltung des 20. Jahrhunderts; der Begriff des Rechtsstaates als rein formaler Begriff, hat bei seiner Ausgestaltung den Gegebenheiten der heutigen Verwaltung nachzugehen. Ziel der Rechtswissenschaft, Ziel des Gesetzgebers, müßte es sein, dies durchzuführen, das heißt aber, die Probleme zunächst zu erkennen und sie dann mit gesetzgeberischen Maßnahmen zu lösen. Ziel der Realisierung des Rechtsstaates ist Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes. Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes bedeutet, daß jedes Verwaltungshandeln unter das Gesetz zu stellen wäre, daß jedes Verwaltungshandeln auf Grund des Gesetzes nachgeprüft werden könnte. Diese Lückenlosigkeit scheint nicht gegeben zu sein; weder in Deutschland noch bei uns, und zwar aus mehreren

Gründen. Diese Lückenlosigkeit ist nicht gegeben, weil die Rechtswissenschaft in der rechtlichen Beurteilung der Verwaltungshandlungen nicht nachgekommen ist oder — drehen Sie es um — die Verwaltung der Rechtswissenschaft entkommen ist. In einem erregenden Maße zeigt sich das Problem des Einfangens der Verwaltung durch die staatlichen Rechtssetzungsakte seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dieses Nichtnachkommen und diese Lückenhaftigkeit zeigen sich ferner in dem Problem der „unbestimmten Gesetzesbegriffe“ und dem Maße an freiem Ermessen. Und, bitte, hier möchte ich entgegen Herrn Prof. Scheuner auf folgendes hinweisen. Ich darf aus meiner praktischen Stellung als Verfassungsjurist im Bundeskanzleramt der Republik Österreich sprechen. Wir fechten einen ständigen Kampf mit der Verwaltung, die den Einzelnen im besonderen Maße berührt, aus. Die Verwaltung wünscht in einem steigenden Maße die unbestimmten Gesetzesbegriffe. Sie wünscht ein möglichst großes Maß an freiem Ermessen, und zwar an einem „unbestimmten“ freien Ermessen, das heißt, ungefähr so: „Aus berücksichtigungswürdigen Gründen kann das Bundesministerium für Finanzen dieses oder jenes bewilligen.“ Es ist nicht bestimmt, welches die berücksichtigungswürdigen Gründe sind; es ist nicht bestimmt, unter welchen Voraussetzungen das Bundesministerium von seinem Ermessen Gebrauch machen kann. In dem einen Falle wird es das tun, in dem anderen Falle vielleicht nicht. Sie sehen aus diesem Verhältnis unbestimmter Gesetzesbegriffe — freies Ermessen — die Quelle der Ungleichstellung des Staatsbürgers in einem bestimmten Verwaltungsverfahren durchaus als gegeben.

Und schließlich: Die Lückenhaftigkeit des Rechtsschutzes taucht — das entnahm ich heute den Ausführungen — auch darin auf, daß der Instanzenzug zu vielgliedrig sei.

Lassen Sie mich diesen Problemkreis auf die österreichischen Verhältnisse übertragen. In Österreich hat schon das Jahr 1876 den ersten Schritt zur Verwirklichung des Rechtsstaates in der Verwaltung, der obrigkeitlichen Verwaltung, die sich nicht so wie heute als Unternehmer, als Bauherr usw., gebärdete, gebracht. Man schuf einen Verwaltungsgerichtshof, der kraft einer Generalklausel die gesamte staatliche Verwaltung möglicherweise in Schranken halten konnte; er konnte Verwaltungsakte überprüfen. Im Jahre 1920 wurden durch die Bundesverfassung und die entsprechende Auslegung, die ihr der Verfassungsgerichtshof gegeben hat, Grundsätze des Instanzenzuges geklärt. Es gilt seitdem der Grundsatz: durchgängiger Instanzenzug allgemein, nur Ausnahmen dort, wo die

Gesetze es bestimmen. Im Jahre 1925 gelang es österreichischen Juristen, die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze zu erlassen. Das bedeutet, daß die gesamte Verfahrensregelung konzentriert wurde in eine Rechtsvorschrift¹²⁾. Gleichgültig, ob wir heute die Fürsorgeverwaltung, die Unterrichtsverwaltung, die Straßenverwaltung, die Sozialverwaltung haben, es gelten grundsätzlich dieselben Verfahrensgesetze. In diesen Verfahrensgesetzen gilt als ein Angelpunkt die Normierung der Parteistellung. Es wird nicht oder es soll nicht in jedem einzelnen materiellen Gesetz gesagt werden: Du bist Partei, oder Du bist nicht Partei —, sondern es gilt der Grundsatz, daß Partei ist, wer die im § 8 des allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes gestellten Voraussetzungen erfüllt. Dadurch wurde der Einzelne nun auch positiv-rechtlich zum gleichberechtigten Partner im Verwaltungsverfahren. Das Verwaltungsverfahrensgesetz half der Konstruktion des Bescheidbegriffes.

Nun kommt das für einen Rechtswissenschaftler Aufregende: Trotz dieser scheinbaren Errungenschaften ist heute der Rechtsschutz in Österreich nicht lückenlos. Er hat seinen Grund — und hier hat Herr Prof. Scheuner das ja schon angezeigt — im Rechtspolitischen und in den politischen Kräfteverhältnissen, die hinter dem Gesetzgeber stehen.

Wenn Sie heute die in Österreich fungierende Koalitionsregierung betrachten, so müssen Sie erkennen, daß sowohl in den gesetzgebenden Körperschaften als auch in der Regierung, Personen derselben politischen Parteien sind; so daß die Gestaltung in der Verwaltung, wie in der Gesetzgebung, eine politischgleichtartige sein wird, und daß auch nach entsprechender politischen Kräftegruppierungen die Verwaltung versucht, in die „Privatwirtschaftsverwaltung“ aufzukommen.

Und nun stehen wir heute vor dem Problem, daß nach dieser Entwicklung es nicht abzusehen ist, wie man die Rechtsakte, die in einer solchen „Privatwirtschaftsverwaltung“ gesetzt werden, überprüfen kann. Es hat Fälle gegeben, wo der Staat der Form nach als Träger von Privatrechten aufgetreten ist, dem materiellen Gehalt nach jedoch durchaus als Hoheitsträger, als Gewaltträger. Die Gerichte erklärten, hier handele der Staat als Hoheitsträger; der Verwaltungsgerichtshof erklärte, hier handele der Staat als Privatrechtsträger. Beide leugneten ihre Zuständigkeit. Sie sehen, daß in solchen Fällen der Rechtsschutz des Einzelnen völlig zwischen zwei Tischen liegt, daß trotz des ausgebildeten Rechtsschutzes in Österreich infolge des Entkommens der Verwaltung aus dem gesetzlichen Bereich es nicht mehr möglich ist, dem Ein-

zeln vollen Rechtsschutz zu gewähren. Und warum ist es nicht möglich, diesen Erscheinungen im Staate zu steuern? Weil die Rechtswissenschaft — ich möchte es noch einmal betonen — noch nicht „nachgekommen“ ist, und weil sie nicht so schlagkräftig war — soweit sie die Fragen vielleicht behandelt hat — den Gesetzgeber zu beeinflussen.

Küchenhoff-Würzburg:

Ich nehme an, daß das Thema der verfassungsrechtlichen Beziehungen zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit erschöpft ist; jedenfalls wäre es mir angenehm, wenn ich erst an der Stelle eingesetzt würde, wo ich mit ein paar kurzen Worten zu dem völlig anderen Themenbereich sprechen kann, nämlich zu dem Thema, das sich auf die Gerichtsverfassung bezieht und auf eine Frage innerhalb der Gerichtsverfassungslehre, deren Aufbau mir am Herzen liegt. Es handelt sich um eine Frage, die das Verhältnis der verschiedenen Gerichtsbarkeiten untereinander betrifft.

Es ist sicher bekannt, daß der Deutsche Anwaltstag in Hamburg sich vor wenigen Wochen sehr scharf ausgesprochen hat gegen die Vielgliedrigkeit der deutschen Gerichte und der deutschen Gerichtsbarkeit. Demgegenüber glaube ich sowohl den Herrn Referenten wie den Herren Korreferenten und auch die Herren, die hier das Wort ergriffen haben, richtig zu verstehen, wenn sie — was ich jedenfalls von mir aus tun möchte — ein Ja sagen zu der Vielgliedrigkeit unserer Gerichtsbarkeit. Ich will nicht wiederholen, was bekannt ist: Es ist ja das Hauptargument vorhanden, welches für eine besondere Verwaltungsgerichtsbarkeit spricht, daß es bei der Kompiziertheit unserer Lebensverhältnisse — wie sich die Arbeitsgerichtsbarkeit von der Zivilgerichtsbarkeit löste — es heute unmöglich wäre, bei den Landgerichten Kammern für Verwaltungssachen einzurichten. Und so ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit da, notwendig da aus der Umgrenztheit ihres Sachgebietes. Ich wollte hierauf nur kurz Ihre Aufmerksamkeit lenken; denn es kann für die Öffentlichkeit keineswegs bedeutungslos sein, wenn aus der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer hervorgeht, daß wir im Gegensatz zum Deutschen Anwaltstage dieses Ja zu der Vielgliedrigkeit unserer Gerichtsbarkeit — nach meinem Dafürhalten trotz einiger jedoch zu überwindender Bedenken gegen die Absplitterung der Sozialgerichtsbarkeit — für notwendig halten möchten.

Dies enthebt uns nicht der Frage, die wiederum eine speziell gerichtsverfassungsrechtliche ist, wie wir Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justizgerichtsbarkeit von innen her abzugrenzen

versuchen. Wenn ich Herrn Rumpf folge, daß es materiale Unterschiede gibt zwischen Rechtsprechung und Verwaltung und ich als Unterscheidungsmerkmale hier nur nenne: Rechtsprechung als rückblickende, feststellende und erkennende Betrachtung eines abgeschlossenen Vorganges, Verwaltung dagegen als willensmäßige Gestaltung künftigen Geschehens, dann müssen wir wohl auch versuchen, Verwaltungsgerichtsbarkeit abzugrenzen von Justizgerichtsbarkeit. Hier scheint mir eine Abgrenzungsmöglichkeit darin zu bestehen, daß wir sagen: Justizgerichtsbarkeit ist überall dort, wo es sich um Verschulden, um Schuld handelt oder um Verantwortung kraft Gefährdungshaftung, jedenfalls um Verantwortung. Demgegenüber überprüft die Verwaltungsgerichtsbarkeit das objektive Sach- und Rechtsverhältnis im verwaltungsmäßigen Geschehen. Ich darf an Fälle erinnern, in denen sich Justizgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit berühren. Es handelt sich bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit beispielsweise um die Frage, ob ein Verwaltungsakt wirksam ist oder nicht. Der Bundesgerichtshof hat in zwei großen Entscheidungen im 9. und 10. Bande, Bd. 9, S. 329 ff., Bd. 10, S. 220 ff., ausgesprochen, daß, wenn das Verwaltungsgericht einen Verwaltungsakt für unwirksam oder auch nur für rechtswidrig hält, diese Entscheidung für das Zivilgericht bindend sei. Was hat das Zivilgericht also dann noch zu prüfen, wenn es die Rechtswidrigkeit als endgültig festgestellt hinnehmen muß? Doch wohl nur die Schuld im Rahmen von Art 34 und 839 BGB! — Soviel hier zur Vielgliedrigkeit.

Wir wollen aber nicht allein die Vielgliedrigkeit, sondern die Einheit, und es ist vorhin sehr schön gesprochen worden von der Einheitlichkeit der richterlichen Gewalt. Also, die Einheit in der Vielheit, mit einem Wort: die Ganzheit ist es, was wir in dieser Situation brauchen. Und wie nötig wir die Ganzheit brauchen, darf ich wieder an einem Beispiel erläutern, um eben der gebotenen Kürze Rechnung zu tragen: Wenn das Verwaltungsgericht diejenige Instanz ist, welche die objektive Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes auch für das Justizgericht wegen Amtspflichtverletzung in dem von diesem zu entscheidenden Rechtsstreit bindend feststellt, so muß die Klage vor dem Verwaltungsgericht auch die Verjährung unterbrechen im Sinne von § 852 BGB, weil es ja unsinnig wäre — wie es heute noch zuweilen angenommen wird —, daß der betreffende Verletzte erstens erheben müßte: Klage beim Verwaltungsgericht, um bindend feststellen zu lassen, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, und zugleich, um nicht die Verjährungsfrist des § 852 BGB zu versäumen, alsbald Klage

beim Justizgericht, mit dem Erfolge, daß er diese letzte Klage — mit unnötig verursachter Kostenlast! — zurücknehmen muß in dem Augenblick, wo das Verwaltungsgericht sagt: Nein, der Verwaltungsakt war nicht rechtswidrig, sondern rechtmäßig. Es ist also mit anderen Worten das, wovon gesprochen wurde: die Einheitlichkeit in der Vielheit, bis zum letzten Ende durchzudenken, zum Beispiel auch in diesem Falle, und ich glaube, wir müssen dieses tun getreu jener Mahnung von Schopenhauer, daß die wissenschaftliche Betrachtung bis zur letzten konkreten Ausgestaltung durchdacht werden muß.

P a r t s c h -Bonn-Neapel:

Ich möchte nur eine ganz kurze methodologische Bemerkung machen und bitte um Verzeihung, wenn ich dies tue, nachdem bisher in der Diskussion zu ganz zentralen materiellen Fragen gesprochen worden ist.

Der Herr Referent hat bei der Behandlung der Frage, ob wir eine übertrieben ausgebaute Verwaltungsgerichtsbarkeit haben, mit sehr interessanten Zahlen operiert. Ich möchte ihm die Berechtigung hierzu nicht mit einem „*judex non calculat*“ abschneiden, zumals er in seiner Schlußthese selbst die Forderung erhoben hat, daß das Verwaltungsrecht durch eine Verwaltungslehre und eine Verwaltungspolitik ergänzt werden muß. Und die Verwaltungslehre und -politik werden legitimerweise häufig mit Statistiken über die Auswirkungen von Rechtssätzen arbeiten müssen. Aber auf der anderen Seite habe ich doch große Zweifel, ob die Zahlen, die uns hier genannt worden sind — und Zahlen sind in unserer Zeit immer besonders gefährliche Argumente, da sie sich so gut ins Gedächtnis einprägen — in ihrem Ausgangspunkt berechtigt sind. Wenn ich meine eigene gegenwärtige Tätigkeit als Verwaltungsbeamter im Konsulardienst beobachte, dann kann ich wohl am Abend eines Tages sagen, wieviele Leute ich heimgeschafft, wieviele Pässe ich ausgestellt und wieviele Visen ich erteilt habe. Aber ich kann nicht sagen, wieviele Verwaltungsakte insgesamt vorgenommen worden sind, denn das ist auch am Tage ihrer Vornahme kaum zu überschauen. Ich kam im Gespräch mit Herrn Köttgen vorhin schon darauf, und ich bitte ihn um Verzeihung, wenn ich mir hier sein Bonmot aneigne: Man sollte den Regierungspräsidenten fragen, wie er seine Statistik der vorgenommenen Verwaltungsakte aufgestellt hat, die ihm als Grundlage für die Feststellung diene, welcher Anteil dieser Verwaltungsakte einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt und welcher Anteil ihr tatsächlich unterworfen wurde.

Damit will ich dem Referenten nicht entgegenhalten: ich bin mit der Generalklausel und unserer heutigen Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes unzufrieden und bin der Ansicht, daß eine Hypertrophie des Rechtsschutzes vorliegt. Vielmehr bin ich im Ergebnis mit ihm einverstanden und habe nur Einwände gegen seine Art der Argumentation, insbesondere gegen den Gebrauch von Statistiken bei der Erörterung dieser ernstesten Frage. Form und Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes lassen sich nicht durch eine Zählung der Fälle, in denen von ihm Gebrauch gemacht worden ist, rechtfertigen, also aus sich selbst, sondern ähnlich wie bei den Organen der öffentlichen Meinungsäußerung — denken Sie an den „Spiegel“! — aus ihrer Funktion. Der Wert dieser Organe und ebenso der Wert des Verwaltungsrechtsschutzes lassen sich nur daraus abmessen, inwieweit sie geeignet sind, die Vornahme von Willkürentscheidungen zu verhindern, und das läßt sich statistisch überhaupt nicht feststellen. Das Urteil darüber, ob eine Hypertrophie des Rechtsschutzes vorliegt oder nicht, ist eine eminent verwaltungspolitische und vielleicht sogar verfassungspolitische Frage, die methodisch nur auf anderem Wege behandelt und beantwortet werden kann.

M e r k -Tübingen:

Ich möchte mich in meinen Ausführungen möglichst kurz fassen.

Zunächst bin ich der Auffassung, man sollte an der Unterscheidung zwischen Rechtsprechung oder Rechtspflege im sachlichen und im förmlichen Sinne festhalten. Ich möchte aber diese Unterscheidung anders vornehmen, als es z. T. geschehen ist. Ich verstehe unter Rechtsprechung im sachlichen Sinne die obrigkeitliche Anwendung der Rechtsordnung auf einen bestimmten gegebenen Sachverhalt, insbesondere in streitigen oder in nicht erfüllten Rechtsverhältnissen; dagegen unter Rechtsprechung oder Rechtspflege in förmlichem Sinne die in richterlicher Unabhängigkeit sich vollziehende Tätigkeit von Gerichten: es kann streitige oder freiwillige Gerichtsbarkeit sein und die streitige Gerichtsbarkeit ist so Rechtsprechung im sachlichen und im förmlichen Sinne. Den Gerichten kann außerdem auch gemäß § 4 EG zum GVG Justizverwaltung übertragen sein, was aber nicht zur Rechtspflege zu rechnen ist im Gegensatz zur freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auch in der reinen Verwaltung gibt es eine solche Rechtsprechung im sachlichen Sinne, und so ist verwaltungsrechtlich zu unterscheiden zwischen Verwaltungsentscheidungen, wo lediglich bestehende Rechtsverhältnisse im Einzelfalle festgestellt werden, und

Verwaltungsverfügungen, wo es sich um die Gestaltung bestimmter gegebener Sachverhalte im Bereiche der öffentlichen Verwaltung handelt. Dieser Begriff der Rechtsprechung im sachlichen Sinne liegt m. E. auch dem Art. 92 GG zugrunde, wenn dort bestimmt ist, daß die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Man hat daraus die Folgerung zu ziehen, daß von den Verwaltungsbehörden eine endgültige Rechtsentscheidung grundsätzlich nicht mehr gefällt werden kann; es kann sich nur mehr um Vorentscheidungen der Verwaltungsbehörden handeln, gegen welche die Entscheidung, sei es eines Verwaltungsgerichts oder ordentlichen Gerichts, angerufen werden kann. So z. B. bei der Festsetzung von Wildschäden und öffentlich-rechtlichen Entschädigungen durch die Verwaltungsbehörden usf.; der früher vorgesehene Erlaß von sogenannten polizeilichen Strafverfügungen durch die Verwaltungsbehörden dagegen ist seit der Neufassung der StPO i. J. 1950 zugunsten der Gerichte allgemein ganz weggefallen.

Sodann hat Herr Scheuner bemerkt, daß im Mittelalter eine klare Unterscheidung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht vorhanden gewesen sei. Es ist richtig, daß im Mittelalter in Form von Urteilen — z. B. auch im Königsgericht — Weistümer über geltendes Recht aufgenommen wurden; es sei erinnert z. B. an den Reichsspruch über das Recht der Fürsten, ihre Städte zu befestigen, v. J. 1231. Es lag hier die Auffassung zugrunde, daß das Recht nicht durch willentliche Anordnung geschaffen wird, sondern daß das Recht besteht und im Gewissen geschöpft oder gefunden wird; Gesetz und Urteil waren also jedenfalls nicht klar voneinander geschieden. In ähnlicher Weise war übrigens auch z. B. nicht klar zwischen Recht im gegenständlichen und im persönlichen (subjektiven) Sinne geschieden, wie wir dies z. B. bei den Vorrechtsverleihungen (Privilegien) sehen. Aber hieraus können jedenfalls für die Gegenwart keinerlei Folgerungen abgeleitet werden.

Nun ein weiterer Punkt. Die Verwaltungsrechtspflege hat im allgemeinen einer doppelten Aufgabe zu dienen. Einmal wird hier vorausgesetzt, daß die Rechtsordnung verletzt, entweder nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, und sodann, daß jemand „in seinen Rechten“ verletzt worden ist, also, daß sogenannte persönliche (subjektive) Rechte verletzt worden sind. Aber das ist nur die Regel. Es kann sein, daß nach besonderer gesetzlicher Bestimmung die Verwaltungsgerichte auch über Ermessensfragen zu befinden haben, wie verschiedentlich nach früherem preußischem Recht und auch jetzt noch vereinzelt nach §§ 38, 79 (südd.) VGG; weiter aber auch, daß

ohne Verletzung von persönlichen Rechten bei bloßer Beeinträchtigung von rechtlichen oder berechtigten Belangen die verwaltungsgerichtliche Klage erhoben werden kann, wie z. B. nach preußischem Recht bei der Einziehung oder Verlegung öffentlicher Wege (§ 57 Zust.G); endlich kann bestimmt sein, daß unter gewissen Voraussetzungen auch bei bloßer Verletzung des Rechts im gegenständlichen Sinne geklagt werden kann, wie zum Teil früher bei der Anfechtung von Beschlüssen einer Gesamtverwaltungs- (sog. kollegialen) Behörde durch den Vorsitzenden im Falle der Überstimmung oder von Beschlüssen einer Gemeindevertretung (Stadtverordnetenversammlung) durch die Gemeindeverwaltungsbehörde (Magistrat) wegen Gesetzeswidrigkeit.

Was das Verhältnis der Verwaltungsrechtspflege zur sogenannten richterlichen Gewalt betrifft, so erschien bekanntlich schon in der Weimarer RV die Verwaltungsrechtspflege in dem Abschnitt über die Rechtspflege, und so ist es auch im GG in dem Abschnitt über die Rechtsprechung der Fall. Ich kann mich aber Herrn Scheuner darin nicht anschließen, wenn er wünscht, daß eine volle Vereinheitlichung der Gerichtsbarkeit, auch einrichtungsmäßig, vorgenommen wird, d. h. auch die Verwaltungsgerichte zum Geschäftsbereich — statt, wie bisher, des Innenministeriums bzw. des Staatsministeriums — des Justizministeriums gehören und dessen Dienstaufsicht unterstellt werden sollen. Ich, als alter Verwaltungsbeamter, möchte annehmen, daß die Entwicklung, die in Deutschland zur Einrichtung besonderer Verwaltungsgerichte geführt hat, auch für die Zukunft Bedeutung haben dürfte und jedenfalls vorerst kein Anlaß besteht, hier eine grundlegende Änderung vorzunehmen. Wenn wir auch die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte zur Rechtspflege rechnen, so sollten wir m. E. doch nicht eine Verbindung mit den ordentlichen Gerichten in der angegebenen Weise anstreben. Denn es kann doch den Richtern der ordentlichen Gerichte nicht zugemutet werden, neben den für sie vor allem in Betracht kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts noch die ungeheure Fülle der — überdies auch stets im Flusse befindlichen — verwaltungsrechtlichen Vorschriften zu kennen. Auch die lebendige Anschauung und der Blick für die Verhältnisse und Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung, wie sie regelmäßig nur durch längere Tätigkeit darin erworben werden kann, würde ihnen fehlen. Weiter würde bei einer solchen Gestaltung die wünschenswerte Auswechselung zwischen den Beamten der reinen Verwaltung und den Richtern der Verwaltungsrechtspflege geradezu unterbunden werden. Im übrigen müßte man

doch bei den ordentlichen Gerichten besondere Abteilungen für die Verwaltungsrechtspflege einrichten, insbesondere in den größeren Städten und für größere Landbezirke. Kurz, wir sollten m. E. beim Fehlen eines wirklich dringenden Bedürfnisses nicht zu einer so weitgehenden Vereinheitlichung schreiten.

Es ist dann davon gesprochen worden, daß das Verhältnis zwischen gesetzgebender und vollziehender Gewalt — Regierung und Verwaltung — sich gegen früher geändert hat. Der tiefere Grund davon liegt m. E. darin, daß nach Beseitigung der Einherrschaft der Grundsatz der Volksoberherrlichkeit und Volksherrschaft durchgeführt worden und jetzt bei dem Träger der gesetzgebenden Gewalt, d. h. bei der Volksvertretung, den darin herrschenden Mehrheitsparteien und ihren Führern, die oberste politische Macht im Staate vorhanden ist und bei der bestehenden parlamentarischen Regierungsweise in Abschwächung der Lehre von der Trennung der Gewalten i. S. von Montesquieu aus der gesetzgebenden Gewalt auch die Spitze der vollziehenden Gewalt hervorgeht; die Parteien besetzen so nicht nur die Regierung und die Spitzen der einzelnen Verwaltungszweige, sondern suchen bei uns, zum Teil auch die nachgeordneten Staatsstellen der Verwaltung mit ihren Parteianhängern zu besetzen. Es kann so auch vorkommen, daß die Volksvertretung die Tätigkeit der Verwaltung weitergehend, als dies früher der Fall war, einengt, indem sie in die Gesetze vielfach Vorschriften über die nähere Durchführung, auch technischer Art, aufnimmt, was früher zum guten Teil den Verwaltungsbehörden überlassen wurde, durch Rechtsverordnung oder durch innere Verwaltungsvorschriften zu regeln. Aber man kann auch so das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden doch nicht völlig ausschließen, wenn sie ihrer Aufgabe gerecht werden sollen, nach den jeweils vorliegenden besonderen Verhältnissen und Bedürfnissen im Einzelfalle zweckentsprechend tätig zu werden. Es hat sich also nach der Beseitigung der Einherrschaft die Stellung der vollziehenden Gewalt zur gesetzgebenden Gewalt insofern sehr gewandelt, als eine eigenständige und selbständige Stellung der vollziehenden Gewalt, wie früher beim Herrscher und unter ihm, gegenüber der gesetzgebenden Gewalt nicht mehr vorhanden ist. Inwieweit es im übrigen den Berufsbeamten gelingt, in der Verwaltung noch eine gewisse selbständige Stellung als Diener der Gesamtheit einzunehmen, aber unter der Leitung von Parteileuten, das soll hier nicht weiter untersucht werden.

Es ist ferner abgehoben worden auf den — gewiß sehr bedeutsamen — Unterschied zwischen dem Handlungsermessen,

das der Verwaltung eigentümlich ist im Gegensatz zur Rechtsprechung, und dem sogenannten Beurteilungsermessen, wie es außer in der Verwaltung auch in der Rechtspflege vorkommt. Bei dem Beurteilungsermessen, wie es in den Verwaltungsgesetzen erscheint, ist von Bedeutung, ob es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Hier ist zum Teil eine gewisse Wandlung in der Auffassung, insbesondere in der Rechtsprechung, eingetreten: was man früher als einen unbestimmten Ermessensbegriff aufgefaßt hat, hat man neuerdings zum Teil als einen unbestimmten Rechtsbegriff aufgefaßt, der der gerichtlichen Nachprüfung — im Gegensatz zum unbestimmten Ermessensbegriff — unterliegt. Herr Rumpf hat unter Ziffer 8 seiner Leitsätze versucht, hier eine gewisse Abgrenzung vorzunehmen: unbestimmte Begriffe, heißt es dort, seien nur insofern der Rechtsprechung unterworfen, als sie in gesellschaftlichen Anschauungen vergegenständlicht („objektiviert“) und näher bestimmt („konkretisiert“) sind. Diese Abgrenzung leidet aber m. E. an einer gewissen Unbestimmtheit; das letzte Wort wird damit noch nicht gesprochen sein. Meines Erachtens kommt es in erster Reihe darauf an, wie der Wille des Gesetzgebers in dieser Hinsicht beschaffen ist; nämlich, ob die Verwaltung hier nach freiem pflichtmäßigem Ermessen unter einer denkbaren Mehrheit rechtlich gleichwertiger Lösungen endgültige Wertungen im Sinne von Zweckmäßigkeitserwägungen soll vornehmen können, wie sie daher gegebenenfalls grundsätzlich nicht durch eine gerichtliche Wertung ersetzt werden sollen — von Ermessensmißbrauch oder -überschreitung abgesehen —, wie z. B., wenn es heißt: „aus Gründen des öffentlichen Wohls“, „Belange des öffentlichen Verkehrs“ — unbestimmter Ermessensbegriff —, oder aber, ob nur ein wirklich gegenständlich und eindeutig bestimmbarer Begriff in Betracht kommt, der in vollem Umfang durch das Gericht nachgeprüft werden kann, weil rechtlich nur eine einzige bestimmte Lösung als richtig angesprochen werden kann, wie z. B. „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ (§ 276 BGB) oder „Ungeeignetheit“ zum Führen von Kraftfahrzeugen — unbestimmter Rechtsbegriff! —.

Ein letzter Punkt betrifft die Leitsätze des Herrn Becker. Auf die Ziffer 23 will ich dabei nicht weiter eingehen; wenn hier gesagt ist, daß in der Zeit der „klassischen Verwaltung“ der Verwaltungsrechtsschutz unter dem Aufzählungsgrundsatz mit teilweiser Allzuständigkeit für das Polizeirecht nicht weniger wirksam gewesen sei als heute mit der erweiterten Verwaltungszuständigkeit und unter der Herrschaft der All-

zuständigkeit, so dürfte mit dieser — nicht ganz klaren — Fassung wohl die Wirksamkeit innerhalb des so beschränkten Zuständigkeitsbereichs gemeint sein. Wenn jedoch in Ziff. 24 schlechtweg und ohne weiteren Zusatz gesagt ist, das Unterscheidungsmerkmal der Selbstverwaltung sei nicht das Ermessen, so möchte ich dem nicht zustimmen. Ich bin vielmehr der Auffassung, daß das Wesen der echten, d. h. körperschaftlichen, Selbstverwaltung darin besteht, daß dem Staate eingeordneten Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts durch den Staat öffentliche Aufgaben zur Erledigung im eigenen Namen und nach eigenem Ermessen im Rahmen der Gesetze vorbehaltlich der Staatsaufsicht, die im wesentlichen bloße Rechtsaufsicht ist, übertragen werden. Die Verwaltung der sogenannten eigenen Angelegenheiten durch die Selbstverwaltungskörperschaften nach eigenem freiem Ermessen wird nach wie vor als das kennzeichnende Unterscheidungsmerkmal anzusehen sein. Daß hier keine Weisungsgebundenheit nach innen — gegenüber der Staatsaufsichtsbehörde — vorliegt, wie Herr Becker ergänzend in seinem Vortrag noch hinzugefügt hat, das scheint mir nicht in erster Reihe von Bedeutung zu sein; dies ergibt sich vielmehr ohne weiteres aus der Tatsache, daß selbständige öffentlichrechtliche Körperschaften, Anstalten und Stiftungen gebildet oder anerkannt sind. Eine Weisungsgebundenheit ergibt sich nur innerhalb eines einheitlichen Verwaltungsträgers, von dem Falle der Übertragung von sogenannten Auftragsangelegenheiten hier abgesehen. Daß der Zweck der Neueinrichtung der Selbstverwaltung seiner Zeit gewesen ist, die Tätigkeit der Selbstverwaltungskörperschaften von der Unterstellung unter die „Ministerialverwaltung“ freizustellen, soll damit nicht in Abrede gestellt werden.

R u m p f - Heidelberg (Schlußwort):

Ich bin im Verlaufe der Diskussion in manchen Punkten angeregt worden, wofür ich dankbar bin. Den Kern meiner Ausführungen möchte ich aber unbedingt aufrechterhalten, nämlich, daß wir uns um einen materiellen Begriff der Rechtsprechung bemühen müssen, und daß es auch möglich sein muß, einen solchen materiellen Begriff der Rechtsprechung zu entwickeln. Es hat das eine eminent rechtstheoretische, aber auch praktische Bedeutung. Wenn wir etwa an verschiedene Formen von „Spruchverfahren“ und politischer Justiz denken, die in den letzten Jahrzehnten in Deutschland und anderswo geschaffen worden sind: um hier zwischen Rechtsprechung und

politischer Maßnahme unterscheiden zu können und uns nicht auf Merkmale des Verfahrens oder auf die Frage der Rückwirkung von Gesetzen beschränken zu müssen, brauchen wir, ganz abgesehen von dem engeren Bereich des Verwaltungs- und Staatsrechts, einen materiellen Begriff von Rechtsprechung. Ich bin daher auch nicht überzeugt davon, daß man es bei der historischen Entwicklung und bei dem Begriff, der sich in der Tradition herausgebildet hat, auch rechtstheoretisch bewenden lassen muß. Das bedeutet letzten Endes den Verzicht auf die dogmatische Klärung und eine gewisse Resignation. Ich kann mich hier nicht mit den einzelnen sehr wertvollen Diskussionsbeiträgen näher befassen. Besonders Herrn Bachof bin ich dankbar für vieles, was er beigetragen hat.

Nur einen Gedanken möchte ich noch hinzufügen: Ich habe in meinem Referat als den Grundgedanken der Verwaltungsrechtspflege den individuellen Rechtsschutz bezeichnet. Ich gebe zu, daß immer beide Zwecke, die Wahrung der objektiven Rechtsordnung und der Schutz des subjektiven Rechts, Bedeutung haben und sich gegenseitig ergänzen. Aber es dürfte unbestreitbar sein, daß nicht nur der Entstehungsgrund, sondern auch der heutige Daseinsgrund der Verwaltungsrechtspflege, der ja auch vom Gesetzgeber ganz eindeutig in den Begründungen immer wieder zum Ausdruck gebracht wird, in erster Linie der individuelle Rechtsschutz ist. Das führt mich noch zu einer Bemerkung zu der heute offenbar herrschend gewordenen Lehre, daß aus der Wandlung des Verhältnisses zwischen dem Einzelnen und der Verwaltung und aus den gewaltigen Veränderungen in der Verwaltungsstruktur Konsequenzen auch für das Verhältnis von Verwaltungsrechtspflege und Verwaltung und für die Beziehungen des Einzelnen zum Staat in juristischer Hinsicht zu ziehen seien. Das sind gesellschaftliche Entwicklungen, die soziologisch zu konstatieren sind, aus denen man auch die Folgerung ziehen kann, daß der Verwaltungsrechtsschutz für den Einzelnen zurückzutreten habe hinter größeren Erwägungen einer kollektiven Ordnung oder eines Gemeininteresses. Aber die juristisch-strukturellen Prinzipien sind meines Erachtens auch heute noch die, welche uns die klassische Verwaltungsrechtslehre beschert hat.

Damit ist im wesentlichen das bezeichnet, was ich in meinem Referat vor allen Dingen zum Ausdruck bringen wollte, und ich darf nur noch einmal danken für die Anregungen und auch für die Kritik, die von verschiedenen Herren Diskussionsrednern geübt worden ist.

Becker-Speyer (Schlußwort):

Meine Herren Kollegen! Die vielseitigen und tiefgründigen Diskussionsbeiträge verpflichten mich zu Dank, da sie mir reiche Anregungen vermittelt und mich daran erinnert haben, wie stark ich mich im Hinblick auf die Weite des Themas stofflich beschränken mußte, um in der zur Verfügung stehenden Zeit die Relationen zwischen Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, so wie sie sich mir darstellen, vorzutragen, ohne auf Sonderprobleme allzu sehr eingehen zu können. Im einzelnen gestatten Sie einige wenige Bemerkungen zu den Diskussionsbeiträgen:

Den Herren Scheuner, Forsthoff, Weber und Ipsen danke ich für die ergänzenden Darlegungen und die zum Ausdruck gebrachte Zustimmung. Ich kann hier auf diese Fragen, die mich ungemein stark interessiert haben, nicht näher eingehen; denn es ist erforderlich, zu einigen kritischen Bemerkungen Stellung zu nehmen.

Herr Bachof hat mich vielleicht nicht ganz verstanden, wenn er glauben sollte, ich sei der Meinung, man könne Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung schlicht gegenüberstellen. Ich bin nämlich der Auffassung, daß die notwendigerweise gesetzlich geordnete Eingriffsverwaltung überhaupt nur in ihrer Zuordnung zur Leistungsverwaltung eine Berechtigung hat. Das ergibt sich vielleicht am besten aus dem Wesen der Abgaben; denn die Abgaben, besonders die Steuern, werden ja nicht erhoben, um Eingriffe in Freiheit und Eigentum vorzunehmen, sondern um Staatszwecke zu erfüllen, d. h. um Leistungen zu erbringen, die hauptsächlich mit den Mitteln erbracht werden, die dort aufkommen. Deswegen möchte ich also eine Beschränkung der Leistungen auf das Beispiel der Wohnungsverwaltung nicht gern akzeptieren. Was allerdings die Verwaltungstreitsachen auf dem Gebiet der Polizei betrifft, von denen Herr Bachof mit Recht die Zahl von 303 Fällen im bayerischen Bereich angeführt hat, so darf ich dazu sagen, daß diese Zahl doch nur relativ zu verstehen ist; denn Bayern hat ja, wenn ich recht unterrichtet bin, so viele Landkreise und kreisfreie Städte, daß im Zeitraum von zwölf Monaten auf jeden Kreis ca. zwei Klagen entfallen; das scheint mir gerade nicht übermäßig viel zu sein.

Im übrigen glaube ich auch, daß die Frage, ob die Verwaltungsgerichte Mühe haben, mit den Problemen der Leistungsverwaltung fertig zu werden, vielleicht nicht ganz so kritisch gesehen werden darf, wie es Herr Bachof getan hat. Denn gerade sein Hinweis auf die Mühe der Verwaltungsgerichte,

im materiellen Recht mit diesem Problem fertig zu werden, trifft im Grunde genau das, was ich zum Ausdruck gebracht habe.

Bei dem Problem, ob vielleicht unser Gesetzgeber des Guten zuviel getan haben könnte, als er die Vielzahl der Rechtswege und Instanzen schuf, glaube ich, mit Herrn Bachof übereinzustimmen. Im übrigen ist das Problem der von mir angedeuteten Prozentsätze sowohl von Herrn Bachof als auch von Herrn Partsch angeschnitten worden, aber, wie mir scheint, trotz meines Hinweises, daß diese Prozentziffern keine Verkleinerung der Wichtigkeit und der Bedeutung der Verwaltungsgerichte darstellen sollen, doch vielleicht mißverstanden worden. Mein Bestreben ist es gewesen, einmal darzulegen — wovon sonst nie die Rede ist, vielleicht, weil man es für selbstverständlich hält, oder aber, weil man sich nicht gern damit befaßt — wieviel in der Verwaltung an rechtmäßigem Handeln geschieht. Wir dürfen doch nicht allein unsere Aufmerksamkeit dem pathologischen Fall zuwenden, so wichtig es auch ist, daß Rechtswidrigkeiten korrigiert werden. Hierüber gibt es keine Diskussion, weil dies selbstverständlich ist. Aber die Ordnung der teilweise in Unordnung befindlichen Verwaltung unter rechtlichen Gesichtspunkten sollte — und das war eines meiner Hauptanliegen — doch auch als Gegenstand der Verwaltungsrechtswissenschaft sehr ernst genommen werden. Mit dieser Zielsetzung habe ich die Verhältniszahlen genannt.

Dankbar bin ich auch Herrn Ermacora für die Hinweise aus dem Bereich des österreichischen Rechts, die sich interessanterweise in weitem Umfange mit unseren Erfahrungen decken.

Herr Partsch hat aber noch ein anderes Problem angeschnitten, das mir sehr wichtig zu sein scheint. Es betrifft das Verhältnis von Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik. Wenn ich in meinem letzten Leitsatz auf die Notwendigkeit der Wiederbelebung hingewiesen habe, so möchte ich hier wiederholen, was ich im Referat gesagt habe: Das Verwaltungsrecht ist eine selbständige Disziplin der Rechtswissenschaft, die der Verwaltung zugeordnet ist. Ich sehe es daher als unzulässig an, Kategorien der Verwaltungslehre und der Verwaltungspolitik mit denjenigen des Verwaltungsrechts zu vermischen. Ich bin aber der Auffassung, daß aus einer neu zu schaffenden Verwaltungslehre und einer neu zu entwickelnden Verwaltungspolitik, die es in sehr hohem Maße mit der Verwaltungswirklichkeit zu tun haben, sehr nützliche Folgerungen für die Verwaltungsrechtslehre gezogen werden können und müssen.

Aufgabe der Wissenschaft ist die Aufdeckung der Gesetze, die die Wirklichkeit beherrschen, und zwar aller. Das ist der Ausgangspunkt meiner Darlegungen gewesen. So darf ich denn, indem ich darauf zurückkomme, dem Wunsche Ausdruck geben, daß künftig in gleicher Weise wie dem rechtswidrigen Handeln auch dem rechtmäßigen Handeln in der Verwaltung Beachtung geschenkt werden möge.

Verzeichnis der Redner

Bachof S. 174
Becker S. 96, 208
Erler S. 71
Ermacora S. 195
Forsthoff S. 84, 187
Hettlage S. 2, 92
Ipsen S. 87, 193
Jahrreiß S. 1
Krüger S. 88
Küchenhoff S. 198
Maunz S. 1
Merk S. 75, 201
Merkl S. 85
Partsch S. 200
Peters S. 78
Rumpf S. 136, 206
Scheuner S. 181
Stanka S. 64
Weber S. 81, 188

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand vom 1. Juli 1956

Lebenslänglicher Ehrenpräsident

Thoma, Dr. Richard, Professor, Geh. Hofrat,
Bonn, Zitelmannstraße 24

Vorstand

1. Schüle, Dr. Adolf, Professor, Tübingen, bei der Sonnenstraße.
2. Hettlage, Dr. Karl Maria, Professor, Bad Godesberg, Friedrich-Ebert-Str. 83.
3. Spanner, Dr. Hans, Professor, Graz/Österreich, Mandellstraße 22.

Mitglieder

1. Abendroth, Dr. Wolfgang, Professor, Marburg a. d. Lahn, Georg-Voigt-Straße 7 a.
2. Antonioli, Dr. Walter, Professor, Wien, Universität.
3. Apelt, Dr. Willibalt, Professor, Geh. Regierungsrat, Staatsminister a. D., Gräfelfing bei München, Freihamerstraße 32.
4. Armbruster, Dr. Hubert, Professor, Mainz, An der Allee 69.
5. Bachof, Dr. Otto, Professor, Tübingen, Gartenstraße 73.
6. Becker, Dr. jur., Dr. phil. Erich, Professor, nebenamtlicher Richter am Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Speyer, Schwerdstraße 59.
7. Bilfinger, Dr. Karl, Professor, Heidelberg, Philosophenweg 13.
8. Böhmert, Dr. Viktor, Professor, Kiel, Feldstraße 91.
9. Brill, Dr. Hermann Louis, Professor, Staatssekretär a. D., MdB., Wiesbaden, Weinbergstraße 14.
10. Bühler, Dr. Ottmar, Professor, München 27, Kufsteiner Platz 2/III.
11. Bülck, Dr. Hartwig, Privatdozent, Nürnberg.

12. Carstens, Dr. Karl, Privatdozent an der Universität Köln, Gesandter, Ständiger Vertreter der Bundesrepublik beim Europarat, Straßburg, Boulevard d'Orangerie 18.
13. Draht, Dr. Martin, Professor, Bundesverfassungsrichter, Berlin-Zehlendorf, Hünigerstraße 20.
14. Dürig, Dr. Günter, Professor, Tübingen, Ulrichstraße 11.
15. Ebers, Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c. Godehard Jos., Professor, Innsbruck-Igls 47.
16. Erler, Dr. Georg, Professor, Göttingen. Schlegelweg 11.
17. Ermacora, Dr. Felix, Privatdozent, Ministerialkommissär, Wien XIV, Samhaberplatz 5.
18. Forsthoff, Dr. Ernst, Professor, Heidelberg-Schlierbach, Schlierbachsteige 13.
19. Friesenhahn, Dr. Ernst, Professor, Bundesverfassungsrichter, Bonn, Endenicher Allee 7.
20. Gerber, Dr. Hans, Professor, Oberverwaltungsgerichtsrat, Freiburg i. Br., Sonnhalde 93.
21. Giese, Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c., Friedrich, Professor, Falkenstein über Königstein i. T., Haus am Bornacker.
22. Glum, Dr. Friedrich, Professor, München, Südliche Auf-fahrtsallee 24.
23. Gönnenwein, Dr. jur., Dr. phil. Otto, Professor, MdL., Heidelberg, Bergstraße 50.
24. Görg, Dr. H., Professor, Marburg-L., Universität.
25. Grewe, Dr. Wilhelm, Professor, Freiburg i. Br., Beethovenstraße 9.
26. Hamel, Dr. Walter, Professor, Marburg a. d. Lahn, Rotenberg 1a.
27. Heckel, D. Dr. Johannes, Professor, München, St. Paulusplatz 9.
28. Held, Dr. Hermann, Professor, Malente, Lindenallee 35.
29. Helfritz, Dr. jur., Dr. phil. Hans, Professor, Geh. Regie-rungsrat, Erlangen, Hofmannstraße 62.
30. Herfahrdt, Dr. Heinrich, Professor, Marburg a. d. Lahn, Am Weinberg 8.
31. Hesse, Dr. Konrad, Privatdozent, Göttingen, Marienburger Weg 4.
32. Hettlage, Dr. Karl Maria, Professor, Ministerialdirektor, Bad Godesberg, Friedrich-Ebert-Str. 83.

33. Frhr. v. d. Heydte, Dr. August, Professor, Zellingen a. M., Thomas-Glock-Straße 26.
34. Heyer, Dr. Friedrich, Professor, Bonn, Humboldtstraße 35.
35. v. Hippel, Dr. Ernst, Professor, Godesberg-Mehlem, Mainzer Straße 119.
36. Hoegner, Dr. Wilhelm, Staatsrat, Ministerpräsident, Honorarprofessor, München, Miesbacher Platz 15.
37. Huber, Dr. E. R., Professor, Freiburg i. Br., In der Röte 2.
38. Hugelmann, Dr. Karl, Professor, Göttingen, Herzberger Landstraße 52.
39. Ipsen, Dr. Hans Peter, Professor, Oberlandesgerichtsrat, Mitglied des Hamburgischen Obergerichts, Hamburg 13, Hallerstraße 79.
40. Jacobi, Dr. Erwin, Professor, Leipzig S. 3, Meusdorfer Straße 5.
41. Jahrreiss, Dr. Hermann, Köln (Klettenberg), Nassestr. 30.
42. Jerusalem, Dr. Franz, Professor, Frankfurt a. M., Wolfgangstraße 137.
43. Kafka, Dr. Gustav E., Privatdozent, Graz, z. Zt. Bad Godesberg, Hochkreuzallee 246.
44. Kaiser, Joseph, Professor, Freiburg i. Br., Belfortstraße 11.
45. Kaufmann, Dr. jur., Dr. phil. h. c. Erich, Professor, Bonn, Auswärtiges Amt, Koblenzer Straße 101.
46. Klein, Dr. Friedrich, Professor, Münster i. W., Prozessionsweg 409.
47. Köttgen, Dr. Arnold, Professor, Göttingen, Schillerstr. 26.
48. Kordt, Dr. Erich, Privatdozent, Ministerialrat, Düsseldorf, Haus der Landesregierung.
49. Kraus, Dr. Herbert, Professor, Göttingen, Calsowstraße 13.
50. Krüger, Dr. Herbert, Professor, Hamburg - Gr. Flottbeck, Elbchaussee 184.
51. Küchenhoff, Dr. Günther, Professor, Würzburg, Universität.
52. Lafort, Dr. Wilhelm, Professor, Geh. Justizrat, Würzburg, Frauenlandstraße 12.
53. Laun, Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c. Rudolf, Professor, Präsident des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen, Ahrensburg bei Hamburg, Voßberg 10.

54. Leibholz, Dr. Gerhard, Professor, Bundesverfassungsrichter, Göttingen, Dahlmannstraße 6.
55. Liermann, Dr. Hans, Professor, Erlangen, Loewenichstraße 21.
56. Maunz, Dr. Theodor, Professor, Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, München-Gräfelfing, Hartnagelstraße 3.
57. Meder, Dr. Walter, Professor, Berlin-Dahlem, Ehrenbergstraße 35.
58. Meinzolt, Dr. Hans, Staatsrat, München, Karl-Freytag-Straße 29.
59. Menger, Dr. Christian-Friedrich, Professor, Speyer a. Rh., Schwerdstraße 59.
60. Menzel, Dr. Eberhard, Professor, Kiel, Bülowstraße 16.
61. Merk, Dr. Wilhelm, Professor, Tübingen, Wildermuthstr. 6.
62. Merkl, Dr. Adolf Julius, Professor, Wien XIX, Pfarrplatz 1.
63. Meyer, Dr. Ernst Wilhelm, Professor, Botschafter der Bundesrepublik Deutschland, New Delhi/Indien, Sundar Nagar Mathura Road 86.
64. Mirbt, Dr. Hermann, Professor, Senatsdirektor, Berlin-Schlachtensee, Spanische Allee 51.
65. Mosler, Dr. Hermann, Professor, Heidelberg, Mühlalstraße 117.
66. Münch, Dr. Fritz, Professor, Berlin-Dahlem, Boltzmannstraße 1.
67. Naumann, Dr. Richard, Professor, Präsident des Obergerverwaltungsgerichts Lüneburg, Hamburg 39, Leinpfad 29.
68. Nawiascky, Dr. Hans, Professor (a. d. Universität München), St. Gallen/Schweiz, Hebelstraße 12.
69. Partsch, Dr. Karl Joseph, Privatdozent an der Universität Bonn, Konsul, Neapel, via Tasso 628.
70. Peters, Dr. Hans, Professor, Köln-Sülz, Zülpicher Str. 83.
71. Pfeifer, Dr. Helfried, Professor, Wien XIII, Lainzer Straße 57.
72. Ridder, Dr. Helmut, Professor, Kelkheim (Taunus), Gundelhardtstr. 58 b.
73. Rühland, Dr. Curt, Professor, Braunschweig, Walter-Flex-Straße 16.

74. Rumpff, Dr. H., Privatdozent, Legationsrat, Bonn, Peter-Rusler-Straße 2.
75. Schack, Dr. Friedrich, Professor, Hamburg 13, Nonnenstieg 9/II.
76. Schätzkel, Dr. Walter, Professor, Bonn, Fürstenstraße 1.
77. Scheuner, Dr. Ulrich, Prof., Bad Godesberg, Beethovenstraße 77.
78. Schlochau, Dr. Hans Jürgen, Professor, Köln-Braunsfeld, Friedrich-Schmidt-Straße 60a.
79. Schmid, Dr. Karl, Professor, Staatsrat, Vizepräsident des Deutschen Bundestages, Frankfurt a. M., Johann-Klotz-Straße 15.
80. Schneider, Dr. Hans, Professor, Heidelberg, Ludolf-Krehl-Straße 44.
81. Schneider, Dr. Peter, Professor, Mainz, Stephansplatz 2.
82. Schoenborn, Dr. Walther, Professor, Kiel, Düppelstr. 73.
83. Schranil, Dr. Rudolf, Professor, Saarbrücken, Sulzbacher Straße 27.
84. Schüle, Dr. Adolf, Professor, Tübingen, bei der Sonnenstraße.
85. Schwinge, Dr. Erich, Professor, Marburg a. d. L., Gutenbergstraße 18.
86. Scupin, Dr. Hans Ulrich, Professor, Roxel/Westfalen.
87. Smend, Dr. Rudolf, Professor, Göttingen, Am Goldgraben 13.
88. Spanner, Dr. Hans, Professor, Graz/Österreich, Mandellstraße 22.
89. Stanka, Dr. jur., Dr. phil. Rudolf, Professor, Wien IV, Goldegg 32.
90. Stödter, Dr. Rudolf, Professor, Hamburg 21, Adolphstraße 29.
91. Thieme, Dr. Werner, Privatdozent, Hamburg-Wandsbek, Zieseniß Str. 7.
92. Thoma, Dr. Richard, Professor, Geh. Hofrat, Bonn, Zitelmannstraße 24.
93. Ule, Dr. Carl Hermann, Professor, nebenamtlicher Richter am Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Heidelberg, Oberer Gaisbergweg 9.
94. Voigt, Dr. Alfred, Professor, Erlangen, Universitätsstr. 15.

95. W a c k e , Dr. Gerhard, Professor, Hamburg.
96. W a r n c k e , Dr. Friedrich, Privatdozent, Rechtsanwalt, Köln-Nippes, Mauenheimer Straße 45.
97. W e b e r , Dr. Werner, Professor, Göttingen, Wackenroder Weg 1.
98. W e h r h a h n , Dr. Herbert, Privatdozent, Tübingen, Neckarhalde 30.
99. W e n g l e r , Dr. jur., Dr. rer. pol. Wilhelm, Professor, Berlin-Zehlendorf, Werder Straße 15.
100. W e n z e l , Dr. Max, Professor, Erlangen, Löhestraße 21.
101. W o l f f , Dr. Hans Julius, Professor, nebenamtlicher Richter am Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Münster i. W., Görresstraße 26.
102. W o l g a s t , Dr. Ernst, Professor, Utting am Ammersee.

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951
und 14. Oktober 1954)

§ 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

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer an einer deutschen Universität oder sonstigen Hochschule als Lehrer des Staats- und Verwaltungsrechts tätig ist oder gewesen ist und sich der wissenschaftlichen Forschung auf dem Gesamtgebiete dieser Wissenschaften gewidmet hat.

Die zur Heidelberger Tagung eingeladenen Staatsrechtslehrer werden ohne weiteres als Mitglieder geführt, es sei denn, daß sie ihre Streichung verlangen. Über die Aufnahme neuer Mitglieder beschließt die Mitgliederversammlung. Eines Beschlusses bedarf es nicht, wenn der Vorstand in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, einem Staatsrechtslehrer die Mitgliedschaft anzutragen, verständigt und nicht mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Aufnahme des Vorgesprochenen Einspruch erheben oder mündliche Erörterung beantragen. Von jeder außerhalb einer Mitgliederversammlung erfolgten Neuaufnahme sind die Mitglieder zu unterrichten.

Gegenwärtige oder frühere deutschsprachige Staatsrechtslehrer an ausländischen Universitäten oder Hochschulen können auf ihren Antrag als Mitglieder aufgenommen werden.

§ 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, seinem Stellvertreter und einem Schriftführer, der auch die Kasse führt. 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 Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Der Vorstand kann den Betrag aus Billigkeitsgründen erlassen.

