

Die Internet-Publikation der Dissertation

„Die Bedürfnisprüfung nach Art. 72 Abs. II des Grundgesetzes“
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Verfassers.

Die Bedürfnisprüfung
nach Art. 72 Abs. II des
Grundgesetzes

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt
von
Referendar Eike Benter
aus Hannover
1953



12289

1. Berichterstatter: Prof. Dr. W o l f f
2. Berichterstatter: Prof. Dr. S c u p i n
Dekan: Prof. Dr. W e s t e r m a n n

Inhaltsverzeichnis.

I. Kapitel:	Die Auswirkung unitarischer und föderativer Bestrebungen auf die Zuständigkeitsverteilung innerhalb der bundesstaatlichen Ordnung	1
§ 1	Der Bundesstaat	1
§ 2	Unitarismus und Föderalismus	2
II. Kapitel:	Die Entstehungsgeschichte des Art. 72 II GG	3
§ 3	Die Kritik der Mil. Gov. an Entwurf	3
§ 4	Die Einfügung der drei Ziffern	5
§ 5	Die endgültige Fassung	5
III. Kapitel:	Das konkurrierende Gesetzgebungsrecht von Bund und Ländern	6
§ 6	Die Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung	6
§ 7	Die Zuständigkeit der Länder	7
§ 8	Die Zuständigkeit des Reiches nach WRV	8
§ 9	Die Zuständigkeit des Bundes nach dem Grundgesetz	9
IV. Kapitel:	Erkennen und Rechtsgebundenheit	10
§ 10	Die Grenzen des Ermessens	10
§ 11	Die Rechtsgebundenheit	11
§ 12	Die Unüberprüfbarkeit der subjektiven Werturteile	12
§ 13	Die Problemstellung	14
V. Kapitel:	Das Schrifttum zum Problem der Bedürfnisprüfung nach Art. 72 II GG	15
§ 14	Die Auslegung des Art. 125 GG	15
§ 15	Das Erfordernis der Bedürfnisprüfung	17
§ 16	Der Vorbehalt der Mil. Gov. zu Ziffer 3	19

§ 17	Die Argumente für die Rechtsgebundenheit der Bedürfnisprüfung	22
§ 18	Kritische Würdigung der angeführten Argumente	23
§ 19	Die beachtenswerten Hinweise	26
VI. Kapitel:	Der Bedürfnisbegriff als unbestimmter Gesetzesbegriff	28
§ 20	Die Unbestimmtheit des Bedürfnisbegriffes	28
§ 21	Der Gebrauch von unbestimmten Gesetzesbegriffen	33
	a) Das Streben nach Rechtssicherheit	33
	b) Das Ideal der Gerechtigkeit	36
§ 22	Unbestimmte Rechts- und Ermessensbegriffe	38
§ 23	Die Ursache der Unterscheidung	41
VII. Kapitel:	Der verwaltungsrechtliche Bedürfnisbegriff als unbestimmter Rechtsbegriff	44
§ 24	Der Begriff des Bedürfnisses	44
§ 25	Die Kriterien zur Begriffsbestimmung	50
§ 26	Reflexrechte und Rechtsstellungen	52
§ 27	Die staatsbürgerlichen Rechte	57
VIII. Kapitel:	Der verfassungsrechtliche Bedürfnisbegriff des Art. 72 II GG	62
§ 28	Träger und Gegenstand des Bedürfnisses	62
§ 29	Der status activus der Länder	65
§ 30	Die Bedeutung der drei Ziffern des Art. 72 II GG	68
§ 31	Die Grenzen des Ermessens	73
§ 32	Rechtfertigung der Bedürfnisprüfung als Ermessensentscheidung	74
IX. Kapitel:	Die gerichtliche Kontrolle	75
§ 33	Die Theorien über den Begriff des Politischen	75
§ 34	Die politische Entscheidung als Ermessensentscheidung	81
§ 35	Die Ermessensfehler	81
§ 36	Die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichtes	90
X. Kapitel:	Die rechtspolitische Würdigung der Normierung der Bedürfnisprüfung in Art. 72 II GG	

Abkürzung

AÖR	Archiv für öffentliches Recht
AV oder AVO	Ausführungsverordnung
BetrBer	Der Betriebsberater
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	Durchführungsverordnung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
GVBL	Gesetz- und Verordnungsblatt
Hdb dt StR	Handbuch des deutschen Staatsrechts herausgegeben von G. Anschütz und R. Thoma, das öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 28 Bd. I Tübingen 1930, Bd. II Tübingen 1932
JahrböfFR	Jahrbuch für das öffentliche Recht, Neue Folge, Bd. 1 (1951)
JZ	Juristenzeitung
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
PrVerwBl	Preußisches Verwaltungsblatt
OVG	Oberverwaltungsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RV 1871	Reichsverfassung vom 16. 4. 1871
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungs-Archiv
VStaatsRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. 8. 1919
ZStaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissen- schaft

Schrifttumsverzeichnis

- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 3. Bearbeitung, 13. Aufl. Berlin 1930
- Apelt, Willibald Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz, NJW 1949 S. 481 ff
- Zum Begriff Föderalismus, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart 1950
- Bühler, Othmar Die subjektiven öffentlichen Rechte, Berlin 1914
- Bachof, Otto Die verwaltungrechtliche Ermessenskontrolle, SJZ 1948 Sp. 742 - 750
- van Calker, Wilhelm Der Begriff des politischen Vereins im Sinne des Reichsvereinsgesetzes vom 19. 4. 08, Zeitschrift für Politik 3. Bd. 1910, S. 284 ff
- Delius, Hans Das öffentliche Vereins- und Versammlungsrecht, 5. Aufl. Berlin 1912
- Dornedde, C. Die Rechtspflege im Grundgesetz, Zentral-Justizblatt für die brit. Zone III (1949) S. 46 ff
- Der Bund und die Länder, Besprechung des Weinheimer Tagungsberichtes, DVBl 1949, 315 ff
- Draht, Martin Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VStaatsRL, Heft 9
- Fachinger, Josef Überschreitung und Fehlgebrauch des Verwaltungsermessens, NJW 1949, S. 244f
- Fleiner, Fritz Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 8. Aufl., Tübingen 1928
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, I. Bd. Allg. Teil, 2. Aufl., Berlin 1951
- Friesenhahn, Ernst Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechtes, Recht, Staat und Wirtschaft Bd. 2, 1950

- Friesenhahn, Ernst Die Staatsgerichtsbarkeit, Hab dt StR Bd. II, S. 523 - 45
- Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, Festschrift für Thoma, Tübingen 1950
- Fröhler, Ludwig Wie verhält sich Art. 125 zu Art. 72 II GG? DVBl 1950, S. 490f
- Giese, Friedrich Die Verfassung des Deutschen Reiches, 6. Aufl. 1925
- Grundgesetz, 2. Aufl. Frankfurt 1951
- Grewé, Wilhelm Zum Begriff der politischen Partei, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S. 65 - 82
- Das bundesstaatliche System, DRZ 1949, S. 312 ff, 349 ff
- Hatschek, Julius Deutsches und preußisches Staatsrecht, Bd. I, Berlin 1922
- Heimerich, Hermann Deutsche Wirtschaftseinheit und konkurrierende Gesetzgebung, BetrBer Nr. 15 1949, S. 297 f
- Helfritz, Hans Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl. o.O. 1949
- Grundriß des Verwaltungsrechts, Hannover 1949
- Heller, Hermann Staatslehre, Leiden 1934
- Herrfahrdt, H. Im Bonner Kommentar, Hamburg 1950
- von Herrmann, Rudolf Grundlehren des Verwaltungsrechtes, Tübingen 1921
- Hoepfner, W. Zur Auslegung, von Art. 72, 125 GG, MDR 1949, S. 654 ff
- Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten in Frankfurt a.M.: Bundesrecht und Bundesgesetzgebung, Bericht über die Weinheimer Tagung am 22. und 23. 10. 1949
- Ipsen, Hans-Peter Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, DVBl. 1949, 486 ff

- Ipsen, Hans-Peter
 Politik und Justiz, Hamburg 1937
- Jellinek, Georg
 Allgem. Staatslehre, 2. Aufl. Berlin
 1905
- System der subjektiven öffentlichen
 Rechte, 2. Aufl. Freiburg 1905
- Jellinek, Walter
 Der Schutz der öffentlichen Rechte,
 VStaatsRL, Heft 2
- Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweck-
 mäßigkeitserwägungen, Leipzig 1913
- Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Offenburg
 1931/48
- Jool,
 Die Rechtsprechung des Staatsgerichts-
 hofes, AöR 77 (1951) 129 ff
- Kaufmann, Erich
 Die Grenzen der Verfassungsgerichts-
 barkeit, VStaatsRL, Heft 9
- Kelsen, Hans
 Wesen und Entwicklung der Staats-
 gerichtsbareit, VStaatsRL, Heft 5
- von Kempski, Jürgen
 Wie ist Theorie der Politik möglich?
 ZStaatsW 106. Bd. (1950) S. 447 - 460
- Kern, Ernst
 Zur Auslegung von Art. 72 und 125 GG,
 MDR 1950, 68 ff
- Klein, Friedrich
 Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat,
 ZStaatsW 106. Bd. (1950) S. 390 ff
- Tragweite der Generalklausel in Art.
 19 Abs. IV des Bonner Grundgesetzes,
 VStaatsRL, Heft 8
- Kratzer, Jakob
 Zu Art. 72 II und 125 des Grundgesetzes
 DVBl 1950, S. 396 ff
- Grundgesetz und Wirtschaftsrecht,
 DVBl 1950, S. 38
- Laband, Paul
 Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,
 5. Aufl. Tübingen 1911
- von Laun, Rudolf
 Das freie Ermessen und seine Grenzen,
 Leipzig 1910

- Lammers, Hans H-einrich Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich, Bd. IV, Berlin 1932
- Simons, Walter
- Lechner Die Stellung der Länder im Bund, Bayr. Bürgermeister, 1949, S. 169ff
- von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 3. Lieferung, Frankfurt o. J.
- Mannheim, Karl Ideologie und Utopie, Bonn 1929
- Matz, Werner Zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, AöR 75. Bd. (1949), S. 350 ff
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. München 1924
- Menzel, Walter Die verfassungspolitischen Entscheidungen im Grundgesetz, DVBl 1949, 312 ff
- Nawiasky, Hans Die Grundgedanken des Grundgesetzes, Stuttgart 1950
- Grundprobleme der Reichsverfassung, 1. Teil, das Reich als Bundesstaat, Berlin 1928
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. Stuttgart 1949
- Olshausen, Alfred Begriff und Nachweis des Bedürfnisses im Sinne des § 33 der Gewerbeordnung, PrVerwBl 45. Jahrg. (1923/24) S. 466 f
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
- Poetzsch-Hefter Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. Berlin 1928
- Sauer, Wilhelm System der Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. Basel 1949
- Schäffle, Albert Über den wissenschaftlichen Begriff der Politik, ZStaatsW Bd. 53 (1897), S. 589 ff
- Schäfer Problematik des Artikels 125 GG, DRZ 1950, S. 26 ff

- Scheuner, Ulrich Staat und Staatengemeinschaft, Blätter für deutsche Philosophie, 5. Bd. (1931/32), S. 260 ff
- Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens der Gerichte, VerwArch Bd. 33, S. 68 ff
- Schmitt, Carl Der Begriff des Politischen, Archiv für Soz. Wiss. und Soz. Pol. Bd. 58, Heft 1 (1927), S. 1 - 33
- Schneider, Hans Gerichtsfreie Hoheitsakte, Recht und Staat, Bd. 160/1, Tübingen 1951
- Schumpeter, Joseph A. Kapital, Sozialismus und Demokratie, Bern, 1944
- Seydel, Max Bayrisches Staatsrecht, 2. Aufl. 1896 Leipzig
- Smend, Rudolf Die politische Gewalt im Verfassungsstaat, Festgabe für Kahl unter III, Tübingen 1923
- Strauß, W. Die Rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz, SJZ 1949, 523 ff
- Tezner, Friedrich Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, VerwArch Bd. 9. S. 515 ff
- Thoma, Richard Besprechung von Launs freiem Ermessen, VerwArch Bd. 20, S. 444 - 53
- Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, Hdb dt StR Bd. II, 607 ff
- Triepel, Heinrich Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung, Festgabe für Laband, II. Bd. S. 249 - 335, Tübingen 1908
- Die Reichsaufsicht, Berlin 1927

Triepel, Heinrich

Streitigkeiten zwischen Reich und
Ländern, Festgabe für Kahl unter II,
Tübingen 1923

-

Staatsrecht und Politik, Rektorats-
rede an der Berliner Universität vom
15. 10. 1926, Berlin 1927

-

Unitarismus und Föderalismus im
Deutschen Reich, Tübingen 1907

-

Wesen und Entwicklung der Staatsge-
richtsbarkeit, VStaatsRL Heft 5

Weber, Max

Wirtschaft und Gesellschaft, I, III.
Abteilung des Grundrisses der Sozial-
ökonomie, 3. Aufl. Tübingen 1947

Wolff, Hans Julius

Der Abwendungsanspruch aus öffent-
lichen Reflexrechten, Festschrift zum
25jährigen Bestehen der westf. Verwal-
tungsakademie, Münster 1950

Zinn, Georg August

Der Bund und die Länder, AöR Bd. 75,
S. 291 ff

-

Erhaltung und Fortbildung der deutschen
Rechtseinheit, NJW 1949, 684 ff



I. Kapitel:

Die Auswirkung unitarischer und föderativer Bestrebungen auf die Zuständigkeitsverteilung innerhalb der bundesstaatlichen Ordnung.

§ 1 Das Bonner Grundgesetz (GG) bezeichnet im Artikel 20 Abs. I die Bundesrepublik Deutschland als einen demokratischen und sozialen Bundesstaat. In dieser Kennzeichnung und in dem Namen Bundesrepublik finden wir die begriffliche Bestimmung einer Staatsform, die das Verhältnis zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten in dem neugeschaffenen Gemeinwesen staatsrechtlich regelt. Sowohl die Verfassung von 1871¹⁾ als auch die Weimarer Verfassung²⁾ haben darauf verzichtet, eine derartige Begriffsbestimmung zu geben. Mit jener Bezeichnung der staatsrechtlichen Konstruktion hat das Grundgesetz jedoch inhaltlich keine neue Lösung des Problems gebracht. Auch das Bismarck-Reich und das Reich der Weimarer Verfassung waren nach herrschender Auffassung Bundesstaaten.

Der Grundgesetzgeber hat sich die staatsrechtlichen Konstruktionen von 1871 und 1919 für sein Verfassungswerk zum Vorbild genommen, um den Beschlüssen der Londoner Sechsmächtekonferenz von Anfang Juni 1948 gerecht zu werden. Diese Beschlüsse wurden den Ministerpräsidenten der westdeutschen Länder am 1. Juli 1948 in dem sogenannten Frankfurter Dokument Nr. I übergeben. Darin wird in Abs. 2 der Verfassungsgebenden Versammlung aufgegeben, eine demokratische Verfassung auszuarbeiten, die für die beteiligten³⁾ Länder eine

1) In der Verfassung vom 16. 4. 1871 wird nur gesagt, daß Fürsten und Senate der freien Städte "einen ewigen Bund schließen". Nur der Entstehungsgrund der Verfassung, nicht die staatsrechtliche Konstruktion ist gekennzeichnet.

2) Der Vorspruch der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919 stellt fest, daß das deutsche Volk "einig in seinen Stämmen" sei; es wird nicht gesagt, daß selbständige Staaten tätig sind, nicht von einem in Staaten aufgliederten Volk gesprochen.

3) Unter "beteiligten Länder" ist wohl "betroffenen Länder" zu verstehen, da die Länder weder an der Verfassung beteiligt werden sollten, noch auch tatsächlich unmittelbar mitgewirkt haben. Daran ändert auch die Feststellung nichts, daß der Parl. Rat von den Landtagen der einzelnen Länder gebildet wurde.

Regierungsform des föderalistischen Typs schafft, die am besten geeignet ist, die gegenwärtige zerrissenen deutsche Einheit schließlich wiederherzustellen, die Rechte der beteiligten Länder schützt und eine angemessene Zentralinstanz schafft. Es soll hier nicht untersucht werden, ob der Bundesstaat die einzig mögliche Lösung gewesen wäre, diese Anweisungen zu befolgen. Es soll auch unbeachtet bleiben, ob die sechs Mächte unter einer Regierungsform des föderalistischen Typs ausschließlich einen Bundesstaat verstanden. Wesentlich ist für uns nur die Feststellung, daß sich die Mitglieder des Parlamentarischen Rates von Anfang an darüber einig waren, daß nur ein Bundesstaat als Staatsform für Westdeutschland in Betracht kam.

Die Ausführungen der Vertreter der verschiedenen politischen Richtungen in den Sitzungen des Parlamentarischen Rates vom 8. und 9. September 1949 lassen jedoch erkennen, daß die Auffassungen erheblich in der Frage von einander abwichen, was unter einem Bundesstaat zu verstehen ist. Ohne auf die einzelnen Streitpunkte einzugehen, soll hier nur die von der deutschen Staatslehre entwickelte Definition des Begriffes zu Grunde gelegt werden.¹⁾ Danach sind in einem Bundesstaat mehrere Staaten unter Fortbestand ihrer Staatseigenschaften in der Weise vereinigt, daß die Bundesstaatsgewalt nebst den staatlichen Aufgaben zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten aufgeteilt worden ist und die gemeinsamen und die einzelstaatlichen Interessen gegeneinander ausgewogen werden. Dabei ist wesentlich, daß die Staatsangehörigen der Gliedstaaten ein Gesamtvolk bilden, d. h. durch ein eigenes Rechtsverhältnis mit dem Gesamtstaat verbunden sind, dessen Gesetze sie unmittelbar berechtigen und verpflichten. Außerdem müssen die Gliedstaaten durch ein aus ihren Vertretern bestehendes Bundesorgan an der Gesamtwillensbildung Anteil haben.

§ 2 Ein solcher "Bundesstaat" kann in recht verschiedenen Ausführungen gestaltet werden. Die staatsrechtliche Konstruktion des Bundesstaates gibt nur den Rahmen, der nach den jeweiligen völkischen, politischen und historischen Gegebenheiten im einzelnen auszufüllen ist. Dabei bietet die Herstellung eines Gleichgewichtes zwischen dem Gesamtstaat-

1) G. JELLINEK: Staatslehre, 749 - 767; LABAND: Staatsrecht, 55 ff; NAVIASKY: Grundprobleme, 7 ff; THOMA: Hdb dt Str I, 169 ff; APELT: Föderalismus.

lichen und den einzelstaatlichen Interessen besondere Schwierigkeiten. Denn zwischen diesen Interessen besteht ein ständiges Spannungsverhältnis. Der Bundesstaat ist eine Zwischenlösung, ein Kompromiß zwischen Staatenbund und Einheitsstaat. Die bundesstaatliche Verfassung kann in der Ausgestaltung der Organisation der Staatsgewalt wie in der Zuständigkeitsverteilung der Staatsaufgaben Regelungen treffen, die entweder den Staatenbünden oder den Einheitsstaaten eigentümlich sind. Je nachdem spricht man von föderativen oder unitarischen Elementen der Verfassungsordnung. Die Bestrebungen, einen Bundesstaat stärker in der einen oder anderen Richtung auszugestalten, nennt man demgemäß Föderalismus bzw. Unitarismus.

Der Kampf zwischen diesen beiden politischen Bestrebungen kann sich bereits auf den Aufbau der bundesstaatlichen Organe beziehen. Sein Schwergewicht aber liegt in der Regel auf der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den bundesstaatlichen und den einzelstaatlichen Organen.

Das Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung, auf dem der Bundesverfassungsgeber den Ausgang des Interessenstreites zwischen Unitarismus und Föderalismus in erheblichem Maße der Zukunft überlassen hat, erhält unter diesem Gesichtspunkte seine besondere Bedeutung. Schon die Bezeichnung dieses Gebietes deutet darauf hin, daß hier die Zuständigkeiten nicht nach der jeweiligen Materie streng von einander abgegrenzt, sondern einem Konkurrenzkampf ausgesetzt worden sind. Die einander widerstreitenden Auffassungen sind zwar schon bei der Abfassung der entsprechenden Artikel des Grundgesetzes zu einem Kompromiß gebracht worden; die wesentliche Frage, wer denn nun von der Zuständigkeit Gebrauch macht, ist aber offen geblieben. Noch lange nach Erlaß des Grundgesetzes ist um die Bedeutung und Auslegung der grundgesetzlichen Zuständigkeitsregelung für dieses Gebiet gestritten worden, und der Streit ist heute noch nicht beendet.

II. Kapitel:

Die Entstehungsgeschichte des Art. 72 II GG.

§ 3 Die Entstehungsgeschichte des Art. 72 II GG führt uns die Auseinandersetzung zwischen Föderalismus und Unitarismus auf dem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung deutlich vor Augen.

Im Entwurf des Herrenchiemseer Konvents wurden im Art. 36 die Gebiete aufgezählt, auf denen Bund und Länder das konkurrierende Gesetzgebungsrecht haben sollten. Allerdings wurde der Ausdruck "konkurrierende Gesetzgebung" im Ch.-E. nicht verwandt, sondern von der "Vorranggesetzgebung" des Bundes gesprochen. Im Art. 34 brachte der Entwurf eine Definition dieser Vorranggesetzgebung, wobei die Regelung der WRV und die Erfahrungen, die man auf dem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung seitdem gewonnen hatte, berücksichtigt wurden. Danach sollten die Länder auf diesem Gebiet das Recht zur Gesetzgebung behalten, solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht. Daran war die Sollvorschrift geknüpft, nur das bundesgesetzlich zu regeln, was einheitlich geregelt werden muß. Der Konvent betonte, es gehöre nicht zum Wesen der Vorranggesetzgebung, daß den Ländern in jedem Falle Raum für ihre Gesetzgebung übrig bleiben müsse; in diesem Bereich bestehe keine "substantielle Gewährleistung zu Gunsten des Landes".¹⁾ Bis nach der dritten Lesung des Hauptausschusses²⁾ ist an dieser Regelung keine wesentliche Änderung vorgenommen worden.

Auf Grund des Memorandums der Militärgouverneure von 2.3.1949 mußte diese Regelung auf dem Gebiete der Vorranggesetzgebung des Bundes geändert werden. In Punkt 3 des Memorandums heißt es, ^{daß} die Zuständigkeiten der Bundesregierung "nicht genügend klar definiert" seien, "um die Stellung der Länder in einem föderativen System angemessen zu wahren". Die Militärgouverneure schlugen vor, daß die Länder auf den Gebieten des Katalogs der Vorranggesetzgebung das Recht zur Gesetzgebung behalten sollten, "außer wenn es offenbar für ein einzelnes Land unmöglich ist, wirksame Gesetze zu erlassen, oder wenn solche Gesetze, falls erlassen, den Rechten oder Interessen anderer Länder schädlich" wären. In diesen Fällen sollte der Bund unter der Voraussetzung, "daß die Interessen der ein-

1) Darstellender Teil des Ch.-E. 29

2) Im Zuständigkeitsausschuß gar keine Änderung. - 2. Sitzung vom 22.9.48 Kurzprotokoll S. 1 u. 2, Steno.-Protokoll S. 31; 12. Sitzung v. 14.10.48 Kurzprot. S. 4 und Anl. 1, Steno.-Prot. S. 34. - Im Hauptausschuß in 1. Lesung eine redaktionelle Änderung. - 6. Sitzung v. 19.11.48 Kurzprot. S. 1 u. 2, H.A.-Steno. S. 77; ebenso in der 3. Lesung (48/49) Sitzung des H.A. v. 9.2.49) Kurzprot. S. 11 u. 19, Steno S. 627 u. 649 u. Allg. Redaktionsausschuß, Drucksache v. 25.1.49 Nr. 543.

zelnen Länder offenbar unmittelbar und im ganzen berührt sind", das Recht haben, "die notwendigen und angemessenen Gesetze" für diese Gebiete zu erlassen. Wegen des Memorandums wurden in den Monaten März/April 1949 geheime Besprechungen im interfraktionellen Siebener-Ausschuß abgehalten.¹⁾ Die dabei erarbeiteten Gegenvorschläge zum Memorandum wurden am 18. März 1949 an die alliierten Verbindungsstäbe geleitet,²⁾ von diesen aber nicht an die Mil.Gouv. weitergegeben, da sie den Forderungen des Memorandums nicht Rechnung trügen.

§ 4 Es kam dadurch zu einer schweren Krise unter den Fraktionen, da man die Forderungen der Besatzungsmächte allgemein als zu weitgehend ansah. Namentlich die SPD-Abgeordneten lehnten weitere Zugeständnisse ab.³⁾ Am 6. 4. 1949 wurde dann der Antrag des Abgeordneten Hoch (SPD) im Allgemeinen Redaktionsausschuß⁴⁾ angenommen. Dieser Antrag brachte für den nunmehrigen Art. 72 im Abs. I die Bezeichnung "konkurrierende Gesetzgebung" und im Abs. 2 die Aufzählung der drei Ziffern, wie sie Art. 72 des Grundgesetzes noch heute enthält.⁵⁾ Der Inhalt dieser Ziffern entsprach den Forderungen der Mil.Gouv. insoweit, als die Soll-Vorschrift des Ch.-E. aufgehoben und dafür die Zuständigkeit des Bundes an feste Bedingungen geknüpft wurde. Damit war auch der Weg für eine Einigung mit den Mil.Gouv. geebnet worden. In ihrer Mitteilung vom 22. 4. 1949 erklärten diese, jede Formulierung wohlwollend berücksichtigen zu wollen, die ihren Forderungen entspreche. Am 25. 4. 1949 wurde dann auf den sogen. Frankfurter Besprechungen eine Einigung zwischen den Mil.Gouv. und der Abordnung des Parlamentarischen Rates erzielt.

§ 5 In der 57. Sitzung des Hauptausschusses am 5. 5. 1949 wurde die endgültige Fassung des Art. 72 auf Antrag des Abgeordneten Zinn (SPD) angenommen.⁶⁾ Gegenüber dem Antrag Hoch enthielt

1) MATZ: Entstehungsgeschichte, 352

2) HEHRFAHRDT: Bonner Kommentar zu Art. 72, I. Entstehungsgeschichte.

3) vgl. Anm. 1

4) Drucksache Nr. 690

5) 55. Sitzung des Hauptausschusses v. 6.4.49, Kurzprot. S. 1 u. 2, Anl. 5, Steno. S. 731 ff.

6) 57. Sitzung des Hauptausschusses v. 5.5.49, Kurzprot. S. 36 f., Steno. S. 754

sie zwei Änderungen. Die Ziffer 3 wurde erweitert um den Satzteil: "insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus..." Am Anfang des Absatzes II wurde der Satzteil eingeschaltet: "soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht, weil..." Diese Fassung erfuhr in den Lesungen des Plenums keine Änderungen mehr.

Die Militär-Gouverneure teilten in ihrem Genehmigungsschreiben zum Grundgesetz¹⁾ dem Parlamentarischen Rat mit, daß sie die Ziffer 3 des Art. 72 II im Sinne einer englischen Fassung auslegen würden. Diese englische Fassung wurde dem Parlamentarischen Rat am 25. 5. 49 unterbreitet. In dieser wird die Ziffer 3 noch weiter eingeschränkt. Die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit sollte nur dann das Bedürfnis für eine bundesgesetzliche Regelung rechtfertigen, wenn die Förderung der wirtschaftlichen Interessen des Bundes oder die Sicherstellung einer vernünftigen Gleichberechtigung für alle Personen auf wirtschaftlichem Gebiet sie verlangen.

III. Kapitel:

Das konkurrierende Gesetzgebungsrecht von Bund und Ländern.

§ 6 Die Regelung, die die konkurrierende Gesetzgebung auf diese Weise im Grundgesetz erfahren hat, baut im großen und ganzen auf den entsprechenden Vorschriften der Verfassungen von 1871 und 1919 für dieses Gebiet auf. Die Art. 74 und 75 GG entsprechen sowohl in ihrer gesetzgeberischen Technik als auch in ihrer staatsrechtlichen Bedeutung dem Art. 4 RV 1871 und Art. 7 - 11 WRV. Wie diese zählen auch Art. 74 und 75 GG die Gebiete namentlich auf, die der Bundgesetzgebung im konkurrierenden Zuständigkeitsverhältnis zur Ländergesetzgebung überwiesen worden sind. Diese Kataloge grenzen die konkurrierende Gesetzgebung klar gegen die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis des Bundes ab. Allerdings war das Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung schon im Art. 7 WRV gegenüber Art. 4 RV 1871 um einige Materien erweitert worden. Auch Art. 74 bringt eine Bereicherung des Katalogs. Wenn auch

1) Genehmigungsschreiben der Mil. Gouverneure vom 12.5.1949

einige Zuständigkeiten gestrichen und in den Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes eingegliedert worden sind, hat das Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung hinsichtlich der erfaßten Materien gegenüber der WRV nur wenige Änderungen erfahren.¹⁾

Weitere Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung sind im Art. 105 II GG aufgezählt. Ob die Kataloge damit eine vollständige Aufzählung sämtlicher Materien bringen, die zur konkurrierenden Gesetzgebung gehören, ist sehr zweifelhaft.²⁾ Die Frage kann hier nicht näher behandelt werden. Es sei auf die Referate von Grewe und Ringelmann auf der Weinheimer Tagung verwiesen. In den Ergebnissen der Tagung wurde zu dieser Frage dahingehend Stellung genommen, daß über die ausdrücklich angeführten Materien hinaus eine Zuständigkeit des Bundes aus der Natur der Sache und auf Grund des sachlichen Zusammenhanges gegeben sein kann.³⁾

§ 7 Die WRV brachte im Art. 12 eine Legaldefinition der konkurrierenden Gesetzgebung, während die Reichsverfassung von 1871 darauf verzichtet hatte. Die begriffliche Erklärung des Art. 12 WRV findet sich heute im Art. 71 I GG. Insoweit ist überhaupt keine Änderung eingetreten, da diese Sätze wörtlich übernommen worden sind. Die Länder behalten nach dieser Vorschrift auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung zunächst ihr Gesetzgebungsrecht. Dieses umfaßt die Befugnis, sowohl neue Gesetze zu erlassen als auch bestehende abzuändern oder aufzuheben. Daß die Länder dieses Recht als ein ursprüngliches besitzen und nicht vom Bund erhalten, wird im Bonner Grundgesetz besonders betont. Für Art. 12 WRV wurde auf die Fassung "behalten" verwiesen, die im Gegensatz zu "erhalten" stehe. Das ursprüngliche Recht der Länder zur Gesetzgebung ist im Art. 70 GG ausdrücklich festgelegt.

Die Länder verlieren ihr Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch macht. Diese Regelung entspricht dem Art. 31 GG, nach dem Bundesrecht Landesrecht bricht. Der Bund nimmt somit den Ländern gegen-

1) vgl. die Bilanz bei GREWE: Weinheimer Tagungsbericht, 33 f.
2) vgl. Art. 24 I; 29 I, VI, VII; 38 III; 41 III; 48 III; 54 VII; 59 II; 93 II; 94 II; 95 IV; 96 II; 110 II; 114 II; 115 IV; außerdem Art. 4 III; 21 III; 26 II; 106 III, IV; 108 V; 117 II; 131; 135 VI.
3) Weinheimer Tagungsbericht, 192; GREWE, 31 u. 39 ff; RINGELMANN, 24 ff

über auf dem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung eine Vorrangstellung ein, die die Bezeichnung dieses Gebietes als Vorranggesetzgebung, wie sie im Ch.-E. vorgesehen war, wohl gerechtfertigt hätte. Die Länder können für dieses Gebiet nur dann Gesetze erlassen, wenn der Bund diese Materie noch nicht geregelt hat. ^{Der Bund ist dagegen nicht,} ~~gehindert~~, von seinem Gesetzgebungsrecht auch dann Gebrauch zu machen, wenn ein Land oder mehrere Länder auf diesem Gebiet schon gesetzliche Regelungen getroffen haben. Das Landesrecht wird damit aufgehoben. Es tritt auch nicht wieder in Kraft, wenn der Bund seinerseits seine Gesetze auf diesem Gebiet aufhebt. Die Länder gewinnen dann lediglich ihr Recht zur Gesetzgebung für diese Materie zurück. Insoweit entspricht die Regelung des Grundgesetzes im Art. 72 I vollkommen derjenigen des Art. 12 WRV.¹⁾

§ 8 In der Weimarer Verfassung war das gesamte Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung aufgeteilt in Materien, die der unbeschränkten Gesetzgebungsbefugnis des Reiches unterlagen und solchen, auf denen das Reich nur bedingt gesetzgeberisch tätig werden konnte. Die Gebiete der unbeschränkten Reichsgesetzgebung waren in den Katalogen der Art. 7 u. 8. aufgezählt. Die bedingte Gesetzgebung des Reiches umfaßte eine Beschränkung dem Grunde und eine dem Umfang nach. Diese war als Grundgesetzgebung in den Art. 10 u. 11 aufgeführt, jene als Bedarfsgesetzgebung im Art. 9.

Auf den Gebieten der Art. 7 u. 8 konnte das Reich ohne weitere Voraussetzung in vollem Umfang Gesetze erlassen. Innerhalb der Grundsatzgesetzgebung durfte das Reich zwar ohne weitere Voraussetzung nur Grundsätze aussprechen. Grundsätze bedeutete in diesem Zusammenhang nicht Rechtsätze oder Rechtsnormen schlechthin, sondern allgemeine, leitende Sätze, Richtlinien, die der näheren Ausführung durch die Länder unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse bedurften.²⁾ Dabei blieb es sehr umstritten, ob das Urteil darüber, wann eine Vorschrift noch als Grundsatz und wann schon als nähere Ausführung der gesetzlichen Regelung anzusehen war, dem Reich als

1) ANSCHÜTZ: Kommentar, Art. 12 unter 1 u. 2, 94/95
2) ANSCHÜTZ: Kommentar, zu Art. 10/11 unter 1, 87

Ermessensentscheidung übertragen worden war, oder ob es eine Rechtsentscheidung war.¹⁾ Die Bedarfsgesetzgebung erforderte auf ihrem Gebiet für die Zuständigkeit des Reichsgesetzgebers ein Bedürfnis nach einheitlicher Regelung. Auch hier war die Frage umstritten, ob das Reich nach seinem Ermessen über das Vorliegen eines derartigen Bedürfnisses zu entscheiden hatte, oder ob die Entscheidung rechtsgebunden war.

§ 9 Das Grundgesetz hat die Aufteilung in eine unbedingte und eine bedingte Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung nicht übernommen. Durch die Einfügung der Bedürfnisklausel in Art. 72 II GG ist das gesamte Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung zur Bedarfsgesetzgebung gemacht worden. Der Bund ist nur zuständig unter der Voraussetzung, daß ein Bedürfnis der in den Ziffern 1 - 3 Art. 72 II erläuterten Art vorliegt. Eine dem Umfange nach begrenzte Zuständigkeit entsprechend der Grundsatzgesetzgebung der Art. 10 u. 11 WRV ist als "Rahmengesetzgebung" im Art. 75 GG geregelt. Auf diesem Gebiete ist der Bund heute also einer doppelten Beschränkung unterworfen, da er auch zur Rahmengesetzgebung nur unter der Voraussetzung des Art. 72 II GG ermächtigt worden ist. Die Rahmengesetzgebung stellt sich somit als Gesetzgebungsbefugnis des Bundes mit der Beschränkung seiner Zuständigkeit dem Grunde und dem Umfang nach dar. Die Streitfrage aus der Zeit der Weimarer Verfassung, ob die Prüfung über das Vorliegen eines Bedürfnisses vom Reich bzw. Bund nach seinem Ermessen zu entscheiden ist, oder einer objektiv festzustellenden Rechtsentscheidung unterliegt, gewinnt damit heute eine bedeutende Ausdehnung. Während sie nach Art. 9 WRV damals nur für die Gebiete der Wohlfahrtspflege und des Schutzes der öffentlichen Ordnung und Sicherheit von Bedeutung war, betrifft sie heute die Zuständigkeit des Bundes für das gesamte Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung.

Die Klärung der Streitfrage hat mit ihrer Ausdehnung auf das gesamte Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung an Aktualität gewonnen. Die grundlegende Bedeutung der Frage bestand jedoch auch schon zur Zeit der WRV. Wenn es damals nicht gelungen

1) ANSCHÜTZ: Kommentar zu Art. 10/11 unter 1, 88 a.A. bayr. Oberst.L.G. in der Entscheidung vom 13. November 1926, DJZ 32, Sp. 391; POETZSCH-HEFTNER: Handkommentar, 102, 118 (Nr. 5).

ist, das Problem zu lösen, so lag das daran, daß der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich keine Gegenheit hatte, die Frage zu entscheiden. Es ist erklärlich, daß die Meinungen der Wissenschaft in unverminderter Gegensätzlichkeit bestehen blieben, solange der Staatsgerichtshof zu der Frage keine Stellung genommen hatte. Die grundlegende Bedeutung der Frage beruht auf den erheblichen Unterschieden, die sich als Folge gegensätzlicher Beantwortungen ergeben. Die Regelung der Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung erhält durch die Entscheidung der Streitfrage, je nach ihrem Ergebnis, einen sehr verschiedenen Gehalt.

IV. Kapitel:

Erkennen und Rechtsgebundenheit.

§ 10 Dem freien Ermessen steht die Rechtsgebundenheit gegenüber. Mit Ermessen wird der Spielraum bezeichnet, den ein Rechtssatz hinsichtlich seiner Anwendung gewährt. Demjenigen, dem der Rechtssatz ein Ermessen einräumt, überläßt er eine Entscheidungsfreiheit, eine Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten des Verhaltens. Der Rechtssatz billigt alle Entscheidungsmöglichkeiten innerhalb eines Rahmens, er gibt keiner den Vozug. Es wird jedoch nur eine begrenzte Zahl von Entscheidungen zur Wahl gestellt. Mit der Einräumung eines Ermessens ist freilich notwendig verbunden die Begrenzung des gegebenen Spielraums. Wo keine Auswahl aus einer Reihe von Möglichkeiten getroffen wird, kann nicht von Ermessen gesprochen werden. Damit ist das Ermessen begrifflich nach zwei Seiten begrenzt. Es beginnt dort, wo den freien Entscheidungen Schranken gesetzt worden sind, so daß nur innerhalb eines Rahmens unter einer mehr oder minder großen Zahl von Möglichkeiten entschieden werden kann, und endet dort, wo keine Wahl mehr ist, sondern nur noch eine einzige Entscheidung gebilligt wird. Unter den zur Wahl gestellten Möglichkeiten kann frei entschieden werden. Es ergibt sich somit schon aus dem Begriff "Ermessen" selbst, daß es nur ein freies Ermessen gibt.¹⁾ Das sogenannte richterliche, arbiträre oder gebundene

1) FORSTHOFF: Lehrbuch I. Bd., 68 Ann. 2

Erkennen ist ein Widerspruch in sich selbst; was damit bezeichnet wird, ist in Wahrheit eine besondere Art von Rechtsgebundenheit.

Die Abgrenzung des Ermessens zu unbegrenzter Entscheidungsfreiheit, ist hier die unproblematische Seite, wenn sie auch schonst vielfach nicht beachtet worden ist. Auf eine nähere Erörterung dieser Frage kann hier verzichtet werden. Sehr umstritten ist aber die Abgrenzung zur Rechtsgebundenheit.

§ 11 Ein Rechtssatz besteht aus dem Tatbestands- und dem Rechtsfolgeteil. Für einen mehr oder minder genau bestimmten Tatbestand wird eine Rechtsfolge angeordnet. Bei Rechtsgebundenheit wird hinsichtlich der Rechtsfolge vom Rechtssatz nur eine Entscheidung gebilligt. Es bleibt kein Raum für eine Entscheidungsfreiheit. Die Rechtsfolgeentscheidung ist vom Gesetzgeber mit allgemeiner Wirkung getroffen worden. Insofern besteht vollständige Klarheit.

Schwierigkeiten können sich jedoch bei der Anwendung des Rechtssatzes ergeben. Wenn auch die Rechtsfolge klar bestimmt worden ist, so bedarf es doch häufig einer eingehenden Untersuchung, um festzustellen, ob der vorausgesetzte Tatbestand vorliegt. Der Tatbestand ist im Rechtssatz abstrakt angegeben. Daraus erklärt es sich, daß nicht jeder konkrete Sachverhalt genau erfaßt sein kann. Der Gesetzgeber kann nicht sämtliche Möglichkeiten des Geschehens voraussehen. Es muß also geprüft werden, ob der konkrete Sachverhalt dem Tatbestand, für den die Rechtsfolge bestimmt worden ist, untergeordnet werden kann. Nach dieser Subsumtion ist dann aber die Anwendung der Rechtsfolge nur noch eine Tätigkeit des logischen Schließens. Eine Bewertung hinsichtlich der Rechtsfolge ist ausgeschlossen; diese hat der Gesetzgeber schon vorgenommen.

Die Subsumtion des konkreten Sachverhaltes unter den abstrakten Tatbestand des Rechtssatzes selbst erfordert häufig eine bewertende Tätigkeit. Es müssen besondere Umstände nach ihrer Erheblichkeit geprüft werden. Verschiedene zeitliche oder örtliche Gegebenheiten sollen unter gerechter Abwägung berücksichtigt werden. Diese Abwägung und Bewertung ist aber nicht frei, d. h. sie soll nicht nach einer subjektiven Einstellung des Bewertenden vorgenommen werden, sondern objektiv im Sinne

des Rechtssatzes. Wenn dieser auch eine Bewertung bei der Subsumtion zuläßt, so billigt er doch nur eine Entscheidung als im konkreten Fall gerecht. Dem steht nicht entgegen, daß unter verschiedenen örtlichen oder zeitlichen Umständen der gleiche Sachverhalt verschieden bewertet werden kann. Das ist vielmehr gerade der Sinn des unbestimmten Rechtssatzes, der bei der Auslegung beachtet werden soll.

Die Gebundenheit an eine Objektivität, die der Idee nach allein richtige Entscheidung, rechtfertigt deren Überprüfung durch den Richter. Das Verlangen nach Rechtssicherheit erfordert eine Garantie dafür, daß eine objektiv zu entscheidende Frage auch richtig entschieden worden ist. Der Richter soll feststellen, ob die Bewertung, die unter den gegebenen Umständen vorgenommen worden ist, die objektiv allein richtige war.

§ 12 Die Tatsache, daß auch bei Rechtsgebundenheit Bewertungen vorgenommen werden müssen, also eine Wahl getroffen werden muß, hat dazu geführt, in diesen Fällen von einem gebundenen, richterlichen oder arbiträren Ermessen zu sprechen.¹⁾ Wie aber schon festgestellt wurde, kann es nur ein freies Ermessen geben. Mit dem Ermessen ist notwendig verbunden, daß der Rechtssatz mehrere Entscheidungen billigt. Es wäre erfreulich, wenn der Begriff des Ermessens nicht durch diese Bezeichnungen verwischt und die Abgrenzung dadurch nicht unnötig erschwert werden würde. Von Ermessen kann nur gesprochen werden, wenn derjenige, an den der Rechtssatz sich wendet, frei ist zu entscheiden, welcher der im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten gelegenen Rechtsfolgen stattgegeben werden soll. Das Subjekt des Rechtsfolgesatzes kann und soll sich nach seiner persönlichen Einstellung zur Situation entscheiden. Allerdings ist er dabei nicht frei bis zur Willkür. Das ermächtigte Organ hat stete seine Aufgaben zu beachten, es ist an seine Amtspflicht gebunden. Insofern ist auch das freie Ermessen gebundenes Ermessen. Die fehlerhafte Bezeichnung der Rechtsgebundenheit als gebundenes Ermessen wird hier besonders deutlich. Ist dem Organ ein freies Ermessen eingeräumt, so ist

1) NEBINGER: Verwaltungsrecht, 228 f; LAUN: Das freie Ermessen, 55 ff; O. MAYER: Verwaltungsrecht, Bd. I, 97 ff; TEZNER: Theorien, 515 ff; BÜHLER: Subjektive öffentliche Rechte, 20 ff; THOMA: Besprechung von LAUN, 444 - 53; v. HERRNRIE: Grundlegenden, 299; BACHOF: Ermessenskontrolle, 744; FACHINGER: Verwaltungsermessen, 244.

seine eigene Erfahrung und Einsicht im Rahmen seiner Amtspflicht maßgebend.¹⁾ Der Rechtssatz will für den konkreten Fall erreichen, daß die Entscheidung von jemandem getroffen wird, der eben diese Erfahrung und Einsicht hat. Daraus ergibt sich als weiteres typisches Merkmal, daß Ermessensentscheidungen nur für den konkreten Fall gelten. Die Entscheidung kann unter völlig gleichen Umständen verschieden ausfallen, ohne in dem einen oder anderen Fall rechtswidrig zu sein. Es ist somit auch nicht möglich, daß die Ermessensentscheidung rechtlich bemängelt werden kann. Insbesondere ist eine gerichtliche Überprüfung ausgeschlossen. Eine logische Schlußfolgerung dahingehend, was rechtlich richtiger wäre, kann nicht gezogen werden, da jede im Rahmen der Ermächtigung liegende Entscheidung rechtmäßig ist. Das Ermessen übende Organ tritt im Rahmen des objektiven Rechts an die Stelle des Gesetzgebers. Der Sinn einer gerichtlichen Nachprüfung, ein Mehr an Rechtsrichtigkeit zu erzielen, findet bei Ermessensentscheidungen keine Grundlage. Ermessensfragen unterliegen nicht der richterlichen Nachprüfung. Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt. Im Verwaltungsrecht hat er seinen gesetzlichen Niederschlag im § 23 der VGVO²⁾ und im § 36 des süddeutschen VGG³⁾ gefunden, wonach Ermessensentscheidungen nicht angefochten werden können.

Anerkannt wird jedoch die gerichtliche Überprüfung der Ermessensfehler, wobei wiederum sehr umstritten ist, was unter Ermessensfehler verstanden werden soll. Es sind gelegentlich Versuche unternommen worden, die Ermessensfehler aufzuzählen und zu ordnen.⁴⁾ Eine endgültige Klärung ist bisher noch nicht erreicht worden. Zwar ist im Verwaltungsrecht schon

1) FORSTHOFF: Lehrbuch, I, 67

2) Verordnung Nr. 165 der Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone v. 15.9.48. Amtsblatt der Mil.Reg. Deutschlands, Britisches Kontrollgebiet, 799; Verordnungsblatt für die Britische Zone, 1948, 263

3) In Bayern: Gesetz Nr. 39 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, v. 25.9.46, Gesetz- und Verordnungsblatt 281, i.d.F. v. 30.9.49 GVBl. 258; Württemberg-Baden: Gesetz v. 16.10.46 Regierungsblatt 221; Hessen: Gesetz v. 15.11.46 GVBl. 194, i.d.F. v. 30.6.49 GVBl. 79

4) LAUH: Freies Ermessen, 175 ff, dazu kritisch THOMA in seiner Besprechung, 444 ff; W. JELLINEK: GESETZ, Gesetzesanwendung, 331 ff unterschied 9 typische Fehler, die er im "Verwaltungsrecht" nicht mehr erwähnt.

ein bedeutsamer Schritt getan, als im § 23 III VGVO zwei Ermessensfehler näher bezeichnet worden sind. Das sind Fälle, in denen die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten werden (Ermessensüberschreitung) oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht wird (Ermessensmißbrauch). Den letzteren Fall erwähnt auch § 36 VGG. Damit ist aber der Begriff des Ermessensfehler noch nicht genügend definiert. Wie umstritten die Frage besonders im Zusammenhang mit der Bedürfnisprüfung nach Art. 72 II GG ist, zeigt der Bericht über die Weinheimer Tagung.¹⁾ Nach langer Debatte über die Frage, ob zu den Ermessensfehlern in den Ergebnissen der Tagung Stellung genommen werden soll oder nicht, mußte darauf wegen zu großer Meinungsverschiedenheiten verzichtet werden.

§ 13 Wir haben festgestellt, daß es sich bei der Bedürfnisprüfung um die Frage der Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung für eine Angelegenheit aus dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung handelt. Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung seiner Gesetze ist der Bund, wenn die Voraussetzungen seiner Zuständigkeit gegeben sind, mit Ausnahme der Materien der Rahmengesetzgebung keinen Bedingungen unterworfen. Wir können nun das Problem genauer in der Frage formulieren, inwieweit der Bund die Grenzen seiner Zuständigkeit selbst bestimmen kann. Ist die Entscheidung über das Vorliegen eines Bedürfnisses rechtsgebunden, mit der Folge der gerichtlichen Überprüfbarkeit dieser Voraussetzung für die Zuständigkeit des Bundes, so ist der Bund in seinen Kompetenzen sehr beschränkt. Entscheidet der Bund aber über die Voraussetzung nach seinem Ermessen, so entfällt eine gerichtliche Kontrolle. Es ist dann die weitere Frage nach den Grenzen des Ermessens und der Überprüfbarkeit der Ermessensfehler zu stellen. Praktisch läuft das Problem damit in die Frage aus, wann die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung über die Voraussetzungen für das Gesetzgebungsrecht des Bundes auf dem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung, - der Entscheidung darüber, ob ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung einer Materie im Sinne der Ziffer 1 - 3 Art. 72 II GG vorliegt, - möglich ist. Mit der Beantwortung dieser Frage wird entschieden,

1) Bericht, 118 - 129

ob und wieweit der Bund in seinen Kompetenzen beschränkt worden ist. Es wird letztlich entschieden, ob und wieweit auf dem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung der Föderalismus gegenüber dem Unitarismus im Vergleich zu der Regelung der WRV an Boden gewonnen hat.

V. Kapitel:

Das Schrifttum zum Problem der Bedürfnisprüfung nach Art. 72 II GG.

§ 14 Die Übergangsbestimmung des Artikels 125 GG rückte das Problem der Bedürfnisprüfung in ein besonderes Licht. Dieser Artikel bestimmt, daß Recht, das einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes betrifft, innerhalb seines Geltungsbereiches Bundesrecht wird, soweit es innerhalb einer oder mehrerer Besatzungszonen einheitlich gilt, oder soweit es sich um Recht handelt, durch das nach dem 8. Mai 1945 früheres Reichsrecht abgeändert worden ist. Im Schrifttum wurde nun die Ansicht vertreten und bestritten, daß dasjenige Recht, das altes Reichsrecht abgeändert hat, nur dann Bundesrecht werde, wenn auch die Voraussetzungen des Art. 72 II GG vorliegen. Bei diesen Auseinandersetzungen wurde die Frage nach Rechtsgebundenheit oder Ermessensentscheidung bei der Bedürfnisprüfung mit erörtert. Wenn dabei auch eine eindeutige Lösung nicht gefunden wurde, so sind doch viele wertvolle Gedanken und Hinweise gegeben worden, die eine nähere Würdigung dieser Meinungen erforderlich machen. Die beiden Streitfragen sind so miteinander verbunden, daß die Beantwortung der einen Frage nicht ohne Einfluß auf die der anderen sein kann. Müssen die Voraussetzungen des Art. 72 II auch für das nach Art. 125 GG entstehende Bundesrecht vorliegen, so wird dadurch die Notwendigkeit der Bedürfnisprüfung auf ein weiteres großes und wesentliches Gebiet ausgedehnt. Während die Auslegung des Art. 125 GG hinsichtlich der Bedürfnisprüfung somit allein für den Umfang ihres Anwendungsgebietes von Bedeutung ist, beeinflußt umgekehrt die Klärung der Bedürfnisfrage des Art. 72 II das Problem des Art. 125 inhaltlich und wesensmäßig. Ist es zweifelhaft, ob die Voraussetzungen des Art. 72 II auch für das Bundesrecht, das nach Art. 125 entsteht, geprüft werden müssen, so sind

Art und Wesen der Bedürfnisprüfung grundlegend für die Beantwortung der Frage. Rechtsgebundenheit oder freies Ermessen, gerichtliche Kontrolle oder Unüberprüfbarkeit der Bedürfnisentscheidung bestimmen das Wesen des Problems aus Art. 125 GG. Die Antwort auf diese Fragen gibt Auskunft über Sinn und Zweck der Frage aus Art. 125, die für sich allein vollkommen in der Luft hängt. Es besteht hier also keine Veranlassung, auf die Auslegung des Art. 125 für sich näher einzugehen. Die Frage nach diesem Anwendungsgebiet der Bedürfnisprüfung kann erst beantwortet werden, wenn deren Wesen und wesensmäßige Bedeutung geklärt worden sind.

Soweit das Schrifttum bei der Behandlung des Problems, das durch Art. 125 aufgeworfen wird, über die Bedürfnisprüfung etwas aussagt, soll und muß sie hier jedoch einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Dabei lassen sich Fragen der Anwendung und des Wesens der Bedürfnisprüfung allerdings nicht vollkommen voneinander trennen. Manche Fragen des Anwendungsbereiches der Prüfung charakterisieren auch ihr Wesen.

In diesem Zusammenhang haben wir uns zunächst mit dem Begriff der konkurrierenden Gesetzgebung selbst zu beschäftigen. Kratzer ¹⁾ vertritt in seinem Aufsatz "Grundgesetz und Wirtschaftsrecht" die Ansicht, daß es eine konkurrierende Gesetzgebung der Länder und eine des Bundes gebe. Er folgert dies aus der Fassung des Art. 125, wo von der "konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes" gesprochen wird. Kratzer behauptet dazu, daß die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes nur dann gegeben sei, wenn die Voraussetzungen des Art. 72 II vorlägen. Diese Argumentation zielt darauf ab, die Bedürfnisprüfung auf die Gebiete des Art. 125 auszudehnen. Diese Ansicht ist auf starken Widerspruch gestoßen. Zunächst haben Zinn und Strauß auf der Weinheimer Tagung ²⁾ mehrfach darauf hingewiesen, daß es sich hier nur um einen Redaktionsfehler handle. Nachdem die Mil.Gouv. sehr starken Einfluß auf die Ausgestaltung des Art. 72 genommen hätten, habe man im Parlamentarischen Rat den Art. 125 unverändert durchgehen lassen, um nicht unnötig die Aufmerksamkeit auf diese Vorschrift zu lenken.

1) DVBl. 1950, 38

2) Bericht der Weinheimer Tagung, 59, 97, 150

Auch ohne die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte, die für die Rechtslage nicht maßgebend zu sein braucht, werden wichtige Gründe gegen die Ansicht Kratzers angeführt. Fröhler betont, daß "konkurrierende Gesetzgebung" als abstrakter Begriff aufzufassen sei. Eine Angelegenheit gehöre auch zur konkurrierenden Gesetzgebung, wenn der Bund in concreto zur Gesetzgebung nicht zuständig sei, weil die Voraussetzungen des Art. 72 II GG nicht vorlägen. Der Art. 72 bringe lediglich eine Teilung der Zuständigkeiten auf dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung. Im Absatz I werde die Zuständigkeit der Länder und im Absatz II die des Bundes geregelt.¹⁾ Diese Meinung wird auch allgemein vertreten.²⁾ Den Argumenten gegen Kratzer ist zuzustimmen.

§ 15 Ein weiterer Streitpunkt ist die Frage, ob das Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung im Sinne des Art. 72 II nur bei Erlaß von Bundesgesetzen auf dem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung vorliegen müsse oder ob es auch für ihr Weiterbestehen erforderlich sei. Fröhler behauptet, daß die Voraussetzung des Bedürfnisses nicht nur bei Erlaß des Gesetzes gegeben sein müßte, sondern auch weiterhin. Der Bund sei nicht nur zuständig, soweit ein Bedürfnis besteht, sondern auch nur, solange es bestehe.³⁾ Er folgert diesen Satz aus seiner allgemeinen Ansicht über die Regelung, die das Verhältnis von Bund und Ländern im Grundgesetz erfahren hat. Die gestärkte Stellung der Länder im Grundgesetz gegenüber ihrem Aufgabenbereich in der WRV verlange diese Schlußfolgerung.

Diese Ansicht steht n. B. aber im Widerspruch zum Grundgesetz. In den Artikeln 70 - 82 wird allein das Gebiet der Gesetzgebung behandelt; das Verhältnis von bestehendem Bundesrecht und Landesrecht ist im Abschnitt II "der Bund und die Länder" im Art. 31 geregelt. Im Abschnitt II fehlt jeglicher Hinweis auf Art. 72 II. Die Ansicht Fröhlers kann aus dem Grundgesetz nicht begründet werden. Er muß auch selbst zugeben, daß er keinen Weg weiß, wie die ständige

1) FRÖHLER: Art. 125 GG, 490

2) Vergl. SCHÄFER: Problematik des Art. 125, 29 u. 30, der sagt, daß aus dem Wortlaut von Art. 125 nichts geschlossen werden könnte.

3) FRÖHLER: 490

Bedürfnisprüfung, die nach ihm erforderlich wäre, praktisch durchgeführt werden soll.

Ausführlich nimmt Höpfner zu der Frage Stellung.¹⁾ Er stellt fest, daß Art. 72 II keine Anwendung findet, wenn der Bund Bundesgesetze aufhebt. Durch diese Maßnahme erhielten die Länder ihr Gesetzgebungsrecht zurück. Der Sinn des Art. 72 II, der bedingten Gesetzgebungskompetenz des Bundes, sei aber der, die Länder zu schützen. Der Bund solle es schwer haben, den Ländern etwas wegzunehmen. Wo also der Bund den Ländern etwas gebe, habe die Vorschrift des Art. 72 II ihren Sinn verloren. Ebenso sei eine Anwendung der Bedürfnisprüfung ausgeschlossen, wenn der Bund Bundesrecht abändert. In diesem Falle würden die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder nicht berührt, da der Bund ihnen diese schon durch einen früheren Gesetzgebungsakt entzogen habe. Höpfner weist auf die kuriose Situation hin, die sonst entstehen könnte. Da die Länder nach Art. 31 und 72 I bestehendes Bundesrecht nicht abändern könnten, müßte das Bundesrecht unabänderlich bleiben, wenn ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung nicht vorliege. Das Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung brauche wegen der Ziffern 1-3 Art. 72 II nicht unbedingt einem Bedürfnis nach Änderung zu entsprechen. Der Bund müsse Bundesgesetze ändern können, ohne daß es auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 72 II ankomme.²⁾

Dem trete ich bei, insbesondere möchte ich Höpfner in der Auffassung zustimmen, daß Zuständigkeit und Erforderlichkeit zweierlei ist. Wenn behauptet wird, der Bund sei nur zur Gesetzgebung zuständig, wenn die bundesgesetzliche Regelung erforderlich ist, so wird diese Tatsache verkannt. Ohne in der Frage, ob die Bedürfnisprüfung rechtsgebunden ist oder in das Ermessen des Bundes gestellt ist, eine Entscheidung zu treffen, steht fest, daß die Erfordernisse für die Zuständigkeit des Bundes im Art. 72 II normiert sind. Weitere Erfordernisse für die Bundesgesetzgebung können erst dann berücksichtigt werden, wenn die Zuständigkeit überhaupt gegeben ist. Die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen

1) HÖPFNER: Zur Auslegung von Art. 72, 654 ff.

2) Vgl. auch ZINN: Weinheimer Tagungsbericht, 59 f. KERN: Auslegung von Art. 72, 69; v. MANGOLDT: Kommentar, 385 unter Art. 72 Nr. 2

Regelung setzt also die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung voraus. Nicht der Mangel der Erforderlichkeit kann aus Art. 72 II begründet werden, sondern nur der Mangel der Zuständigkeit.

Nur dann wird eine Bedürfnisprüfung notwendig und muß dementsprechend verlangt werden, wenn der Bund eine teilweise bundesgesetzliche Regelung in eine ausführliche umändern will. Das ist im Art. 72 I klar zum Ausdruck gebracht worden mit den Worten: "solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht". Eine Vermutung dafür, daß der Bund eine Materie auch vollständig regelt, wenn er von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch macht, läßt sich heute nicht mehr vertreten, wie in der Zeit der WRV.¹⁾

§ 16 Hinsichtlich der Bedürfnisprüfung selbst stimmen alle, die sich zu der Frage geäußert haben, darin überein, daß durch die Bedürfnisklausel und die nähere Umschreibung des Bedürfnisses im Art. 72 Ziffer 1 - 3 eine beschränkte Bedarfssetzung des Bundes geschaffen wurde. Es wird einhellig betont, daß nicht jedes Bedürfnis die Zuständigkeit des Bundes begründet. Die Ziffern 1 - 3 knüpfen vielmehr noch weitere Bedingungen an das Bedürfnis. Über Art und Umfang der Beschränkung sowie über die Bedürfnisprüfung selbst gehen dagegen die Meinungen völlig auseinander.

In den ersten Abhandlungen zum Grundgesetz, die nach Erlaß des Gesetzes erschienen sind, und das Problem streifen, verzichten die Verfasser auf eine eingehende Stellungnahme und lassen es bei allgemeinen Andeutungen bewenden. Apelt glaubt, daß die einschränkenden Bedingungen des Art. 72 II die Legislative des Bundes nicht wesentlich einengen dürfte. Es bliebe dabei, daß sie eingreifen könne, sobald die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit es erfordere.²⁾ Ähnlich äußert sich Lechner. Nach ihm bleibt es abzuwarten, ob die sehr weit gefaßten Bestimmungen der Ziffern des Art. 72 II für die Länder von wirklichem Wert sind.³⁾ Ebenso ist nach Zinn die allgemeine Beschränkung des konkurrierenden Gesetzgebungsrechtes des Bundes auf den Bedarfsfall im Sinne des

1) HÖPFNER: 654

2) APELT: Betrachtungen, 484

3) LECHNER: Die Stellung der Länder, 170



Art. 72 II, die im Gegensatz zur Regelung der WRV stehe, von geringer praktischer Bedeutung. Zwar knüpfe Art. 72 II das Bedürfnis an gewisse Voraussetzungen, jedoch entscheide der Bundesgesetzgeber über das Vorliegen dieser Voraussetzungen nach seinem freien Ermessen.¹⁾ An anderer Stelle begründet er diese Behauptung damit, daß die Bedürfnisprüfung keine Rechtsfrage sei, sondern eine solche des politischen Ermessens. Diese sei von Natur aus unjustiziabel und könne nur unter dem Gesichtspunkt des Ermessensmißbrauches vom Bundesverfassungsgericht nachgeprüft werden.²⁾ Zu dem gleichen Ergebnis kommen Strauß und Darnedde mit der Begründung, daß die Formulierung der drei Ziffern genügen dürften, die deutsche Rechtseinheit vor einer Zersplitterung zu bewahren.³⁾

Denselben Gedanken vertritt auch Grewe. Nach ihm bietet besonders die Ziffer 3 den weitesten Spielraum zur Begründung der Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung. Er sieht in ihr eine Art der Generalermächtigung, wie sie auch die WRV in Art. 9 dem Reich gegeben hätte. Allerdings bedeute die englische Fassung dieser Ziffer im Sinne des Genehmigungsschreibens der Mil.Gouv. eine sehr tief einschneidende Beschränkung des Prinzips der deutschen Rechtseinheit. Die englische Fassung könne verhängnisvolle Auswirkungen haben, da manche Regelung zum Wohle der deutschen Rechtseinheit unterbleiben müsse, wenn sie nicht die wirtschaftlichen Interessen des Bundes fördert oder eine angemessene Gleichheit wirtschaftlicher Möglichkeiten für alle sicherstellt. Um dem zu entgehen, müsse man notgedrungen den Bundesgesetzen eine derartige Bedeutung zuschreiben oder sie mit Gesetzen, die diese Voraussetzungen erfüllen, koppeln. Beide Wege seien aber für die Entwicklung des deutschen Rechtslebens nicht gesund. Grewe verlangt daher eine restriktive Auslegung der englischen Fassung. Insbesondere verbiete die gewählte Form eines Schreibens an den Präsidenten des Parlamentarischen Rates, den Vorbehalt als besatzungsrechtliche Norm anzuerkennen.⁴⁾ Es sei darin mehr eine Warnung als ein Vorbehalt zu sehen. Auch Heimerich sagt,

1) ZINN: Erhaltung der dt. Rechtseinheit, 687

2) ZINN: Bund und Länder, 298

3) STRAUSS: Die rechtsprechende Gewalt, 532 unter VI; DARNEDDE: Bund und Länder, 316 unter V.

4) GREWE: Das bundesstaatliche System, 351, vgl. auch 314 und Weinheimer Tagungsbericht, 31.

daß man in Ziffer 3 eine Generalklausel erblicken könnte, wenn nicht der Vorbehalt der Mil.Gouv. bestünde.¹⁾

Aus dem Vorbehalt der Mil.Gouv. folgern dagegen Ringelmann und Herrfahrdt, daß die Ziffern sehr streng auszulegen seien und die Prüfung des Bedürfnisses rechtsgebunden sei. Ringelmann meint, es sei kein Kraut dagegen gewachsen, wenn die Hohe Alliierte Kommission unter Berufung auf Ziffer 5 des Besatzungsstatutes ein Bundesgesetz als nach ihrer Anschauung mit dem Grundgesetz nicht vereinbar erklärt.²⁾ Nach Herrfahrdt sind die Ziffern 1 - 3 des Art. 72 II Bedingungen, über deren Vorliegen der Bund nicht nach seinem freien Ermessen entscheiden kann, weil sie genau einzuhalten sind. Da die Besatzungsmächte großen Wert auf die Einhaltung der Beschränkungen legten, würden sie diese sorgfältig überwachen. Dabei gibt er zu, daß mit "Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit" ein sehr großer Ermessensspielraum gegeben sei.³⁾ Höpfner deutet den Vorbehalt dahingehend, daß durch ihn der Ermessensspielraum des Art. 72 II völlig in das Ermessen der Besatzungsmächte gestellt werden würde.⁴⁾

Beizutreten ist hier der Auffassung von Mangoldts, der in der Fassung des Genehmigungsschreibens der Mil.Gouv. keine Gefährdung der Rechtseinheit sieht. Er erkennt in den Ziffern 1 u. 2 einen genügenden Schutz für die Rechtseinheit. Diesen Hinweis hält er für notwendig, da vielleicht gegen Grewes Ansicht die Ziffern des Genehmigungsschreibens als unmittelbar anzuwendende Besatzungsnorm behandelt werden müßten. Die Frage habe allerdings durch die Revision des Besatzungsstatutes vom 6. 3. 51 an Bedeutung verloren.⁵⁾ Darüber hinaus kann meiner Meinung nach die derzeitige Situation eines besetzten Landes keine endgültige Entscheidung in der Frage bringen. Die Besatzungsmächte werden ihren Einfluß immer weniger geltend machen, und die Gefahr einer Intervention wird allmählich vollständig verschwinden. Dann werden auch die besatzungsrechtlichen Normen ungültig sein, soweit sie nicht in deutsches Recht übergehen. Daß aber die Normen des Genehmigungs-

1) HEIMERICH: Deutsche Wirtschaftseinheit, 297

2) Weinheimer Tagungsbericht, 21

3) HERRFAHRDT: Bonner Kommentar zu Art. 72 unter II 3., 3/4

4) H ÖPFNER: 654

5) v. MANGOLDT: Kommentar zu Art. 72 unter 2., 384

schreiben vom deutschen Recht übernommen werden, ist vollkommen ausgeschlossen; denn deutsche Rechtsnormen werden keine Ermächtigungen für ausländische Mächte aussprechen. Außerdem ist schon jetzt bei den Alliierten die Tendenz deutlich zu erkennen, lieber eine deutsche, zumindest eine westdeutsche, Einheit zu stützen als das Prinzip des "divide et impera" weiter zu vertreten.

§ 17 Mit der näheren Umschreibung des Bedürfnisses durch die drei Ziffern versuchen Kratzer und Fröhler eine Rechtsgebundenheit der Bedürfnisprüfung zu begründen. Kratzer geht zunächst auf die überkommene Lehre ein, die sich an der Bedürfnisprüfung im öffentlichen Recht entwickelt hat. Danach sei es nicht unbestritten, ob die Bedürfnisprüfung eine Ermessensbetätigung erfordere. Darum müsse wie bisher folgendes gelten: Sei ausdrücklich festgelegt, worauf sich das Bedürfnis zu erstrecken hat und unter welchen Voraussetzungen es zu bejahen oder zu verneinen ist, so liege eine Bindung an die vom Gesetzgeber aufgestellten Grundsätze vor. Nun sieht er in den drei Ziffern verfassungsmäßige Voraussetzungen, die solche Grundsätze ausdrücklich und mit Rechtscharakter aufstellen. Das Bedürfnis könne nur in einem Sinne, den das Gesetz vorschreibt, ausgelegt werden. Folglich müsse auch die Entscheidung über das Vorliegen des Bedürfnisses der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Praktisch sei die Bedürfnisklausel entbehrlich, weil die gewollte Einschränkung schon durch die Bestimmungen der 3 Ziffern erreicht sei.

Gegen diese der Verwaltungsrechtslehre entnommene Schlußfolgerung hat er aber selbst Bedenken, weil es zweifelhaft sei, ob die Normen des Verwaltungsrechts für das Verfassungsrecht maßgebend sind. Die für das verwaltungsgerichtliche Verfahren geltenden Regeln könnten nicht unesehen übernommen werden, wo gesetzgebende Körperschaften tätig sind, dazu sei die Rechtsebene allzu verschieden. Um die Maßnahmen der Legislative gerichtlich zu überprüfen, müßten, abgesehen von der Zulässigkeitsfrage und dem Hineinspielen politischer Gesichtspunkte, andere Maßstäbe angelegt und andere Grundlagen gesucht werden, als bei der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsakten der Exekutive. Er verweist auf den Bismarok'schen Grundsatz, staatsrechtliche Fragen nicht vom Standpunkt des Kreisrichters zu beurteilen. Die Lösung sei also aus dem

Grundgesetz zu entwickeln. Kratzer glaubt sie in Art. 93 Abs. I Ziffer 2 GG gefunden zu haben. Nach dieser Vorschrift entscheidet das Bundesverfassungsgericht auf Antrag bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die Vereinbarkeit von Bundes- oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht. Nach Kratzers Meinung muß darunter auch die Anwendung von Art. 72 II GG fallen; denn es sei der Hauptanwendungsfall des Art. 93. Dieser würde herausgeschnitten, wenn eine Überprüfung der Bedürfnisfrage nicht möglich wäre. Außerdem würden sonst die Länderrechte, die sich aus dem bundesstaatlichen Aufbau der Bundesrepublik ergeben, auf diesem Gebiet, das das Verhältnis von Bund und Ländern stärkstens berühre, jeglicher Sicherung und Rechtskontrollen beraubt. Das würde sich nicht mit dem Grundgedanken unserer Verfassung vertragen.¹⁾

Auch Fröhler betont, daß die Frage, ob Rechtsgebundenheit oder Ermessensbetätigung vorliegt, nur aus dem Sinn und Zweck, also dem Zusammenhang, entschieden werden könne. Unter diesem Gesichtspunkt sei es geradezu verwunderlich, daß überhaupt Zweifel auftreten könnten. Auf dem Gebiete der Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern könne der Verfassungsgesetzgeber schwerlich eine Ermessensentscheidung gewollt haben. Es gehöre zum Wesen eines Bundesstaates, daß die Befugnisse der Gliedstaaten nicht Gnaden des Bundes sondern Rechte seien. Rechte seien es aber nicht, wenn der Bund seine Kompetenzen nach seinem Ermessen ausdehnen könne, sondern nur, wenn die Zuständigkeiten zwischen Gesamtstaat und den Gliedstaaten unverrückbar festgelegt worden seien und im Streitfall durch gerichtliche Instanz ermittelt werden könnten.

§ 18 Von diesen Argumenten erweisen sich einige schon auf den ersten Blick als fehlerhaft. Z-unächst muß Kratzer entgegengehalten werden, daß sich sein Lösungsversuch aus Art. 93 I Ziffer 2 als ein unzulässiger Umkehrschluß darstellt. Es mag

1) KRATZER: DVBl. 1950, 396 ff.

stimmen, daß die Kontrolle der Bedürfnisprüfung der Hauptanwendungsfall des Art. 93 GG sein würde; aber nur dann, wenn die Bedürfnisentscheidung der Kontrolle unterliegen würde. Ob sie jedoch vom Gericht zu überprüfen ist, kann nur eine Untersuchung des Bedürfnisbegriffes selbst ergeben. Es hieße eine materiellrechtliche Frage aus der prozessualen lösen, wenn man aus Art. 93 über die Bedürfnisprüfung entscheiden würde. Das ginge nur dann, wenn im Art. 93 ausdrücklich die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) zur Überprüfung über Art. 72 II angeordnet wäre.

Unter den gegebenen Umständen muß der materiellrechtliche Zusammenhang zur Lösung herangezogen werden. Dazu kann wiederum nicht mit dem bundesstaatlichen Aufbau der Bundesrepublik argumentiert werden, Kern sagt mit Recht, daß Bundesstaat und Rechtseinheit keine Gegensätze sind. Eine föderative Struktur setzt nicht die Auflösung der Rechtseinheit voraus, wie auch ein echter Föderalismus der gesamtstaatlichen Einheit des Rechts keinen Abbruch tut.¹⁾ Es stimmt auch nicht, daß der Bund seine Kompetenzen nach seinem Ermessen ausdehnen kann, selbst wenn die Bedürfnisprüfung seinem Ermessen überlassen sein würde. Der Satz Hatscheks²⁾ von der Kompetenz-Kompetenz hat schon bei Anschütz Widerspruch erfahren.³⁾ Es handelt sich darum, daß der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch macht, und nicht, daß er sie erweitert.⁴⁾

Drittens und letztens wird gerade der Hinweis Fröhlers auf das, was der Verfassungsgesetzgeber gewollt hat, von den Vertretern der Ermessenstheorie für ihre Meinung angeführt, insbesondere von Abgeordneten des Parlamentarischen Rates. Menzel betont die fast einstimmige Ablehnung der von den Mil.Gouv. auferlegten Beschränkungen. Durch die jetzige Fassung sei die Vormacht des Bundes gegeben.⁵⁾ Auf der Weinheimer Tagung berichteten Zinn und Strauß über die Auffassung der Verfassungsgesetzgeber. Strauß sagte, bei den Besprechungen in kleinem Kreise, wo die endgültige Fassung festgelegt worden

1) KERN: Zur Auslegung von Art. 72, 69

2) HATSCHEK: Staatsrecht Bd. I, 70/71

3) ANSCHÜTZ: Kommentar, 86

4) vgl. auch GREWE auf der Weinheimer Tagung, Bericht, 35/36

5) MENZEL, 313

sei, hätte bei den Abgeordneten darüber Einigkeit geherrscht, daß das Verfassungsgericht lediglich den Mißbrauch des Ermessens prüfen könne, nicht aber die Bedürfnisfrage als Ermessensentscheidung selbst, zu der Bundestag und Bundesrat allein berufen seien.¹⁾

An anderer Stelle hebt Strauß hervor, die drei Ziffern des Art. 72 II seien unter dem Gesichtspunkt formuliert worden, daß den Verfassungsgesetzgebern hier etwas aufgezwungen worden wäre, was sie zwar aus höheren Gesichtspunkten ertragen mußten, dem sie aber jede für sie unangenehme Wendung nehmen wollten. So hätte verhindert werden sollen, daß das Bundesverfassungsgericht in eine materielle Prüfung der Voraussetzungen des Art. 72 II eintrete, wobei als selbstverständlich angesehen worden wäre, daß das Bundesverfassungsgericht über Ermessensmißbrauch zu entscheiden habe.²⁾ Damit sollten die Feststellungen Grewes unterstützt werden. Dieser hält es für schwierig, ein Reichsgesetz aus der Zeit der Bismarckschen oder der Weimarer Verfassung zu finden, das den Erfordernissen des Art. 72 II nicht entsprochen hätte.³⁾ Gerade die Formulierungen der drei Ziffern beträfen in typischer Weise reine Ermessensentscheidungen und nicht Rechtsgebundenheit.⁴⁾

Nach Zinn beruht die Gegelung des Art. 72 II nicht auf deutsch-föderalistischer Grundlage, sondern sei ein Produkt der Intervention der Mil.Gouv. Gegen den Satz: "Der Bund soll nur regeln, was einheitlich geregelt werden muß." hätten zunächst die Franzosen, dann die Amerikaner protestiert. Gegen deren Forderungen nach klarer Einschränkung des Bundes hätten die deutschen Kreise sich einstimmig gewehrt, auch die grundsätzlich föderalistisch eingestellten. Die Bedürfnisklausel sei eingeführt worden, um in Anlehnung an die WRV, insbesondere die damalige Rechtsprechung zur Grundsatzgesetzgebung, eine Nachprüfung durch das BVerfG auszuschalten.⁵⁾

-
- 1) Weinheimer Tagungsbericht, 119
2) " " " , 176
3) " " " , 31
4) " " " , 175
5) ZINN: Weinheimer Tagungsbericht, 98

Mit diesen Hinweisen auf den Willen der Verfassungsgesetzgeber ist der Ausspruch Fröhlers, sie könnten nur das Gegenteil gewollt haben, wohl genügend widerlegt worden. Allerdings müssen wir ausdrücklich feststellen, daß der Wille des Gesetzgebers allenfalls subsidiär als Argument für die Gesetzesauslegung herangezogen werden kann. Der Wille des Gesetzgebers hat keine Gesetzeskraft. Maßgebend ist nur das Gesetz selbst, das, was es erklärt. Der gesetzgeberische Wille ist bei der Auslegung nur insoweit rechtswirksam, als er im Gesetz erklärt wird. Darüber hinaus kann er nur Indiz sein. Er kann nur hinweisende, keine beweisende Bedeutung haben. Unter diesem Gesichtspunkt muß die Ansicht Fröhlers unbeachtet bleiben. Selbst wenn er sich auf die hinweisende Bedeutung des gesetzgeberischen Willens berufen wollte, ist seine Ansicht eindeutig widerlegt worden. Aber auch die Gegenmeinung ist durch den Willen der Mitglieder des Parlamentarischen Rates, sogar wenn wir annehmen, daß die angegebenen Zwecke verfolgt wurden, nicht begründet. Sie bedarf noch der Beweisführung aus dem Grundgesetz selbst.

Aus ähnlichen Gründen muß auch die Schlußfolgerung Nawiaskys abgelehnt werden. Dafür, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Bund und Ländern hinsichtlich der Beurteilung der drei Ziffern die Auffassung des Bundesgesetzgebers nicht unbedingt maßgebend zu sein braucht, führt er an, daß die Vorranggesetzgebung des Ch.-E. im Grundgesetz als konkurrierende Gesetzgebung bezeichnet wird.¹⁾ Abgesehen davon, daß es sehr zweifelhaft sein kann, ob sich die Bezeichnung auf den Vorrang in der Zuständigkeit zur Gesetzgebung oder auf den in der Geltung der Gesetze bezieht, also auf Absatz II oder I des Art. 72, würde es eine Begriffsjurisprudenz höchst anfechtbarer Art sein, wollte man auf diese Weise das Grundgesetz auslegen.

§ 19 Von den im Schrifttum zum Problem gebrachten Gedanken und Hinweisen fällt damit eine große Anzahl für eine eingehendere Betrachtung fort. Bestehen bleiben die wertvollen Hinweise Kratzers auf die Lehre des Verwaltungsrechtes, denen hinsichtlich der Bedeutung der Ziffern die Ansichten von Grewe und Strauß entgegenstehen. Auch seine Bedenken wegen der Übernahme der Regeln des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in das verfassungsgerichtliche Verfahren sind nicht

1) NAWIASKY: Grundgedanken, 117

ohne weiteres abzuweisen. Sie werden von manchen geteilt.¹⁾ Alle diese Ansichten sind aber nicht genügend begründet. Es steht lediglich Behauptung gegen Behauptung. Das gilt ganz besonders von den umstrittenen Meinungen über die Bedürfnisprüfung. Es werden an die Feststellung, daß die Bedürfnisprüfung eine politische Entscheidung verlange, zwar allgemeine Folgerungen wegen der Überprüfung durch das BVerfG geknüpft,²⁾ auf die Frage, warum die Bedürfnisprüfung politisch sei, geht jedoch keiner näher ein. Das Wesen der politischen Entscheidung kann aber erst Auskunft über seine Überprüfbarkeit geben.

Ipsen, Zinn, Grewe und Strauß verlangen, daß das BVerfG die Bedürfnisentscheidung nur dann überprüfen dürfe, wenn das Ermessen offensichtlich überschritten sei. Im Sinne der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich und der Grundsätze, die sich allgemein und besonders in der Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt hätten, dürften Merkmale und Entscheidungen, die dem Ermessen unterlägen, der Prüfung durch das BVerfG entzogen sein.³⁾ Die Nachprüfung der hochpolitischen, im Zusammenwirken von Bundestag und Bundesrat getroffenen Entscheidung, würde das BVerfG unweigerlich in den politischen Kampf hineinzerrren. Der Rechtsstreit, mit dem Vorwurf der Rechtsverletzung gegen den Bund, würde einer Verfassungskrise gleichkommen. Die Erfahrungen mit dem Staatsgerichtshof aus der Weimarer Zeit sollten gelehrt haben, daß die Entscheidung juristisch nicht zu finden sei und die Justiz dabei alles zu verlieren habe.⁴⁾ Das Verfassungsgericht mache sich dadurch zum gesetzgebenden Organ.⁵⁾ Dagegen leugnet Schäfer diese Bedenken, da nicht jedes Gericht zuständig sei, sondern nur das BVerfG. Damit sei eine Rechtsunsicherheit ausgeschlossen, im Gegenteil, eine einheitliche Linie in der Auslegung und die Aufstellung von Richtlinien gewährleistet.⁶⁾ Ringelmann legt nur Wert darauf,

1) Veröffentlichungen der Staatsrechtler, Heft 9; BACHOF: 119; APELT: 120; KAUFMANN: 128; DERNEDE: Besprechung der Weinh. Tagung; Weinheimer Tagung, 114; BÜHLER: 121; JOEL: 126.

2) HOEPFNER: 654

3) IPSEN: Prüfungszuständigkeit, 491; Weinheimer Tagungsbericht ZINN: 42, GREWE: 63, STRAUSS: 61

4) DERNEDE: Besprechung d. Weinh. Tagung, 414

5) vgl. Anmerkung 2)

6) SCHÄFER: 30

daß nicht nur der Ermessensmißbrauch vom BVerfG geprüft werde, sondern auch die Ermessensüberschreitung.¹⁾

Es werden aber auch Bedenken erhoben, ob im Verfassungsrecht überhaupt eine Überprüfung der Ermessensfehler möglich ist, ob es auf diesem Rechtsgebiet überhaupt Ermessensfehler gibt, wie von Mangoldt es formuliert.²⁾ In der Neigung, die in der Verwaltungsrechtsprechung entwickelte Lehre von den Ermessensfehlern zu übernehmen, wird nach Dornedde³⁾ die Wesensverschiedenheit zwischen Legislative und Exekutive übersehen. Wir finden hier den gleichen Gedanken wieder, den auch Kratzer äußert; doch kommen beide zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen. Es ist interessant, daß diese beiden Ansichten, die die äußersten Grenzen markieren, zwischen denen alle Lösungsversuche liegen, aus ein- und demselben Argument hergeleitet werden. Der bedeutungsvolle Unterschied in den Auffassungen, wie er in diesen beiden Ansichten besonders zu Tage tritt, hat auf der Weinheimer Tagung dazu geführt, daß man eine Stellungnahme zu dem Problem der Bedürfnisprüfung nach Art. 72 II ohne nähere Untersuchung für unmöglich hielt.⁴⁾

Die Sichtung und Würdigung des Schrifttums zum Problem weist aber auch den Weg, auf dem die Untersuchung zu erfolgen hat. Da fast allgemein auf die Lehre zur Bedürfnisprüfung im Verwaltungsrecht hingewiesen wird, bedarf es nach einer allgemeinen Erklärung des Bedürfnisbegriffes selbst der genaueren Erörterung der Lösung, die im Verwaltungsrecht gefunden wurde, und der Gründe dazu. Nur so kann dann festgestellt werden, inwieweit diese Lehre übernommen werden kann und welche Unterschiede bestehen. Nur auf diesem Wege ist auch zu erkennen, welche Schlußfolgerungen aus evtl. bestehenden Unterschieden zu ziehen sind.

VI. Kapitel:

Der Bedürfnisbegriff als unbestimmter Gesetzesbegriff.

§ 20 "Das Vorliegen eines Bedürfnisses darf angenommen werden, wenn jemand einer Sache oder einer Einrichtung bedarf und sie ihm nicht oder nicht in ausreichendem Maße zur Verfü-

1) RINGELMANN: Weinheimer Tagung, 120

2) Kommentar unter Art. 72 Nr. 3, 387

3) Besprechung der Weinh. Tagung, 414

4) vgl. insbesondere die Bemerkung JOELS auf der Weinheimer Tagung, 126

gung steht." ¹⁾ Diese abstrakte Fassung beweist die Notwendigkeit, den Bedürfnisbegriff näher zu erklären, damit er für den konkreten Fall sein Wesen erhält. Er empfängt seinen Inhalt erst durch die Beziehung zu einem bestimmten Gegenstand, zu einer bestimmten Einrichtung, nach denen ein Bedürfnis besteht. Seine konkrete Bedeutung erhält er erst durch die Beziehung zu einer bestimmten Person oder einem bestimmten Personenkreis, denen es an der Sache oder Einrichtung mangelt. Nach den Beziehungen zum Gegenstand und zum Träger des Bedürfnisses können wir verschiedene Arten des Bedürfnisses unterscheiden. Hinsichtlich seines Gegenstandes kann das Bedürfnis mittelbar oder unmittelbar gegeben sein. Das unmittelbare Bedürfnis richtet sich direkt auf Erhalt des Gegenstandes oder der Einrichtung, während sich das mittelbare Bedürfnis nur darauf bezieht, daß die Gelegenheit geboten wird, den Gegenstand des Bedürfnisses zu erhalten. So handelt es sich bei dem Bedürfnis des Gaststättengesetzes (Gast.G.) ²⁾ § 1 um eine Gelegenheit zum Logieren bzw. die Möglichkeit, Speisen und Getränke zu kaufen, nicht darum, daß der Wirt eine Schankwirtschaft erhält, nicht also um dessen unmittelbaren Vermögensvorteil.

Die Regelung, die vom dem Vorliegen des mittelbaren Bedürfnisses abhängig gemacht worden ist, schafft nur eine verbesserte Lebensstellung des Trägers des Bedürfnisses und keine verbesserte Rechtsstellung. Dagegen meint der § 16 des Schußwaffengesetzes vom 12. 4. 28 das unmittelbare Bedürfnis des Antragstellers auf Erhalt der Schußwaffe. Hier erhält der Antragsteller eine gehobene Rechtsstellung. Auch im Art. 72 II des Grundgesetzes soll das unmittelbare Bedürfnis des Gesamtvolkes nach bundesgesetzlicher Regelung befriedigt werden. Das Bundesgesetz, das auf Grund dieses Bedürfnisses ergeht, kommt diesem Bedürfnis unmittelbar nach. Auch hier wird eine verbesserte Rechtsstellung geschaffen; denn Träger des Bedürfnisses ist das Gesamtvolk. Wenn die Länder^m ihren Rechten dadurch vielleicht beschränkt werden, so ist das für unsere Betrachtung hier ^{un-}maßgeblich.

1) OLSHAUSEN: Begriff und Nachweis des Bedürfnisses, 466
2) Gaststättengesetz v. 28.4.1930 (RGBl. I, 146)

Aus einer Gegenüberstellung der drei Beispiele erkennen wir, daß die Frage des unmittelbaren oder mittelbaren Bedürfnisses nicht unbedingt damit zusammenhängt, ob der Träger des Bedürfnisses ein Einzelner oder eine Gemeinschaft ist. Nach dem Träger des Bedürfnisses läßt sich ein privates und ein öffentliches Bedürfnis unterscheiden. Wenn das Gesetz als Träger des Bedürfnisses im Auge hat, wenn es eine Regelung von dem Vorliegen eines Bedürfnisses abhängig macht, läßt sich oft nur aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Normierung beantworten. Selbst wenn man berücksichtigt, daß im öffentlichen Recht das öffentliche Interesse im Vordergrund steht, ist damit diese Frage noch nicht gelöst. Es kann sehr wohl sein, daß ein öffentliches Interesse daran besteht, das Bedürfnis eines Einzelnen zu befriedigen. Ein Beispiel dafür bietet der schon erwähnte § 16 des Schußwaffengesetzes. Allerdings ist dieses wohl der einzige Fall einer gesetzlichen Anerkennung eines privaten Bedürfnisses. Sonst wird ein Bedürfnis nur anerkannt, wenn ein größerer Kreis von Personen ein tatsächliches Bedürfnis nach einer Sache oder Einrichtung hat. Dabei braucht nicht jedermann dieses Bedürfnis zu teilen, es genügt, wenn der Kreis derjenigen, die des Gegenstandes bedürfen, so groß ist, daß vom Standpunkt des öffentlichen Interesses auf das Bedürfnis Rücksicht zu nehmen ist. Das Interesse von privater Seite, das aus anderen Gründen eine dem Bedürfnis entsprechende Lösung wünschenswert oder unerwünscht sein läßt, muß dabei vollkommen unberücksichtigt bleiben. Das öffentliche Bedürfnis ist also nicht gleichzusetzen dem öffentlichen Interesse. Vielmehr wird nach dem öffentlichen Interesse die Frage nach privatem oder öffentlichem Bedürfnis entschieden. Eng damit im Zusammenhang steht die Frage, ob das Bedürfnis vom subjektiven oder objektiven Standpunkt aus vorhanden sein muß. Auch hier gibt das öffentliche Interesse den Ausschlag. Es ist sehr wohl möglich, daß das subjektive Bedürfnis eines Einzelnen oder einer Gemeinschaft maßgebend sein soll. Für das Gebiet des öffentlichen Rechtes wird dieses subjektive Bedürfnis aber nur dann beachtet werden können, wenn es vom Standpunkt des öffentlichen Interesses aus objektiv anerkannt werden muß. Daraus folgt, daß im öffentlichen Recht der Bedürfnisbegriff stets objektiviert ist; auch dann, wenn es sich um ein privates Bedürfnis handelt.

Was ist hier aber unter Objektivität zu verstehen? Man könnte sie erzielen, wenn man das Durchschnittsbedürfnis des Trägers, sei es eines Einzelnen oder eines mehr oder minder großen Personenkreises, zu Grunde legt. Abgesehen davon, daß dieses Durchschnittsbedürfnis schwer zu bestimmen wäre, bedeutete diese Betrachtungsweise eine Anerkennung des subjektiven Bedürfnisses. Das öffentliche Interesse stimmt jedoch nicht unbedingt mit der Durchschnittsauffassung des Betroffenen Personenkreises überein. Dieser Einwand muß auch im demokratischen Staate bestehen bleiben. So wird zum Beispiel bei § 1 Gast.G. gesagt werden, können, daß es nicht im öffentlichen Interesse liegt, das subjektive Bedürfnis der Allgemeinheit nach alkoholischen Getränken zu befriedigen. Rein objektiv gesehen, ist der Genuß von alkoholischen Getränken aus gesundheitlichen Gründen vielleicht überhaupt abzulehnen. Der Staat übernimmt es hier, einen Ausgleich zu schaffen zwischen dem rein subjektiven Bedürfnis und dem rein objektiven. Auch das rein objektive Bedürfnis wird nicht anerkannt. Die Gründe dafür mögen verschiedener Natur sein. Um bei dem Beispiel zu bleiben, steht dem absoluten Alkoholverbot gegenüber, daß dem Verlangen nach Alkohol sowohl aus Gründen des allgemeinen Wohlbefindens als auch wegen der Unmöglichkeit, ein solches Verbot praktisch durchzusetzen, - man denke an die Prohibition in den USA mit den Folgen des Schwarzkaufes und des Schmuggels - in gewissem Maße nachzukommen ist. Das objektive Bedürfnis ist also dasjenige subjektive Bedürfnis, das aus Gründen des öffentlichen Interesses anerkannt werden muß.

Das öffentliche Interesse wird dabei von den Organen des Staates wahrgenommen. Es soll nicht unerwähnt bleiben, daß die Objektivität dadurch noch eine Beeinträchtigung erfahren kann, daß die Organe nach ihrer persönlichen Auffassung über das öffentliche Interesse entscheiden können. Gerade diese mangelhafte Objektivität ist es, die den Bedürfnisbegriff problematisch erscheinen läßt. Solange dieser Mangel nicht aufgehoben worden ist, bleibt der Bedürfnisbegriff unbestimmt.

Auch hinsichtlich der Zeit, in der das Bedürfnis bestehen soll, sind Variationen möglich. Das Bedürfnis kann gegenwärtig oder zukünftig, vorübergehend oder dauernd sein. Während

zwar meistens nur ein dauerndes Bedürfnis im Gesetz berücksichtigt wird, bieten die Saisongeschäfte ein Beispiel dafür, daß auch vorübergehende Bedürfnisse ihre Bedeutung haben. Für den Nachweis eines Bedürfnisses kommt nach Olshausen bei der Gaststättenerlaubnis nur ein schon bestehendes in Betracht.¹⁾ Dieser Feststellung kann man wohl allgemein für jeden Bedürfnisbegriff zustimmen. Bloße Vermutungen oder unsichere Hoffnungen auf ein zukünftiges Bedürfnis werden nicht nachgewiesen werden können. Es ist jedoch zu beachten, daß die Normierung eines Bedürfnisses als Voraussetzung einer Regelung immer eine Zukunftserwartung enthält. Wenn es die Voraussetzung für eine Regelung ist, daß jemand einer Sache bedarf, die er nicht hat, so soll doch durch die Regelung dem Mangel abgeholfen werden. Ein Bedürfnis als Voraussetzung verliere sonst jeglichen Sinn. Gerade die Art und Weise und der Umfang, mit und in dem der Mangel behoben werden soll, lassen Rückschlüsse auf den Inhalt und die Bedeutung des jeweiligen Bedürfnisbegriffes zu. Insbesondere lassen sich daraus Hinweise auf den Grad und das Maß der Objektivität des anerkannten Bedürfnisses herleiten.

Es ergibt sich, daß der Bedürfnisbegriff in seiner abstrakten Form vollständig unbestimmt ist. Aber auch dann, wenn der Zusammenhang genauere Angaben über den Gegenstand und über den Träger des Bedürfnisses macht, bleibt der Begriff mangels einer möglichen absoluten Objektivität unbestimmt. Für derartige Begriffe hat sich die Bezeichnung unbestimmter Gesetzesbegriff in Rechtsprechung und -lehre durchgesetzt. Die Begriffe sind damit in klaren Gegensatz zu den bestimmten Gesetzesbegriffen gestellt worden, bei denen irgendwelche Zweifel wegen ihrer objektiven Eindeutigkeit nicht auftauchen können. Nicht gesagt ist mit dieser Bezeichnung, daß der Begriff absolut unbestimmbar ist. Wenn bei den unbestimmten Gesetzesbegriffen ihr Inhalt wegen der mangelhaften Objektivität mehrdeutig ist, so müssen sie im konkreten Fall doch bestimmt werden. Stehen die Grenzen dessen, was der Begriff umfaßt, auch nicht von vornherein fest, so muß im An-

1) OLSHAUSEN: Begriff und Nachweis des Bedürfnisses, 466 unter I 3 b

wendungsfall doch eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob etwas innerhalb der Grenzen oder außerhalb derselben liegt. Es kann allerdings zweifelhaft sein, nach welchen Grundsätzen diese Entscheidung zu treffen ist. Ist dem zuständigen Organ des Staates eine Wahl gelassen worden, unter mehreren Möglichkeiten eine Rechtsfolge herauszusuchen, die nach seiner persönlichen, subjektiven Auffassung die richtige ist, so handelt es nach freiem Ermessen. Liegt die Unbestimmtheit jedoch nur darin, daß nähere Umstände zu beachten sind, die zwar im Gesetz in der abstrakten Form nicht genau berücksichtigt werden konnten, im Einzelfall aber doch objektiv zu bewerten sind, so liegt eine Rechtsgebundenheit vor. Die Unbestimmtheit ist also nicht absolut; die unbestimmten Gesetzesbegriffe sind ihrem Wesen nach wohl bestimmbar. Das Gesetz hat lediglich auf eine genaue Festlegung des Begriffes verzichtet und diese einem Organ des Staates überlassen, sei es einem Verwaltungsorgan, sei es - bei der Bedürfnisgesetzgebung - den Gesetzgebungsorganen.

§ 21 a Die Gründe, die zum Gebrauch der unbestimmten Gesetzesbegriffe führen, sind richtungswesend für die Art, wie die Begriffe zu bestimmen sind, ob, mit anderen Worten, der Inhalt des Begriffes nach freiem Ermessen festzulegen ist oder rechtsgebunden ist.

In Deutschland geht das Streben seit 1945 dahin, dem Ideal der Gerechtigkeit im Staate auf der Grundlage des Rechtsstaates möglichst nahe zu kommen. Im Zuge dieser Bestrebungen liegt es, wenn dem Staat und seinen Organen jegliche Maßnahme der Willkür unmöglich gemacht wird, indem die Staats-tätigkeit dem Recht unterworfen wird. So bindet der Art. 20 Absatz III GG die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Das bedeutet für die Gesetzgebung, daß ihre Gesetze nicht gegen die Verfassung verstoßen dürfen, für die Verwaltung, daß sie nur unter Befolgung der Sollenssätze von Gesetz und Recht tätig werden darf.

Es ist nun fraglich, ob der Verwaltung auch ein von übergeordneten Normen freies Gebiet überlassen worden ist. Es ist anzuerkennen, daß auch die Verwaltung ebenso wie die Gesetzgebung

einen freien Tätigkeitsbereich hat. Dieser besteht dort, wo sie nicht gegen den ihr übergeordneten Normenbereich verstößt. Um der Rechtssicherheit zu dienen, müssen wir aber verlangen, daß die Verwaltung dann untätig bleibt, wenn sie bei ihrem Handeln in irgendeiner Weise in die Rechts- und Freiheitsphäre des Bürgers eingreift. Für diesen Fall muß für ihr Handeln eine gesetzliche Ermächtigung vorliegen. Leider hat das Grundgesetz diesen sogenannten Vorbehalt des Gesetzes nicht allgemeingültig ausdrücklich ausgesprochen, doch wird er in mehreren Artikeln erwähnt.¹⁾

Die Rechts- und Freiheitsphäre des einzelnen Bürgers wird umso eingeschränkter sein, je mehr Menschen auf engem Raum zusammenleben. Dieser Satz hat seine Berücksichtigung auch im Grundgesetz gefunden, wo im Artikel 2 jedem das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit eingeräumt wird, so weit er dabei nicht die Rechte anderer verletzt. Leben die Menschen dicht gedrängt auf engem Raum zusammen, so ist die Gefahr sehr groß, daß einer in die Rechtsphäre des anderen eingreift. Die Rechte müssen also in gerechter Weise gegen-einander abgegrenzt werden. Die Begrenzung der Freiheitsrechte darf nicht dem Zufall und der größeren Macht überlassen bleiben, sondern muß in einer Gesellschaftsordnung geregelt sein. Diese Ordnung zu wahren, ist Aufgabe der Verwaltung. Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß für eine Vielzahl von Lebensgebieten ein Bedürfnis nach gesetzlicher Regelung besteht.

Ebenso wie die Gesetzgebung der Verwaltung die Ermächtigung zur Aufrechterhaltung der Ordnung gibt, hat die Verfassung die Grundlagen dafür zu schaffen, daß die Kompetenzverteilung zwischen den gesetzgebenden Organen nicht der Willkür überlassen bleibt. Auch hier soll die Staatstätigkeit einsetzen, soweit sie Sollenssätze der Verfassung befolgt. Auf normenfreiem Gebiet soll sie aber nicht in die Rechte anderer zur Gesetzgebung berechtigter Körperschaften eingreifen. Da man von einer generellen Notwendigkeit zur Gesetzgebung ausgehen kann, - wir konnten sie eben bei der Verwaltung fest-

1) vergl. Art. 2 II, 6 III, 10, 11 II, 14 III

stellen - muß die Verfassung dafür Vorsorge treffen, daß die Kompetenzen der Gesetzgebungsorgane ordnungsgemäß von einander abgegrenzt sind.

Je komplizierter der Staatsaufbau ist, desto genauer müssen die Funktionen der einzelnen Organe gegeneinander abgewogen sein, damit die Staatstätigkeit in den vorgesehenen Bahnen läuft. Setzen wir an die Stelle des Bürgers des Staates die Länder, so erhalten wir auf dem Gebiet der Gesetzgebung hinsichtlich des Rechtsschutzes vor rechtswidrigen Übergriffen ein ähnliches Bild wie auf zahlreichen Gebieten der Verwaltung.

Ein Unterschied besteht allerdings darin, daß bei der Gesetzgebung nicht in die Kompetenzen von Organen gleicher Stufen eingegriffen werden soll, während die Verwaltung die Rechte der untergeordneten Staatsbürger zu respektieren hat. Das Bestreben, alles dem Recht zu unterwerfen, erfordert aber dort wie hier, daß das Recht diese Funktion tragen kann.

Aus dem Unterschied zwischen Verwaltung und Gesetzgebung hinsichtlich des zu berücksichtigenden Interessenschutzes ergibt sich für die Gesetzgebung eine Einschränkung gegenüber unserer Feststellung. Die absolute Unterwerfung unter das Recht mit der Folge der gerichtlichen Nachprüfung getroffener Entscheidungen kommt bei der Gesetzgebung nur für Zuständigkeitsfragen und für den Fall in Betracht, daß spezielle Normen ein freies Ermessen oder eine völlige Entscheidungsfreiheit ausschließen. Die Verfassungsordnung weist der gesetzgebenden Körperschaft nur die Grenzen an, innerhalb deren sie ermächtigt wird, unter politischer Verantwortung die Fülle der Interessen und Gesichtspunkte zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen.¹⁾ Der Gesetzgeber erst kann bestimmte Rechtsätze schaffen; die Verfassung gibt ihm dafür die Ermächtigung und legt die Grenzen seiner Kompetenzen fest. Jede gesetzgeberische Tätigkeit wäre überflüssig, würde schon die Verfassung genaue Anweisungen für das "Wie" der gesetzlichen Regelung geben. Der Gesetzgeber muß lediglich rechtlich gebunden sein, die Grenzen, die sich aus der Grundordnung für seinen Aufgabenbereich ergeben, einzuhalten. Diese Grenzen ziehen die

1) FORSTHOFF: Lehrbuch, 352

Zuständigkeitsregelungen, nach denen bestimmt wird, welches gesetzgebende Organ im konkreten Fall kompetent ist. Sie folgen außerdem aus materiellen Bestimmungen der Verfassung, die besonderen Interessen aus grundlegenden Erwägungen hervorragenden Schutz gewähren. Insoweit finden wir das Erfordernis einer Regelung durch übergeordnete Rechtssätze auch auf dem Gebiete der Gesetzgebung.

- b) Folgen wir dem Gedanken der Rechtssicherheit weiter, so möchten wir von den übergeordneten Normen verlangen, daß sie bestimmte Rechtssätze schaffen. Der Sachverhalt soll klar und eindeutig durch einen scharf umrissenen Tatbestand erfaßt sein. Für den Tatbestand soll eine objektiv eindeutige und zwingende Rechtsfolge angeordnet sein. Dadurch würde die Rechtssicherheit allgemein gewährleistet sein, besonders auch dadurch, daß durch die Möglichkeit einer Kontrolle seitens der vorgesetzten Behörden und der Gerichte die Befolgung der gesetzlichen Anordnungen gesichert sein würde.

Diesem Verlangen stehen jedoch Schwierigkeiten gegenüber. Einmal ist es fraglich, ob es dem Gesetzgeber möglich ist, diesem Streben nach Rechtssicherheit stets nachzukommen, und zum andern, ob die konsequente Durchführung dieser Idee wirklich erstrebenswert ist.

Dem Gesetzgeber wird es nicht immer gelingen, allen Möglichkeiten durch eine abstrakte Regelung gerecht zu werden. Will er die Interessen aller derjenigen, die im Einzelfall durch die gesetzliche Regelung selbst oder durch die Folgen dieser Anordnung betroffen werden, gerecht abwägen und dementsprechend berücksichtigen, muß er auch sämtliche für die Interessenten wesentlichen Tatumstände kennen, die sich aus den verschiedenen örtlichen und zeitlichen Verhältnissen ergeben. Dabei kommen wirtschaftliche, soziale und politische Gegebenheiten in Betracht, mögen sie auf dem Gebiete der Verwaltung oder der Gesetzgebung liegen. Stets ist die Kenntnis aller wesentlichen Tatumstände Voraussetzung für eine gerechte Normierung. Die Normen, die der Staatstätigkeit ihre Richtung und Grenzen geben, müssen allen diesen Gegebenheiten Rechnung tragen und den jeweiligen Situationen entsprechende Regelungen enthalten.

Das bedeutet, wenn wir an dem Streben nach unbedingter Bestimmtheit festhalten, daß der Gesetzgeber immer mehr von einer abstrakten Erfassung der Tatbestände abgehen müßte und dafür alles bis ins Einzelne zu regeln hätte. Der Erfolg würde letztlich sein, daß wir unser Recht in Fallsammlungen finden würden statt in Rechtssätzen.

Solange der Ablauf der Dinge in festgelegten Bahnen läge, könnte diese Feststellung noch keine Bedenken hervorrufen. Das Leben und die Geschichte stellt uns aber stets vor neue Aufgaben. Von einem Gleichmaß im Geschehensablauf kann sicherlich nicht gesprochen werden. Nie gleicht ein Abschnitt der Geschichte völlig dem andern, und kein Mensch kann voraussagen, was die Zukunft birgt. Da aber Rechtssätze für die Zukunft gelten sollen, kann auch eine kasuistische Gesetzgebung niemals in völliger Bestimmtheit jeden Tatumstand erfassen. Selbst der Versuch, alle Möglichkeiten vorzusehen, müßte, an der Vielseitigkeit des Stoffes gemessen, an den menschlichen Fähigkeiten scheitern. Darüber hinaus hat besonders die Verfassung niemals die Aufgabe, jede Einzelheit zu regeln.

Daraus folgt die zweite Frage nach dem Erstrebenswerten einer unbedingt bestimmten Regelung in jedem Fall. Schüfe der Gesetzgeber trotz seines Unvermögens, die Tatumstände in gerechter Abwägung der Interessen abstrakt zu erfassen, unbedingte, scharf umrissene, bestimmte Rechtssätze, so ergäbe sich als Folge eine Starrheit unseres Rechtssystems, die dem Ideal der Gerechtigkeit eher widersprechen würde, als sie ihm förderlich wäre. Die Unkenntnis und Nichtbeachtung von wesentlichen Umständen könnten Interessen, die eigentlich geschützt werden sollten, verletzen. Die zwingende Norm ließe diesen Schaden unvermeidbar bleiben. Das Gesetz zwänge zum Unrecht.

Wenn wir um der Rechtssicherheit willen eine Bestimmtheit der Rechtssätze verlangen, so ist dafür Voraussetzung, daß die Rechtssätze dem Ideal der Gerechtigkeit nicht widersprechen. Die Gerechtigkeit muß höher stehen als die Rechtssicherheit, letztere verlore sonst ihren Sinn und das Recht seinen Zweck. Ist alle Staatstätigkeit dem Recht unterworfen, so dürfen die Organe des Staates nicht gezwungen werden, schutzwürdige Interessen zu verletzen. Gehen wir von der festgestellten

Notwendigkeit aus, daß sowohl die Verwaltung als auch die Gesetzgebung durch übergeordnete Normen einer Ermächtigung bedürfen, in welcher Form sie die Interessen aller gegeneinander abzuwägen haben, so müssen diese Ermächtigungen die Möglichkeit bieten, alle Tatumstände, die auf die Rechtslage von Einfluß sein können, gerecht zu berücksichtigen. Dieser Anforderung kommt der Gesetzgeber nach, indem er Rechtssätze schafft, die im Einzelfall einer Ausfüllung mit Rücksicht auf besondere politische, soziale oder wirtschaftliche Verhältnisse sowohl fähig als auch bedürftig sind.

Derartige Rechtssätze werden einmal durch die sogenannte Generalklauseln geschaffen, zum anderen durch die unbestimmten Gesetzesbegriffe. Dadurch wird dem zuständigen Organ des Staates die Möglichkeit gegeben, unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse eine gerechte Interessensabwägung vorzunehmen. Diese Lösung erhält ihren besonderen Wert unter dem Gesichtspunkt, daß das zuständige Organ der jeweils zu regelnden Materie näher steht als der Gesetzgeber der übergeordneten Norm. Der Gesetzgeber, der die Anweisung erließ, überträgt auf Grund seines Unvermögens, jede Sachlage genau zu übersehen und in abstrakter Form gerecht zu erfassen, die Aufgabe der gerechten Interessensabwägung an dasjenige Organ des Staates, das auf Grund seines speziellen Tätigkeitsbereiches und der damit verbundenen besseren Kenntnis der technischen und tatsächlichen Grundlagen dafür besonders geeignet erscheint.

§ 22 Die Übertragung der Aufgabe der gerechten Interessensabwägung kann nun verschiedener Art sein. Das zuständige Organ des Staates kann ermächtigt werden, die Abwägung nach seinem freiem Ermessen vorzunehmen. Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß seine Entscheidung rechtsgebunden sein soll. Die Unterschiede zwischen Ermessen und Rechtsgebundenheit wurden schon aufgezeigt. Hier kann dem jetzt noch hinzugefügt werden, welche Gründe zu der einen oder anderen Form der Ermächtigung führen.

Die unbestimmten Gesetzesbegriffe haben wir als geeignete Hilfsmittel kennengelernt, mit denen der Gesetz- bzw. Verfassungsgesetzgeber auch dann der Gerechtigkeit dienen will,

wenn er außerstande ist, einen bestimmten Rechtssatz zu bilden. Kann er alle Möglichkeiten voraussehen, die in irgendeiner Form für die Entscheidung rechtlich von Bedeutung sein können, so wird er auch dementsprechende Rechtsfolgen planen, er wird bestimmte Rechtsbegriffe anwenden. Der Rechtssatz wird dann für jeden Tatbestand auch eine klare Rechtsfolge vorsehen. Bei Rechtsbegriffen kann eine Unbestimmtheit nur noch darin liegen, daß es einer Prüfung bedarf, unter welchen Tatbestand der konkrete Sachverhalt unterzuordnen ist. Wir haben es dann mit unbestimmten Rechtsbegriffen zu tun.

Da hierbei vom Rechte her gesehen nur eine allein richtige Entscheidung gegeben ist, hat sich für diese unbestimmten Gesetzesbegriffe, die hinsichtlich der Subsumtion des konkreten Sachverhaltes unter den abstrakten Tatbestand des Rechtssatzes unbestimmt sind, die Bezeichnung "unbestimmter Rechtsbegriff" durchgesetzt. Da diese Terminologie allgemein gebräuchlich geworden ist, möchte ich ihr folgen und einer einheitlichen Anwendung des Begriffes zuliebe den Mangel des Gleichklanges und der Verwechslungsgefahr mit den unbestimmten Gesetzesbegriffen, dem Oberbegriff, hinnehmen. Auf keinen Fall dürfen die unbestimmten Rechtsbegriffe stets mit den unbestimmten Gesetzesbegriffen gleichgesetzt werden; zu diesen zählen außerdem die Ermessensbegriffe.

Bei den Ermessensbegriffen war es dem Gesetzgeber nicht möglich, alle Gegebenheiten vorzusehen. Der Rechtssatz muß daher auch einer bestimmten Rechtsfolge ermangeln. Die Norm kann nur die Grenzen anzeigen, innerhalb deren evtl. die Interessen gegeneinander abgewogen werden können. Nur soweit schutzwürdige Interessen überhaupt nicht in Betracht kommen können, darf auf eine Begrenzung der Ermächtigung an das zuständige Organ vollkommen verzichtet werden. In diesem Fall sind Verwaltung und Gesetzgebung gegenüber dem höheren Recht weitgehend frei; es besteht gar keine Notwendigkeit für eine einschränkende Norm. Die Ordnungsfunktion des Rechtes ist überflüssig, wo keine Gefahr besteht, daß andere schutzwürdige Interessen verletzt werden könnten. Wo aber diese Gefahr besteht, muß das Recht genügende Vorsorge treffen.

Vermag der Gesetzgeber nicht alle möglichen Situationen von vornherein zu erkennen, muß er sich in Erkenntnis dieser Tatsache einer rechtlichen Beurteilung derselben enthalten. So überläßt er die Beurteilung der jeweiligen Verhältnisse einem unteren zuständigen Organ. Von diesem Organ, das bei Rechtsgebundenheit in der Lage sein soll, die Situation klar zu erkennen, wird erwartet, daß es auch fähig ist, seine Erkenntnis richtig zu bewerten. Bei dem Organwalter gründet sich diese Erwartung auf seine Ausbildung und Erfahrung; bei der gesetzgebenden Körperschaft darauf, daß sie mit Mitgliedern besetzt ist, die auf Grund ihrer Wahl und ihrer Erfahrung die erforderliche Einsicht mitbringen, ihre Aufgabe zu erfüllen. Die Organe sollen ihre Entscheidung im Rahmen ihrer Pflichten nach ihrer subjektiven Einstellung zu den besonderen Verhältnissen treffen. Ihre Auffassung soll maßgebend sein. Sie sollen ihre Schlußfolgerungen für die rechtliche Beurteilung ziehen nach ihrer Auffassung von dem, was sie bei der Abwägung aller Interessen für gut und gerecht halten.

Dabei stellt es sich heraus, daß sowohl die Verwaltungsorgane die Interessen der Verwaltung als auch die gesetzgebenden Körperschaften die Interessen derjenigen, die sie im demokratischen Staat repräsentieren, in erhöhtem Maße berücksichtigen werden. Diese Tatsache muß vom Rechtssatz bedacht worden sein, wenn er diesen Organen die Entscheidungsgewalt überträgt. Der Rechtssatz hat dementsprechend dafür zu sorgen, daß andere schutzwürdige Interessen nicht benachteiligt werden. Dem Erfordernis nach gesetzlicher Regelung würde sonst nicht Genüge getan.

Der Rechtssatz begrenzt daher das Ermessen der zuständigen Organe. Für alle Fälle wird den zuständigen Organen ein Spielraum gelassen, in dem sie nach ihrer Auffassung so entscheiden können, wie sie es auf Grund der jeweiligen Situation für richtig halten. Über die Grenzen des Spielraums hinaus dürfen sie nicht gehen. Hier hat der Rechtssatz die Schranke zum Schutze anderer Interessen heruntergelassen. Diese Schutzmaßnahme darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Organe auch innerhalb des gegebenen Rahmens nicht frei bis zur Willkür sind. Es wird von ihnen erwartet, daß sie pflichtmäßig handeln. Die Grenzen ihrer Entscheidungsfreiheit sollen sie selbst erkennen. Die Grenzziehung ist als als Vorsichts-

maßnahme zu verstehen. Diese wird notwendig, weil das Organ die Pflicht, nach der es zu handeln hat, selbst bestimmt.

Aus allen Erwägungen ist zu ersehen, daß die Unbestimmtheit der unbestimmten Gesetzesbegriffe abgestuft worden ist. Soweit der Gesetzgeber alle Situationen übersehen und abstrakt genau erfassen kann, wird er die Rechtssätze bestimmt abfassen. Je größer sein Unvermögen ist, desto weiter wird der Spielraum sein, innerhalb dessen einem Organ die Aufgabe zufällt, selbständig Entscheidungen zu treffen. In der Reihe der Abstufungen vom weitesten Ermessensspielraum über den immer enger werdenden Spielraum zum unbestimmten und letztlich zum bestimmten Rechtsbegriff liegt zwischen Ermessen und Rechtsgebundenheit ein deutlicher Schnitt. Die Anerkennung von mehreren möglichen Rechtsfolgeentscheidungen durch den Rechtssatz bei den Ermessensbegriffen macht der Billigung nur einer einzigen objektiv richtigen Entscheidung durch den Rechtssatz bei den Rechtsbegriffen Platz. Immerhin bleibt festzuhalten, daß der Unterschied zwischen Ermessen und Rechtsgebundenheit lediglich graduell ist.

§ 23 Gibt es nun einen tieferen Grund dafür, daß Ermessen und Rechtsgebundenheit sich in ihrem Wesen und Auswirkungen deutlicher von einander unterscheiden als die anderen Abstufungen innerhalb der unbestimmten Gesetzesbegriffe? Hinsichtlich der Ermessensbegriffe hatten wir festgestellt, daß es dem Gesetzgeber nicht möglich ist, alle Situationen vorzusehen, und es ihm deshalb auch versagt bleiben müsse, entsprechende rechtliche Schlußfolgerungen zu ziehen. Dagegen wird bei den Rechtsbegriffen eine derartige Schlußfolgerung durch den Rechtssatz schon vorgenommen. Die möglichen Situationen werden hier entsprechend berücksichtigt. Sie müssen also auch voraussehbar sein. Der Grund für die Unbestimmtheit liegt allein darin, daß in der abstrakten Norm nicht allen konkreten Möglichkeiten mit völliger Eindeutigkeit Rechnung getragen werden kann. Der generell geltende Rechtssatz soll den konkreten Möglichkeiten des Einzelfalles dennoch gerecht werden. Als Ursache der Unterscheidung ist meines Erachtens die Unvorhersehbarkeit der konkreten, rechtlich bedeutungsvollen Gegebenheiten bei den Ermessensbegriffen und die abstrakte Erfassung der erheblichen Tatsachen bei den Rechtsbegriffen

anzusehen. Sowohl die Unvorhersehbarkeit wie die abstrakte Erfassung führen zu unbestimmten Gesetzesbegriffen, diese jedoch zu Rechts- und jene zu Ermessensbegriffen.

So erklärt es sich auch, daß der Ermessensbegriff dem Organ des Staates eine weitere wichtige Aufgabe überläßt. Das Organ kann seine Entscheidung selbst motivieren. Während bei den Rechtsbegriffen der Rechtssatz irgendwelche Fragen über den Sinn und Zweck seiner Anordnung nicht mehr aufkommen läßt, gibt der Ermessensbegriff die Möglichkeit, die Entscheidung darauf abzustellen, wie sie sich für die Zukunft auswirken wird. Der Blick in die Zukunft, den der Begriff dem Organ gestattet, ist dem Ermessensbegriff eigentümlich. Wie die ungewisse Zukunft den Gesetzgeber zwingt, einem anderen Organ die Entscheidung zu überlassen, so sollen auch die Gedanken und Erwartungen des Organs über die Zukunft Grundlage seiner Entscheidung sein. Wo die Zukunftserwartung aus der Betrachtung ausgeschlossen worden ist, kann kein Ermessen mehr eingeräumt sein, sondern liegt Rechtsgebundenheit vor, wie umgekehrt eine Rechtsgebundenheit in Verbindung mit Zukunftsplanung undenkbar ist.

Die Trennungslinie zwischen den beiden Arten von unbestimmten Gesetzesbegriffen, die durch die Unvorhersehbarkeit und die abstrakte Erfassung als Ursache ihrer Unbestimmtheit so klar gezogen zu sein scheint, ist jedoch nicht leicht zu erkennen. Die Tatsache des graduellen Unterschiedes bleibt bestehen und wird bestätigt durch die Möglichkeit, daß sich scheinbare Ermessensbegriffe zu Rechtsbegriffen "entwickeln". Die Unvorhersehbarkeit, die zunächst angenommen wurde, liegt in Wirklichkeit nicht vor. Den Organen wurde bei Erlaß des Rechtssatzes ein freies Ermessen eingeräumt. Diese haben dann in steter Anwendung des betreffenden Begriffes die verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten eindeutig festgestellt. Die Objektivität, die mangels der Erkennbarkeit der verschiedenen Situationen zu fehlen schien, ist in der Praxis gewonnen worden. Es handelte sich von Anfang an um Rechtsbegriffe. Die Unvorhersehbarkeit war nur relativ, vom Standpunkt des Rechtes aus gesehen also nur scheinbar. Ein Recht kann auch bestehen, wenn es unserer Erkenntnis noch nicht oder nur schwer zugänglich ist.

Diese Entwicklung vom Ermessensbegriff zum Rechtsbegriff wird beschleunigt durch die Tätigkeit der vorgesetzten Behörden und der Gerichte. In der Verwaltung ist der Organwalter an die Weisungen der vorgesetzten Behörde gebunden. Diese trägt auch die Verantwortung für die Entscheidungen der abhängigen Stelle. Daher muß ihr auch ein Kontrollrecht über deren Entscheidungen gegeben sein, auch dann, wenn diese innerhalb des Rahmens einer Ermessensfreiheit liegen. So wird sich der Organwalter bei seinen Entscheidungen nach der Meinung der vorgesetzten Behörde richten. Die Anschauungen der oberen Behörde geben einen Maßstab für die Entscheidungen. An die Stelle der subjektiven Einstellung des Organwalters tritt objektiv die der vorgesetzten Behörde. Die Entscheidungsfreiheit wird immer mehr eingeschränkt und weicht schließlich der Rechtsgebundenheit. Die Gerichte üben mit ihrer Tätigkeit eine ähnliche Funktion aus. Da sie die Ermessensfehler überprüfen können und müssen, prüfen sie stetig die Grenzen des Ermessens. Sobald der Ermessensrahmen sich verengert hat, werden sie diese Tatsache feststellen.

Es ist nun die Frage zu stellen, ob es auch Ermessensbegriffe gibt, die sich auf eine absolute Unvorhersehbarkeit gründen. Diese Möglichkeit möchte ich bezweifeln. Es hieße an der Idee der absoluten Wahrheit achtlos vorübergehen, wollte man eine letzte Erkenntnis leugnen. Es wird jedoch immer Situationen geben, die den Menschen neu erscheinen. In concreto wird es demnach immer Begriffe geben, die eine Ermessensentscheidung erfordern, weil das umfaßte Gebiet nicht von Anfang an erkennbar ist. Dabei ist jedem Ermessensbegriff die Möglichkeit der Wandlung in einem Rechtsbegriff gegeben. Die Entscheidung, ob ein Rechtsbegriff oder ein Ermessensbegriff vorliegt, kann stets nur für die Gegenwart und die nahe Zukunft getroffen werden. Auch kann sich der Organwalter nur dann nach der Ansicht der vorgesetzten Behörde richten, wenn diese sich für eine bestimmte Situation schon eine feste Meinung gebildet hat. Er kann auch dann, wenn für einen Begriff schon viele Entscheidungen getroffen worden sind, vor Situationen gestellt werden, die eine freie, ungebundene Beurteilung von ihm erfordern, da eine Interessenabwägung auf Grund besonderer Gegebenheiten, die bisher noch nicht vorgelegen haben und berücksichtigt worden sind, notwendig ist.

Daraus erhellt aber auch, daß eine Entwicklung vom Ermessensbegriff zum Rechtsbegriff gerade dort schwierig und langsam vor sich gehen wird, wo keine vorgesetzte Behörde besteht. Das ist bei der Gesetzgebung des Bundes und der Länder der Fall. Diese tragen die Verantwortung für ihr Handeln selbst; es gibt keine übergeordnete Instanz, die für die gesetzgebenden Körperschaften der Länder und des Bundes die Verantwortung übernimmt. Man spricht hier von der sogenannten politischen Verantwortung. Ob allerdings dem Bundesverfassungsgericht eine ähnliche Aufgabe wie die hier besprochene einer vorgesetzten Behörde übertragen worden ist, d. h. richtungweisend für eine Objektivierung der Auffassungen über die Abwägung von Interessen zu sein, erscheint zweifelhaft. Es besteht immerhin die Möglichkeit, daß es in Form einer schiedsrichterlichen Funktion, indem es einen Meinungsstreit zwischen den Vertretern der Bundes- und Länderinteressen entscheidet, eine weitergehende Aufgabe hat als die Gerichte in dieser Hinsicht allgemein haben, nämlich lediglich, die jeweiligen Grenzen des Ermessens festzustellen. Auf diese Frage kann an dieser Stelle jedoch nur hingewiesen werden. Ihre Beantwortung erfordert eine vorhergehende Prüfung der Aufgaben und des Wesens der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit.

VII. Kapitel:

Der verwaltungsrechtliche Bedürfnisbegriff als unbestimmter Rechtsbegriff.

§ 24 Im Verwaltungsrecht hat die Bedürfnisprüfung noch ein weiteres Problem auftauchen lassen. Es handelt sich darum, ob nicht durch Art. 12 GG, der die Gewerbefreiheit zusichert, die Voraussetzung für die Zulassung zu einem Beruf, daß ein Bedürfnis vorliegen muß, aufgehoben worden ist. Die Untersuchung dieser interessanten und hochaktuellen Frage wird uns aber in der Lösung unseres Problems keinen Schritt weiterbringen. Wenn wir überhaupt auf den verwaltungsrechtlichen Begriff eingehen, so nur deshalb, um ihn selbst, sein Wesen und die daraus notwendigen Schlußfolgerungen kennenzulernen. Dafür muß die Frage der Anwendbarkeit des Bedürfnisbegriffes im Verhältnis zu Art. 12 GG außer Betracht bleiben.

In zahlreichen Fällen ¹⁾ wird die Zulassung zu einem Beruf davon abhängig gemacht, daß ein Bedürfnis vorliegt. Mittelpunkt aller Erörterungen, die sich um diesen Bedürfnisbegriff ergeben, wurde der § 1 II des Gast.G. Besonders nach dem Kriege war die Frage, ob es sich dabei um einen Ermessensbegriff oder um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, wieder lebhaft umstritten. Während es früher herrschende Meinung war, daß der Bedürfnisbegriff im Verwaltungsrecht dem Organwalter ein freies Ermessen einräumt, konnten die Verwaltungsgerichte mit der Aufnahme ihrer Tätigkeit feststellen, daß diese Auffassung nicht mehr gerechtfertigt ist. Gerade durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist im Verwaltungsrecht hinsichtlich des Bedürfnisbegriffes ein Wandel in den Auffassungen eingetreten. Heute kann der Streit wohl als dahingehend gelöst betrachtet werden, daß der Bedürfnisbegriff im Verwaltungsrecht als unbestimmter Rechtsbegriff anerkannt wird.

Wie schon festgestellt wurde, handelt es sich bei dem Bedürfnisbegriff des Gast.G. um ein mittelbares Bedürfnis. Es soll die Möglichkeit zum Erhalt von Speisen und Getränken gegeben sein. Der Träger des Bedürfnis ist die Allgemeinheit. Wenn auch nicht das gesamte Volk, so sollen doch alle Personen des Verwaltungsbezirkes die Möglichkeit erhalten, Speise und Getränke in der Gaststätte zu kaufen. Weiterhin muß das mittelbare Bedürfnis der Allgemeinheit objektiv gegeben sein. Die Schwierigkeiten solcher Objektivierbarkeit wurden schon erörtert. Mit dieser Frage der Objektivität ist der Ansatzpunkt zur Lösung des Problems gegeben. Die Feststellung, daß es sich außerdem um ein gegenwärtiges Bedürfnis handelt, das sowohl vorübergehend wie dauernd bestehen kann, ist demgegen-

1) § 42 b I u. § 56 II Ziffer 1 der Gewerbeordnung; § 42 b in NRW durch § 2 des Gesetzes vom 7.12.48 (GVBl., 302) und Niedersachsen durch § 8 des Ges. v. 29.12.48 (GVBl., 188) aufgehoben. Bekanntmachung zur Gew. Ord. des Bundesrates v. 27.11.96 unter II A Ziffer 4 (RGBl. I, 746). AVO zum Gast.G. v. 21.6.30 (RGBl. I, 191) i.d.F. v. 19.1.38 (RGBl. I 37). - § 2 Speisewirtschaftsgesetz v. 16.7.34 (RGBl. I, 709) - § 1 II Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz v. 13.12.35 u. § 9 AV v. 13.12.35 (RGBl. I, 1478 u. 1481). - § 10 II des Hebammengesetzes v. 21. 12. 38 (1893). - § 9 II Personenbeförderungsgesetz v. 4.12.34 (1217) i.d.F. v. 6.12.37 (1319). - § 1 II G. über das Versteigerungsgewerbe e.d.F. v. 12.1.38 (202).

über von untergeordneter Bedeutung.

In der Verwaltung müssen hinsichtlich der Fragen, ob ein Bedürfnis vorliegt, objektive Maßstäbe gefunden worden sein, die es dem Organwalter ermöglichen, die Frage zu bejahen oder zu verneinen, ohne daß er dafür hinsichtlich der Rechtsfolge, die sich daraus ergibt, irgendwelche Betrachtungen anzustellen braucht. Er muß seine Entscheidung auf gegebene Tatsachen stützen können, der Blick in die Zukunft ihm versagt bleiben. Auf dieser These baut auch wohl die Lehre Forsthoffs auf, der die Unterscheidung zwischen Rechtsbegriff und Ermessensbegriff danach vornehmen will, ob der Begriff ein Werturteil erfordert, oder ob er allein auf Grund von gegebenen Erfahrungssätzen anzuwenden ist.¹⁾ Ohne Bedenken kann dieser Lehre hinsichtlich der empirischen Begriffe zugestimmt werden. Hat sich für die Anwendung eines Begriffes empirisch eine allgemein anerkannte objektive Auffassung gebildet, so kann nur noch diese maßgebend sein. Eine subjektive Betrachtungsweise über den Sinn und Zweck der sich aus der Anwendung des Begriffes ergebenden Rechtsfolge muß dann fortfallen. Die besonderen Tatumsstände, die eine gerechte Interessenabwägung erfordern, sind dann schon bewertet. Dabei ist zu beachten, daß die Erfahrungen eines Organwalters, auch wenn er sie in langer Praxis erprobt hat, nicht als Erfahrungen im Sinne der empirischen Begriffe anzusehen sind. Dafür muß eine allgemein anerkannte, also objektive, Schlußfolgerung gegeben sein.

Zweifel tauchen bei der Lehre von Forsthoff aber hinsichtlich der Unterscheidung nach Wertbegriffen auf. Es sind Zweifel, die auch gegenüber einem anderen Unterscheidungsversuch geltend gemacht werden müssen. Danach liegen Rechtsbegriffe nur dann vor, wenn die Entscheidung über das Vorliegen des Begriffes eine Tätigkeit des logischen Schließens erfordert.²⁾ Der Satz ist nur dann richtig, wenn gesagt wird, daß ein Rechtsbegriff vorliegen muß, falls lediglich ein logischer Schluß vom Organ verlangt wird. Auch die unbestimmten Rechtsbegriffe können bei ihrer Anwendung eine Bewertung notwendig sein lassen. Wie wir gesehen haben, ist das bei der Subsumtion des konkreten Sachverhaltes unter den Tatbestand des Rechtssatzes

1) FORSTHOFF: Lehrbuch I, 69

2) vgl. Entscheidung des Bayr. VGH v. 24.11.48

häufig der Fall. Wir können also feststellen, daß eine Bewertung für die Ermessensbegriffe unbedingt erforderlich ist, bei den unbestimmten Rechtsbegriffen aber auch nicht ausgeschlossen bleibt. Eine ausschließliche Anwendung durch logische Schlußfolgerungen ist allein bei den unbestimmten Rechtsbegriffen möglich, bei den Ermessensbegriffen aber unmöglich.

Die Schwierigkeit der Unterscheidung liegt also allein bei den Begriffen, die eine Bewertung erfordern. Allerdings bezieht sich die Bewertung bei den Ermessensbegriffen auf eine andere Frage als bei den unbestimmten Rechtsbegriffen. Während sie sich beim Ermessen auf die Rechtsfolge richtet, auf deren Sinn und Zweck, setzt der Rechtsbegriff eine bestimmte Rechtsfolge voraus und läßt nur noch die Frage offen, ob der konkrete Sachverhalt dem Tatbestand mit seiner angeordneten Rechtsfolge zugehört. Daraus hat man den Satz entwickelt, daß ein Ermessensbegriff nur im Rechtsfolgesatz stehen könne.¹⁾

Diese Behauptung wird vielfach aus den eben dargelegten Gründen ihre Bestätigung finden, doch ist sie logisch nicht zwingend. Eine Wahl des Ermessens kann bei vielen Möglichkeiten bestehen. Auf jeden Fall müssen aber mindestens zwei Entscheidungen zur Wahl gestellt sein. Auch bei zwei Möglichkeiten kann die Entscheidung noch sehr verschieden motiviert sein. Das Wesen der Ermessensentscheidung, ihre unbestimmte Objektivität mit der Billigung von mehreren verschiedenen Auffassungen vom Sinn und Zweck der Rechtsfolge durch den Rechtsatz, ist auch bei zwei Entscheidungsmöglichkeiten noch gegeben.

Die Wahlmöglichkeit zwischen zwei Rechtsfolgen kann nun auch durch einen unbestimmten Begriff im Tatbestandssatz eingeräumt worden sein. Rechnet das Organ einen konkreten Sachverhalt zum Tatbestand, so entscheidet es sich für die Rechtsfolge des Rechtssatzes, rechnet es ihn nicht dazu, entfällt die Rechtsfolge dieses Rechtssatzes. Nehmen wir zum Beispiel den Begriff des "Erforderlichen", so können wir ihn sowohl in den Rechtsfolgesatz stellen als auch in den Tatbestandssatz,

1) JELLINEK, W: Verwaltungsrecht, 33 Anm. 2 das Zitat zu SEYDEL: Bayr. Staatsrecht III. Bd. 412, stimmt nicht.

ohne daß damit in der Frage Ermessen oder Rechtsgebundenheit ein wesentlicher Unterschied deutlich würde. Wenn es heißt, das Organ hat bei einem bestimmten Tatbestand das "Erforderliche" zu tun, so hat es eine sehr große Wahl von Möglichkeiten innerhalb des Ermessensspielraums des "Erforderlichen". Wird ihm eine bestimmte Rechtsfolge aufgetragen, wenn es "erforderlich" ist, so wird seine Wahl auf zwei Entscheidungen beschränkt. Über die Frage des Ermessens oder der Rechtsgebundenheit ist durch die Stellung im Tatbestands- oder Rechtsfolgesatz jedoch nichts ausgesagt.

Der wesentliche Unterschied zwischen den Bewertungen bei den Ermessensbegriffen und den unbestimmten Rechtsbegriffen liegt nur darin, daß beim Ermessen mehrere Werturteile rechtlich gebilligt sind, während bei Rechtsgebundenheit nur eine einzige Entscheidung als richtig anerkannt ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist nach einem Unterscheidungsmerkmal zu suchen. Wir können nicht so weit gehen wie Nebinger, der eine Unterscheidungsmöglichkeit nach objektiven Maßstäben vollkommen ablehnt und die Abgrenzung danach vornehmen will, was der Gesetzgeber jeweils gewollt hat.¹⁾ Dem muß entgegengehalten werden, daß der Wille des Gesetzgebers nicht Gesetzeskraft hat.²⁾ Da außerdem häufig mit einem unbestimmten Gesetzesbegriff ein Ermessen eingeräumt wird, das sich in Rechtsgebundenheit wandelt oder das schon von Anfang an ein nicht erkennbarer unbestimmter Rechtsbegriff war, ist die Auffassung Nebingers auf keinen Fall haltbar.

Wir können folglich die Unterscheidung nur danach treffen, ob eine Anwendung des Begriffes nach objektiven Maßstäben, die eine Berücksichtigung der Rechtsfolge für die Zukunft seitens des Organs überflüssig machen, möglich ist. Ist sie möglich, so muß bei dem allgemeinen Streben nach Rechtssicherheit und -gebundenheit verlangt werden, daß die objektiven Maßstäbe auch herangezogen werden. Wir kommen somit um eine eingehende Untersuchung jedes Begriffes nicht herum, wenn wir feststellen wollen, ob er sich als ein unbestimmter Rechts- oder ein Ermessensbegriff darstellt.

1)

1) NEBINGER: Verwaltungsrecht, 226

2) vgl. Seite 26 dieser Arbeit

Die Argumente, die von den Verwaltungsgerichten dafür vorgebracht wurden, daß der Bedürfnisbegriff im Verwaltungsrecht ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, beziehen sich letzten Endes auch alle auf diese Unterscheidungsmöglichkeit. Allerdings waren die Gerichte für den Bedürfnisbegriff des § 1 II des Gast.G. bis zum Inkrafttreten der VGVO einer Entscheidung darüber, ob es sich um einen Ermessensbegriff oder einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, enthoben. Der § 18 des Gast.G. unterwarf die Bedürfnisprüfung ausdrücklich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Durch § 23 der VGVO wurden aber Ermessensentscheidungen der richterlichen Überprüfung entzogen. Falls der Bedürfnisbegriff des Gast.G. dem Organwarter ein freies Ermessen einräumen würde, müßte die VGVO als das jüngere Gesetz den § 18 des Gast.G. aufgehoben haben. In diesem Sinne entschied auch das OVG Hamburg in seiner Entscheidung v. 11. 7. 49.¹⁾

Wir haben zwar festgestellt, daß eine richterliche Überprüfung des freien Ermessens den Ermessensbegriffen wesensmäßig nicht entspricht und unlogisch ist.²⁾ Doch ist dem Hamburger OVG zuzustimmen, daß die prozessrechtliche Anordnung der gerichtlichen Kontrolle nicht entscheidend sein kann für die materiell-rechtliche Frage, ob ein unbestimmter Rechts- oder ein Ermessensbegriff vorliegt. Es ist schon betont worden, daß die generelle Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle nichts über die Unterscheidung aussagen kann.³⁾ Die potentielle Zuständigkeit eines Gerichtes, selbst wenn sie enumerativ geregelt ist, bleibt für die Frage vollkommen bedeutungslos. Aber auch bei einer ausdrücklichen Anordnung der gerichtlichen Kontrolle ergeben sich Zweifel. Die logische Schlußfolgerung, daß freies Ermessen und richterliche Kontrolle unvereinbar sind, hat mit rechtsverbindlicher Kraft erst die VGVO gezogen. Es besteht durchaus Anlaß zu der Annahme, daß sie bei Normierung des Gast.G. nicht beachtet worden ist. Die Einordnung des Bedürfnisbegriffes in die Gruppe der Rechts- oder Ermessensbegriffe ist eine materiell-rechtliche Frage, die für das System des Verwaltungsrechtes einheitlich geregelt sein muß.

1) MDR, 1949 III, Heft 10, 638 ff

2) vgl. Seite 13 dieser Arbeit

3) vgl. " 24 " "

Allein das Gast.G. ordnet die richterliche Kontrolle an, alle anderen Gesetze und Verordnungen, die den Bedürfnisbegriff enthalten, weisen eine entsprechende Bestimmung nicht auf. Die Regelung des Gast.G. muß daher als Ausnahmeregelung betrachtet werden. Wenn sonst auch der Umkehrschluß möglich sein mag, daß eine ausdrücklich angeordnete gerichtliche Überprüfung für einen unbestimmten Rechtsbegriff spricht, da dieser eine Kontrolle durch die Gerichte zuläßt, der Ermessensbegriff sie aber ausschließt, so wäre es unstatthaft und fehlerhaft, den Schluß aus der Ausnahmeregelung des Gast.G. zu ziehen.

§ 25 So bleiben denn zwei Feststellungen im Sinne unseres gewöhnlichen Unterscheidungsmerkmals bestehen. Der § 2 des Gast.G. verlangt für die Zulassung des Bewerbers von diesem den Nachweis des Bedürfnisses. Ein Nachweis ist aber nur dann möglich, wenn er objektiv einhellig feststellbar ist. Er kann sich nur auf gegebene Tatsachen stützen; Zukunftserwartungen kann niemand "nachweisen". Der Antragsteller soll auch das Organ nicht in dessen subjektiver Auffassung überzeugen.¹⁾

Dieser Nachweis ist umso leichter zu führen, als es genauere Bestimmungen dafür gibt, wann ein Bedürfnis anzuerkennen ist. Im Absatz III des § 1 Gast.G. wurden Reich und Länder ermächtigt, die Umstände zu bestimmen, unter denen ein Bedürfnis anzuerkennen ist. Von dieser Ermächtigung ist vielfach Gebrauch gemacht worden, insbesondere vom Reich in der Reichsausführungsverordnung vom 21. 6. 30 in der geltenden Fassung vom 19. 11. 38. In diesen Ausführungsverordnungen werden dem Organ objektive Maßstäbe in die Hand gegeben, nach denen es über das Vorliegen eines Bedürfnisses entscheiden kann. Betrachtet man diese objektiven Maßstäbe, so ist festzustellen, daß sie auf Faktisches zurückgreifen. Das Organ ist in der Lage, seine Entscheidung auf erkennbaren Tatsachen aufzubauen. Vermutungen über den Geschehensablauf in der Zukunft sind ihm erspart. Wenn es auch die besonderen zeitlichen und örtlichen Umstände bewertet, so bleibt es doch objektiv, da seine Entscheidung auf eindeutig feststellbaren Tatsachen beruht. Da dem Organ diese objektiven Maßstäbe gegeben worden sind,

1) OVG Lüneburg in seinen Entscheidungen vom 8.2.50 DVBl. 1950 Heft 7, 214 f. u. v. 9.1.51. DVBl. 1951, 381 f.

müssen wir von ihm verlangen, daß es seine Bewertung nach ihnen vornimmt und zwar nur nach ihnen.¹⁾

Der hier vorgenommenen Folgerung wird man entgegenhalten können, daß sie nur für den Bedürfnisbegriff des § 1 II des Gast.G. zutrefte, der aber ebenso Ausnahmecharakter haben könne wie der § 18 dieses Gesetzes. Doch auch für die anderen Bedürfnisprüfungen im Verwaltungsrecht haben sich im Laufe einer längeren Verwaltungspraxis objektive Maßstäbe herauskristallisiert, deren Berücksichtigung wir vom Organ verlangen müssen. Wenn auch nicht immer eine ausdrückliche Aufstellung der Maßstäbe in Gesetzen oder Verordnungen erfolgt ist, so ist das auch nicht erforderlich. Es genügt, daß die Objektivität überhaupt gegeben ist. Außerdem muß eine objektive Beurteilung des Bedürfnisses bei der Zulassung zu allen Berufen möglich sein, ~~wenn diese Möglichkeit bei der Zulassung zu allen Berufen möglich sein, wenn diese Möglichkeit bei einem Beruf besteht.~~ Ein Verstoß gägegen würde im Widerspruch zum Gleichheitsgrundsatz stehen, der im Grundgesetz im Art. 3 I ausdrücklich normiert worden ist. Der Bedürfnisbegriff muß im Verwaltungsrecht allgemein als unbestimmter Rechtsbegriff anerkannt werden. Wie in der Rechtsprechung, so wird auch in der Rechtslehre diese Auffassung herrschend vertreten.²⁾

Der Bedürfnisbegriff des § 1 II Gast.G. bietet außerdem ein gutes Beispiel dafür, daß unter Umständen die schwierige Unterscheidung einfacher ist als mit Hilfe der eben aufgezeichneten Merkmale. Der § 2 des Gast.G. gibt dem Antragsteller das Recht, unter mehreren Voraussetzungen von der Verwaltungsbehörde die Zulassung zu verlangen. Liegen die Fälle der Ziffern 1 - 5 des § 2 nicht vor und weist der Antragsteller ein Bedürfnis nach, so ist die Verwaltung verpflichtet, die Erlaubnis zu erteilen. Ob die Fälle der Ziffern 1 - 5 vorliegen oder nicht, ist klar zu entscheiden, da vollkommen bestimmte Tatbestände-

1) vgl. die Entscheidungen der LVG: Gelsenkirchen vom 13.10.49 in DVBl. H. 7 (1950), 217 f und Minden v. 22.11.49, DVBl. H. 7 (1950), 216 f; der OVG: Lüneburg v. 8.2.50, DVBl. (1950), 214 f; Lüneburg v. 9.2.51, DVB 1. (1951), 381 f; und Münster v. 14.11.49, MDR (1950), 377 ff; Münster v. 27.2.50 und 20.9.50, beide unveröffentlicht.

2) BÜHLER: Die subjektiven öffentlichen Rechte, 173; W. JELLINEK: Verwaltungsrecht, 33/34; NEBINGER: 230, Anm. 27; PETERS: Verwaltungsrecht, 11 u. 92; FORSTHOFF: 72.

aufgestellt worden sind. Das Organ kann in diesem Fall über das Vorliegen des Bedürfnisses nicht nach seinem freien Ermessen entscheiden, da der Antragsteller von der Behörde eine positive Leistung verlangen kann und diese zu der Leistung verpflichtet ist. Wird irgendjemandem in einem Rechtssatz ein derartiges Recht eingeräumt, dem eine Leistungspflicht gegenüber steht, so darf es nicht im Ermessen des Organs stehen, über Bestand und Umfang des Rechtes bzw. seiner Leistungspflicht zu bestimmen. Recht und Verpflichtung müssen eindeutig, objektiv bestimmbar sein, andernfalls wären sie keine Rechte oder Verpflichtungen. Über den Bedürfnisbegriff muß also in eindeutiger Weise eine Entscheidung getroffen werden können. Der Antragsteller kann keinen Anspruch darauf haben, daß der Organwahrer eine ganz bestimmte persönliche Ansicht über das Bedürfnis hat. Das würde bedeuten, daß der Antragsteller von den Auffassungen des Organwahrers abhängig wäre, was nicht als Recht angesehen werden kann. Die subjektive Einstellung, die eine Ermessensentscheidung erfordert, verträgt sich nicht mit dem Anspruch des Antragstellers.

Die Auffassung, daß dort ein freies Ermessen ausgeschlossen ist, wo durch den Rechtssatz für den an der behördlichen Verfügung Interessierten ein Rechtsanspruch begründet werden soll, ist auch allgemein anerkannt. Sie wird lediglich für eine erschöpfende Unterscheidungsmöglichkeit zwischen Ermessen und Rechtsgebundenheit abgelehnt.¹⁾ Das entspricht auch unserer bisherigen Erörterung. Wir haben nur festgestellt, daß ein Ermessen dann nicht gegeben sein kann, wenn ein Anspruch aus dem Rechtssatz hergeleitet werden kann. Es bleibt aber ein sehr großes Gebiet bestehen, in dem kein derartiger Anspruch gewährt wird, aber auch ein freies Ermessen ausgeschlossen ist; die Frage nach Rechtsgebundenheit oder Ermessen muß in diesem Falle auf anderer Grundlage entschieden werden.

§ 26 Die Feststellung, daß ein individueller Anspruch ein freies Ermessen ausschließt, zwingt zu einer näheren Untersuchung und Begründung dieser These. Zunächst ist dabei zu beachten, daß es sich um einen Anspruch handeln muß. Im Rahmen dieser Schrift soll unter Anspruch diejenige Rechtsbefugnis verstanden werden, bei der einer bestimmten Berechtigung eine be-

1) FORSTHOFF: Lehrbuch, 73

stimmt rechtliche Verpflichtung gegenübersteht. Damit sind die Rechtsstellungen unter einem Gesichtspunkt eingeschränkt worden, ^{der} bei dem Streit um den Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte eine erhebliche Bedeutung erlangt hat. Das Wesen und die Grenzen der subjektiven öffentlichen Rechte sind derartig umstritten, daß auf eine Erörterung dieser Fragen in der vorliegenden Arbeit verzichtet werden muß. Da eine einheitliche Definition des Begriffes der subjektiven öffentlichen Rechte bisher nicht gelungen ist, müßten wir uns erst mit den verschiedenen Lehrmeinungen zu diesem Problem auseinandersetzen und eine klare Begriffsbestimmung herausarbeiten. Daher soll die Frage, inwieweit ein subjektives öffentliches Recht eine Ermessensbetätigung ausschließt, unbeantwortet bleiben. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kann und soll nur die Frage behandelt werden, welche Rechtsstellungen und -beziehungen es logischerweise dem Organ verbieten, die Rechtsfolge eines Rechtssatzes nach seinem freien Ermessen zu bestimmen. Eine derartige Rechtsstellung wird, wie wir gesehen haben, durch einen Anspruch gegen den Staat oder ein staatliches Organ auf eine Leistung zugunsten eines Individualinteresses durch den Rechtssatz verliehen. Es bedarf jedoch einer genauen Abgrenzung und Erklärung dessen, was unter einem Anspruch zu verstehen ist.

Voraussetzung dafür, daß der Einzelne auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts eine Rechtsstellung gegenüber dem Staat haben kann, die sich aus einer Berechtigung einerseits und einer Verpflichtung andererseits zusammensetzt, ist eine Struktur der gesamten Rechtsordnung, wie sie in Deutschland erst Mitte des vorigen Jahrhunderts verwirklicht wurde. Das ist ein Staat, in dem auch die Staatsgewalt der Rechtsordnung unterworfen worden ist.¹⁾ Es ist lange Zeit darüber gestritten worden, ob und wie weit der Staat dem Recht untergeordnet werden kann. Aus der Souveränität des Staates leitet man seine Befugnis her, in Zeiten des Notstandes die Rechtsordnung zu durchbrechen, so daß von einer Unterwerfung unter die Rechtsordnung nicht gesprochen werden könnte. Es geht aber nicht an, die Rechtslage vom Ausnahmefall aus zu betrachten. Wir

1) Lehrbuch, 152 FORSTHOFF.

müssen vom Normalfall ausgehen. Unter diesem Gesichtspunkt muß die Überordnung der zwischenstaatlichen, völkerrechtlichen Normen und der allgemeinen Sätze der verfassungsmäßigen Grundordnung über den Staat anerkannt werden. Das gilt auch für das innerstaatliche Verwaltungsrecht. Allerdings kann der Staat dabei nicht in seiner Gesamtheit aufgefaßt werden, sondern muß im Sinne der Lehre von der Gewaltentrennung aufgeteilt in Organen gesehen werden.¹⁾ Die Vorstellung vom Staat als einer juristischen Person ermöglicht es, daß die Berechtigung des Einzelnen einen Adressaten und Verpflichteten erhält.²⁾ Nur so sind die subjektiven Rechtsbeziehungen zwischen öffentlichen Rechtsträgern erklärbar, wie zum Beispiel der Fürsorgeerstattungsanspruch des vorläufig verpflichteten Fürsorgeverbandes gegen den endgültig verpflichteten nach § 14 der Fürsorgepflichtverordnung v. 13. 2. 24.

Die Rechtssätze gewähren nun manchmal nur reflexmäßig eine Rechtsstellung, die nicht zu einem persönlichen Anspruch gesteigert zu sein braucht. Diese Rechtsstellung darf nicht mit einem Anspruch verwechselt werden, wenn sie auch mit einem Klageschutz ausgestattet sein kann. Es wird häufig von einem Gesetzesvollziehungsanspruch des Staatsbürgers³⁾ gesprochen, der sich gegen Eingriffe des Staates durch irgendein Organ in die geschützten Interessen des Einzelnen richtet, wenn das Organ nicht durch eine rechtliche Ermächtigung gedeckt ist. Dieser Klageschutz kann nur zur Vermeidung von Rechtswidrigkeiten zu seinem Nachteil von dem betroffenen Staatsbürger geltend gemacht werden. Er kann in diesem Fall auch verlangen, daß ein staatliches Organ sein Ermessen nicht fehlerhaft ausübt. Die Ermessensbetätigung selbst steht jedoch mit den Reflexrechten keineswegs im Widerspruch, solange sie sich nur in den gegebenen Grenzen hält. Denn die Ausübung des Ermessens erfolgt im Zuge der Befolgung eines Rechtssatzes, der dem Organ zu seinem Handeln die Ermächtigung erteilt. Der Klageschutz des Einzelnen ist frühestens dann gegeben, wenn der Organwahrer gegen den Rechtssatz verstößt; selbst dann kann

1) THOMA: Hdb dt StR II, 607 ff

2) FORSTHOFF: Lehrbuch, 152

3) WOLFF: Abwendungsanspruch, 127, Anm. 14, wo der Begriff des Gesetzesvollziehungsanspruches in der Formulierung als zu weitgehend abgelehnt wird.

er nur anerkannt werden unter der weiteren Bedingung, daß dabei geschützte Interessen des Einzelnen verletzt werden.

Die Rechtslage ändert sich für die Frage, ob der Organwalter nach freiem Ermessen entscheiden kann, auch nicht, wenn der Rechtssatz die Behörde zu einem Tun im Interesse einer anderen Person verpflichtet, ohne daß der andere die Erfüllung der Verpflichtung verlangen kann. Das ist der Fall der sogenannten Destination. Forsthoff behauptet zwar, daß die logische Schlußfolgerung in diesem Fall ein freies Ermessen ausschließe, da die Behörde über die Voraussetzung ihrer Pflicht nicht selbst bestimmen könne. Diese logische Schlußfolgerung sei aber bedeutungslos, solange in Gesetzen davon Ausnahmen zu finden seien. Eine derartige Ausnahme stelle der § 57 Gewerbeordnung dar, nach dem der Wandergewerbeschein nur unter gewissen Voraussetzungen zu versagen ist. Über das Vorliegen der Voraussetzungen entscheide aber die Behörde nach ihrem freien Ermessen.¹⁾ Dieser Begründung vermag ich nicht zu folgen. Ist lediglich die Behörde verpflichtet, etwas zu tun, ohne daß der Verpflichtung eine Berechtigung des Einzelnen entspricht, so stehen die Gesetze der Logik dem nicht entgegen, daß der Organwalter über die Voraussetzung seiner Pflicht selbst entscheidet. Erst die Gegenüberstellung von Berechtigung und Verpflichtung macht die Einräumung eines Ermessens unmöglich. Ohne Berechtigung des Staatsbürgers ist der Organwalter an nichts gebunden als an seine Pflicht. Es ist aber das Typische des Ermessens, daß derjenige, dem es eingeräumt worden ist, die Pflicht, an die das Ermessen gebunden ist, selbst näher bestimmt. Diese Pflicht entspringt der Unterordnung der Verwaltung unter das Recht und ist daher aus dem Rechtssatz und seinem Zusammenhang näher zu entwickeln. Auf keinen Fall schließt also die Verpflichtung der Behörde für sich allein ein freies Ermessen des Organwalters aus.

Zu dem gleichen Ergebnis kommen wir im umgekehrten Fall, wo die Zivilperson zwar berechtigt worden ist, ihrer Berechtigung aber keine Verpflichtung der Behörde gegenübersteht, bei der sogenannten Gestattung. Auch hier ist kein Grund zu finden,

1) FORSTHOFF: Lehrbuch, 73 Anm. 6; - Der § 57 der Gew.Ord. lautet: "Der Wandergewerbeschein darf außerdem nur dann versagt werden..." Es folgen die einzelnen Versagungsgründe, die sich alle als objektive feststellbare Tatsachen darstellen.

der ein freies Ermessen ausschließen könnte. Die Rechtsstellung des Einzelnen könnte die Behörde nur dann in einer Weise, die die Ermessensbetätigung ausschließt, binden, wenn sie eine dahingehende Verpflichtung der Behörde begründen würde. Wenn eine Verpflichtung der Behörde nicht gegeben ist, kann diese auch ein freies Ermessen haben.

Wir haben die Möglichkeit, daß der Zivilperson bei der Verletzung ihrer Interessen ein Klageschutz zusteht, nicht ausgeschlossen. Voraussetzung dafür ist jedoch, - das muß betont werden, - eine Rechtsstellung der Zivilperson, ein Rechtszustand allein genügt nicht. Die Grundlage des vom Recht gewährten Schutzes muß von Anfang an gegeben sein. Das ist zumindest eine Berechtigung auf der einen Seite oder eine Verpflichtung auf der anderen. Ohne diese Grundlage kann der Einzelne vielleicht vom Bestand der konkreten Rechtsordnung profitieren. Es liegt dann der Fall der Verstattung vor, des Reflexrechtes im engeren Sinn. Wir haben somit eine Steigerung der Rechtsposition vom Rechtszustand über die Rechtsstellung zum Anspruch zu beachten.

Der Klageschutz, der der Verletzung der Rechtsstellung entspringt, wird häufig als Anspruch bezeichnet. Doch muß im Gegensatz zum Zivilrecht im öffentlichen Recht eine scharfe Trennungslinie zwischen positiven und negatorischen Ansprüchen gezogen werden. Der Grund dafür liegt in der unterschiedlichen Bedeutung des Ermessens in den beiden großen Rechtsgebieten. Das Zivilrecht kennt zwar die Privatautonomie, freie Ermessensentscheidungen sind ihm aber wesensmäßig nicht eigentümlich; es erstrebt für jeden konkreten Fall eine allein richtige Entscheidung. Selbst bei den Generalklauseln ¹⁾ und bei unbestimmten Gesetzesbegriffen ²⁾ sowie in den Fällen, in denen das Gesetz den Ausdruck Ermessen bringt, ³⁾ ist ein freies Ermessen des Richters ausgeschlossen. Es wird regelmäßig eine Objektivität verlangt, die auf erfaßbare Tatsachen gegründet ist. Der Richter hat keine Wahl, unter mehreren Entscheidungen die nach seiner Auffassung richtige zu treffen. Eine durchgebil-

1) §§ 157, 242, 826 BGB

2) Treu und Glauben, sittenwidrig, wucherisch (§ 138 BGB), arglistige Täuschung (§ 123 BGB), grober Undank (§ 530 BGB); Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns und Frachtführers (§§ 347, 429 HGB)

3) § 315 BGB

dete Rechtsprechung hat in jahrzehntelanger Praxis in unzähligen Entscheidungen immer eindeutiger klargestellt, was im gegebenen Fall im Zweifel objektiv allein richtig ist. Da es im Zivilrecht nur eine Rechtsgebundenheit gibt, braucht auf diesem Gebiet der Unterschied zwischen positiven und negativen Ansprüchen nicht so stark beachtet zu werden.

Wo es aber ein freies Ermessen gibt, also im öffentlichen Recht, muß zwischen beiden Ansprüchen unterschieden werden. Der negatorische Anspruch schließt nämlich ein freies Ermessen nicht aus. Hat eine Rechtsstellung lediglich zur Folge, daß der Inhaber der Position von jedem anderen verlangen kann, jede Beeinträchtigung zu unterlassen, so stellt eine Ermessensbetätigung seitens eines staatlichen Organes noch nicht eine derartige Verletzung der Rechtsstellung dar. Nur wenn ein positiver Anspruch auf eine bestimmte Leistung gegeben worden ist, muß die Leistung auch objektiv eindeutig feststellbar sein. Allein in diesem Fall ist ein Ermessen des Verpflichteten logisch nicht denkbar, wie wir oben am Beispiel der Bedürfnisprüfung nach dem Gast.G. gesehen haben.

§ 27 Die Unterscheidung liegt nicht zwischen den Ansprüchen auf Leistung, die ein Tun oder Unterlassen zum Inhalt haben, sondern zwischen den Ansprüchen auf Leistung und den sogenannten Freiheitsrechten. Diese Freiheitsrechte begründen erst dann einen Anspruch, wenn sie verletzt worden sind. Sie sind also im Sinne der obigen Ausführungen als Rechtsstellungen anzusehen. In den Grundrechten sind einzelne Freiheitsrechte rechtsgrundsätzlich garantiert. Sie stehen also unter dem Vorbehalt des Gesetzes. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie bei Rechtssätzen, die die Freiheitsrechte berühren oder gar einschränken, regelmäßig die Einräumung eines freien Ermessens für die Organe des Staates ausschließen. Da sie erst dann einen "Anspruch" begründen, wenn sie verletzt worden sind, müßte die Ermessensbetätigung, wenn sie ausgeschlossen sein sollte, eine solche Verletzung darstellen. Die Zivilperson kann aber keineswegs vom Staatsorgan ein derartig bestimmtes Verhalten verlangen, das für ein Ermessen keinen Raum läßt, sondern nur, daß es nicht rechtswidrig zu ihrem Rechtsnachteil tätig wird. Die Grenzen nun, die angeben, wann noch keine Verletzung des Freiheitsrechts vorliegt und wann das

Freiheitsrecht beeinträchtigt wird, können durchaus mit den Grenzen des Ermessens zusammenfallen. Also sogar für den Fall, daß der Rechtssatz, der das freie Ermessen einräumt, das Freiheitsrecht einschränkt, ist eine Ermessensbetätigung aus Gründen der Logik nicht abzulehnen, es sei denn, der Rechtssatz steht im Widerspruch zum Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes. Von dem Gesichtspunkt aus, daß ein Anspruch eine Ermessensbetätigung des Verpflichteten nicht zuläßt, können wir also die Rechtsstellung, die das Freiheitsrecht gewährt, nicht als Anspruch anerkennen. Die Freiheitsrechte garantieren nur einen status negativus, im Gegensatz zum status positivus, der einem Anspruch auf Leistung entspricht. Die Bezeichnung und Aufteilung der staatsbürgerlichen Rechte in die Gruppen der Teilnahmerechte, Freiheitsrechte und Ansprüche als status aktivus, status negativus und status positivus stammt von Georg Jellinek. Diese Ordnung hat allgemein Anklang gefunden und bis heute ihre Bedeutung behalten.¹⁾

Es bleibt der status aktivus auf sein Verhältnis zur Ermessensbetätigung zu untersuchen. Auch das Teilnahmerecht begründet keinen Anspruch auf ein bestimmtes, gebundenes Verhalten der Behörde, das jede Ermessensbetätigung ausgeschlossen sein läßt. Hinsichtlich des Ermessens der Staatsorgane unterscheidet es sich nicht von den Freiheitsrechten. Der status aktivus baut auf dem status negativus auf, gewährt aber im Vergleich zu diesem der Zivilperson ein Mehr, nämlich das Recht auf Teilnahme an der Staatstätigkeit. Während die Freiheitsrechte den Schutz vor Eingriffen in die persönliche Sphäre garantieren, bieten die Teilnahmerechte den gleichen Schutz auch für die Positionen, die ein teilnehmendes Verhalten an der Staatstätigkeit gewähren.²⁾ Die Ausübung eines Ermessens seitens eines staatlichen Organs, durch die das Teilnahmerecht berührt oder sogar eingeschränkt wird, braucht sich nicht unbedingt als Rechtsverletzung darzustellen. Auch hier kann der status der Zivilperson in seinem Umfang durch die Grenzen des dem staatlichen Organ eingeräumten Ermessens umrissen sein. Eine Verletzung des Rechts ist allerdings dann gegeben, wenn der

1) G. JELLINEK: System der subj.-öffentlichen Rechts; vgl. PETERS: 147; FORSTHOFF: 153 Anm. 3; THOMA: Hdb dt StR II 607 ff.

2) THOMA: Hdb dt StR II 618, und die §§ 24, 35, 36, 41, 49, 53 des Hdb dt StR

Vorbehalt des Gesetzes, unter den das Teilnahmerecht gestellt worden ist, unbeachtet bleibt. Im übrigen hat auch das Teilnahmerecht nur intransitive Wirkung. Die Zivilperson kann nur verlangen, in seinem Teilnahmerecht nicht rechtswidrig beeinträchtigt zu werden. Da sie nicht beanspruchen kann, daß der Staat in ihrem Interesse in bestimmter Weise tätig wird, - der Anspruch daher auch nicht objektiv eindeutig feststellbar sein muß - stellt die Ermessensbetätigung, die ein Teilnehmerrecht irgendwie berührt, nicht unbedingt eine Rechtsverletzung dar. Der Ermessensbetätigung der Staatsorgane gegenüber schützen sie nicht weiter als die Freiheitsrechte auch.¹⁾

Allein der status positivus, der Anspruch auf konkrete Leistung gegen den Staat, der in Form von Körperschaften mit Rechtspersönlichkeit verpflichtet ist, schließt, so können wir als Ergebnis feststellen, eine Ermessensbetätigung der Staatsorgane aus. Der status positivus ist jedoch nur anzuerkennen, wenn der Berechtigung eine entsprechende Verpflichtung gegenübersteht. Unvollständige Ansprüche ergeben für sich allein noch nicht diese Schlußfolgerung, weder die Destination noch die Gestattung, da beiden die andere Seite, mit der die Rechtsstellung zum Anspruch werden würde, fehlt. Da auch sie, wie wir gesehen haben, einer Ermessensbetätigung nicht widersprechen, stellen sie im Ergebnis hinsichtlich der Ermessensfrage eine gleiche Rechtsstellung dar, wie der status negativus und aktivus, wenn der Ursprung der Positionen auch verschieden ist.

Mit der Unterordnung der Verwaltung unter das Recht ist es zu erklären, daß alle diese Positionen des Einzelnen reflexmäßig einen Klageschutz genießen können. Darin hat man etwas Gemeinsames mit den Ansprüchen gesehen und ein Merkmal der subjektiven öffentlichen Rechte erblickt.²⁾ Doch ist der gerichtliche Schutz der Rechtsstellungen zur Sicherung der Rechtsordnung allgemein notwendig; die geschützte Stellung des Staatsbürgers ergibt sich daraus als Reflex. Gleichzeitig wird die Unterordnung der Staatstätigkeit unter die Rechtsordnung einer erhöhten Kontrolle unterworfen, en-dem der ein-

1) vgl. LABAND: STAATSRECHT I 331 ff

2) THOMA: Hdb dt StR II 649 ff.

zelne Staatsbürger Verstöße der Organe des Staates gegen die rechtliche Ordnung auch dann schon durch das Gericht überprüfen lassen kann, wenn er keinen Anspruch im hier verstandenen Sinne, sondern nur eine von der Rechtsordnung anerkannte Rechtsposition inne hat. Diese Rechtsposition ist abhängig von der rechtlichen Grundordnung des Staates, sie ändert sich mit ihr, ohne daß der einzelne Staatsbürger einen Einfluß dabei geltend machen kann. Auch darin zeigt sich ein bedeutungsvoller Unterschied zwischen Anspruch und Rechtsstellung.

Eine Ausprägung hat dieser grundlegende Unterschied zwischen Anspruch und Rechtsstellung in den Verwaltungsgerichtsordnungen gefunden. Nur der Anspruch berechtigt nach § 35 II VGG und § 24 der VGVO zur Vornahmeklage. Der den Rechtsstellungen gewährte Klageschutz bei rechtswidrigen Eingriffen des Staates durch seine Organe ist in den §§ 35 I der VGG und 23 der VGVO geregelt. Auch der Art. 19 Absatz IV Satz 1 GG gehört zu diesen Regelungen eines derartigen Klageschutzes. In diesen Vorschriften wird lediglich eine Anfechtungsklage und in Verbindung damit in denen der §§ 24 VGG und 52 der VGVO eine Feststellungsklage zugelassen.¹⁾ Damit ist anerkannt, daß auch der Klageschutz, der sich bei einer Verletzung der Rechtsstellungen ergibt, ein anderer ist als der, der aus einem materiell-rechtlichen entspringt.²⁾

Auf die widerspruchsvolle Regelung, die Art. 19 Absatz 4, Satz 2 GG bringt, nach der dem Staatsbürger bei Rechtsverletzungen durch Organe des Staates der ordentliche Rechtsweg offen steht, wenn eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist schon mehrfach hingewiesen worden.³⁾ Auf die dagegen angemeldeten Bedenken kann hier nicht näher eingegangen werden. Es soll darauf verwiesen und dem hinzugefügt werden, daß

1) Über diese Klagerechte Näheres siehe bei WOLFF: Abwendungsanspruch, 119 ff.

2) Es bleibe dahin-gestellt, ob nur die Ansprüche im hier verstandenen Sinne als subjektive öffentliche Rechte zu bezeichnen sind oder ob auch die Rechtsstellungen dazu gehören. Wenn für die subjektiven öffentlichen Rechte immer wieder verlangt wird, daß der Rechtssatz, auf dem sie beruhen, zwingend ist und damit ein Ermessen ausschließt, - BÜHLER: Die subjektiv-öffentlichen Rechte, 21; FORSTHOFF: Lehrbuch, 155 - so sei hier dazu bemerkt, daß dieses Erfordernis nur bei den Ansprüchen in hier entwickelten Sinne gegeben ist.

3) KLEIN: Generalklausel; sowie in Grundgesetz und Rechtsstaat, 406 - 409.

der vorgeschriebene ordentliche Rechtsweg für Verletzungen der Rechtsstellungen des Einzelnen schon unter dem Gesichtspunkt als nicht sehr sinnvoll erscheint, daß der Klageschutz dieser Positionen weniger im Interesse des einzelnen Staatsbürgers besteht als zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung im allgemeinen. Wenn nach den Erfahrungen des "Dritten Reiches" ein größtmöglicher Schutz der Rechtsordnung und damit auch der anzuerkennenden Individualinteressen erstrebenswert ist, so darf dieser Schutz aber nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Wie wir schon gesehen haben, führt eine Übertreibung rechtlicher Gebundenheit zu einer Starrheit des Staatslebens, die dem Ideal der Gerechtigkeit eher hinderlich als nützlich ist.

Nach diesen Betrachtungen müssen wir die Begründung der Entscheidung des OVG Hamburg vom 30. 3. 51, daß Ermessensfragen mit den Grundrechten nicht vereinbar sind, ablehnen. In seiner Urteilsbegründung vertritt das OVG den Standpunkt, daß die Bedürfnisprüfung nach § 1 II des Gast.G. der Behörde einen gewissen Spielraum für Bewertungen überlasse. Es zieht dafür die Bestimmungen der Reichsausführungsverordnung heran, nach der ein Werturteil mit der Möglichkeit mehrerer, rechtlich unangreifbarer Entscheidungen verlangt werde.¹⁾ Insoweit haben wir schon festgestellt, daß das Werturteil nach objektiven Maßstäben gefällt werden muß und daher eine Entscheidung von der Rechtsordnung gebilligt wird.

Das Hamburger OVG kommt nun unter anderen Erwägungen zu dem Ergebnis, daß das Bedürfnis nach § 1 II Gast.G. ein unbestimmter Rechtsbegriff sei. Unter Aufrechterhaltung seiner bisherigen Auffassung²⁾ glaubt es, daß sich durch den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes der Ermessensbegriff in einen unbestimmten Rechtsbegriff gewandelt habe. Erst mit Erlaß des Grundgesetzes sei die Frage, ob ein Bedürfnis im Sinn des § 1 II Gast.G. vorliege, keine Ermessensfrage mehr. In Übereinstimmung mit dem Württ.-Bad. VGH³⁾ bringt das Gericht zum Ausdruck, daß es der Zweck des Grundgesetzes erfordere, die Be-

1) DVBl. 1951, 385 ff

2) vgl. die Urteile vom 11.7.49 in MDR 49, 638, 10.6.50 in MDR 50, 695, 3.10.50 in DVBl. 50, 753

3) Entscheidungen in DVBl. 1950, 755.

bedürfnisprüfung, soweit sie noch zulässig sei,¹⁾ nunmehr in den Bereich der Rechtskontrolle wieder einzubeziehen, obwohl § 18 Ziffer 2 Gast.G. durch § 23 III VGVO insoweit abgeändert worden sei. Die früheren Erwägungen des Gerichts, die zur Annahme eines Ermessensspielraumes geführt hatten, könnten nach Erlass des Grundgesetzes nicht mehr gelten, da Art. 12 GG als Grundrecht entgegenstünde. Ein Grundrecht, das nicht der gerichtlichen Kontrolle zugänglich sei, verlöre dadurch in der Regel seinen Wesensgehalt. Die Einhaltung der durch Art. 12 I GG gezogenen Grenzen bedürfte der gerichtlichen Kontrolle.

Dazu ist zu sagen, daß es richtig ist, die Grenzen der Freiheitsrechte vor Übergriffen zu schützen. Es folgt daraus aber nicht, daß der Behörde eine Ermessensbetätigung versagt sein muß. Mit der Kontrolle der Einhaltung der Ermessensgrenzen werden auch die Freiheitsrechte in ihren Grenzen vor Zugriffen bewahrt.

Für die Bedürfnisprüfung, wie sie bei der Setzung von Verwaltungsakten manchmal gefordert wird, können wir also zusammenfassend feststellen, daß sie rechtsgebunden ist. Wegen der Möglichkeit der objektiven Wertung auf Grund von einwandfrei vorliegenden Tatsachen und im Falle des Bedürfnisbegriffes des Gast.G. wegen eines Anspruches auf Erteilung der Erlaubnis ist hier ein freies Ermessen der Verwaltungsbehörde ausgeschlossen.

VIII. Kapitel:

Der verfassungsrechtliche Bedürfnisbegriff des Art. 72 II GG.

§ 28 Die Lösung, die wir für den verwaltungsrechtlichen Bedürfnisbegriff gefunden haben, dürfen wir auf keinen Fall ohne weiteres für den Bedürfnisbegriff des Art. 72 II GG übernehmen. Der Vergleich zum Verwaltungsrecht soll es nur erleichtern, die wesentlichen Gesichtspunkte für eine Deutung des verfassungsrechtlichen Begriffes herauszufinden und mit ihrer Hilfe eine Klärung des Problems herbeizuführen. Das ist allerdings nur möglich, wenn keine wesentlichen Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgebieten und den beiden Begriffen für die Frage Rechtsgebundenheit oder Ermessen bestehen, die jeglichen

))

1) Wegen des Grundsatzes der Gewerbefreiheit.

Vergleich von vornherein ausschließen.

Beide Rechtsgebiete gehören zum Rechtskreis des öffentlichen Rechts. Es ist ihnen gemeinsam, daß Materien dem Recht unterworfen werden, die in hervorragendem Maße Zukunftsbedeutung haben. Die Gesichtspunkte des Planens, der Zweckmäßigkeitserwägungen und der Wertung sind hier besonders zu beachten. Auf beiden Gebieten stehen die Organe des Staates häufig vor der Aufgabe, Neuland zu gewinnen. Sie müssen auch dann handeln, wenn sie nicht mit sicherer Schlußfolgerung auf Erfahrungen zurückgreifen können. Das objektiv Alleinrichtige ist ihnen selten erkennbar und kann dann auch nicht von ihnen verlangt werden. Beiden Rechtsgebieten wesensmäßig ist also die Einräumung eines freien Ermessens an die Organe des Staates.

Die gesetzgebenden Organe haben noch stärker als die Verwaltungsbehörden Ermessensentscheidungen zu treffen, ja, sie handeln häufig sehr frei, ohne daß sie andere Grenzen, als die, die aus der staatlichen Grundordnung erfolgen, zu beachten brauchen. Rechtsfragen ergeben sich für sie lediglich, wenn sie irgendwelche Grenzen einzuhalten haben. Die Rechtsgebundenheit, der das Verwaltungsorgan unterliegt, wird vom Gesetzgeber diktiert. Das freie Ermessen wird ihm für die Setzung von Verwaltungsakten nicht selten ganz oder teilweise vom Gesetzgeber übertragen, dem es aus der Natur seines Aufgabenbereiches heraus zusteht.

Für die Gesetzgebung ist aber auch die rechtliche Gebundenheit bei Zuständigkeitsfragen oder bei Materien, die durch strikte Normen bestimmten Interessen einen besonderen Schutz gewähren, nicht ausgeschlossen. Die Frage Ermessensbegriff oder unbestimmter Rechtsbegriff kann somit im Verfassungsrecht ebenso auftauchen wie im Verwaltungsrecht, insbesondere im Rahmen unserer Betrachtung, wo es sich um die Zuständigkeitsregelung zwischen Landesgesetzgeber und Bundesgesetzgeber handelt.

Das Bedürfnis des Art. 71 II GG richtet sich auf eine bundesgesetzliche Regelung. Im Unterschied zu dem erörterten Bedürfnis bei der Setzung von Verwaltungsakten, wie dem des Gast.G., soll hier ein unmittelbares Bedürfnis des Gesamtvolkes des Bundes nach bundesgesetzlicher Regelung befriedigt werden. Diese Tatsache verdient Erwähnung, da dem Gesamtvolk

damit eine verbesserte Rechtsstellung gegeben werden soll. Die Interessen der Länder werden diesem Bedürfnis gegenüber ausdrücklich zurückgestellt. Im übrigen fällt der Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Bedürfnis nicht stark ins Gewicht. Die verbesserte Rechtsstellung des Gesamtvolkes wirkt sich für den Einzelnen nicht stärker aus als die verbesserte Lebensstellung, die das mittelbare Bedürfnis zum Gegenstand hat.

Das Gesamtvolk des Bundes als der Träger des Bedürfnisses setzt sich aus zu vielen einzelnen Personen zusammen, als daß jedes persönliche Bedürfnis berücksichtigt werden könnte. Das Gesamtvolk selbst ist als Erscheinung so unklar, daß das Bedürfnis dieses unbestimmten Trägers sehr schwer bestimmbar ist. Es bleibt nur das Hilfsmittel, daß der Bundestag, wie sonst so auch hier, das Gesamtvolk repräsentiert. Das Staatsorgan, das das Bedürfnis zu prüfen und dem Ergebnis der Prüfung entsprechend zu entscheiden hat, ist hier gleichzeitig das Subjekt des Bedürfnisses. Zwar hat auch im Verwaltungsrecht das Organ die Interessen der Allgemeinheit, d.h. für unsere Betrachtung die Bedürfnisse der Menschen im Verwaltungsbezirk seiner Behörde, wahrzunehmen und zu vertreten. Doch berücksichtigt es dabei immer noch fremde Interessen. Die doppelte Funktion, Subjekt des Bedürfnisses zu sein und zugleich im staatlichen Auftrag darüber zu entscheiden, ob und wie weit diesem nachzukommen ist, übt nur der Bundestag aus. Zu beachten ist nur, daß der Bundestag nicht allein Bundesgesetzgeber ist, sondern der Bundesrat an der Gesetzgebung des Bundes beteiligt worden ist. Immerhin können wir auch hier wie beim Gegenstand des Bedürfnisses eine starke Betonung der Interessen des Gesamtvolkes gegenüber den Länderinteressen feststellen. Es kommt hinzu, daß das Gesamtvolk als Träger des Bedürfnisses die Interessen regionaler Gruppen vollkommen absorbiert. Das ergibt sich aus der Beobachtung, daß örtliche und regionale besondere Umstände für die Bedürfnisprüfung nach Art. 72 II unerheblich sind. Diese Folgerung hat in der Ziffer 2 ihren Niederschlag gefunden, nach der ein Bedürfnis dann gegeben ist, wenn ein Landesgesetz die Interessen der Gesamtheit beeinträchtigen würde. Letzten Endes darf nicht vergessen werden, daß auch die Zuständigkeiten der Länder im

Interesse des Gesamtvolkes geschaffen worden sind.

§ 29 Die Unterschiede zum verwaltungsrechtlichen Begriff hinsichtlich des Gegenstandes und des Trägers des Bedürfnisses sind jedoch nicht ausschlaggebend. Das Kernproblem des Bedürfnisbegriffes des Art. 72 II GG liegt ebenfalls bei der Frage der Objektivität. Daher ist zunächst eine Untersuchung darüber erforderlich, ob vielleicht andere Interessen durch strikte Normen derart geschützt worden sind, daß eine eindeutige Objektivität verlangt werden muß. Da es sich um die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern handelt, kommt nur der Schutz der Länderinteressen in Betracht. Wir haben gesehen, daß ein freies Ermessen nur dann nicht gegeben sein kann, wenn ein Anspruch gegen das staatliche Organ besteht. Es ist somit die Frage zu stellen, ob die Länder einen Anspruch gegen den Bundesgesetzgeber haben, der einer Ermessensbetätigung bei der Erfüllung der Verpflichtung durch den Bundesgesetzgeber widerspricht.

Bei der Erörterung der Ansprüche und Rechtsstellungen und ihres Verhältnisses zu einer Ermessensbetätigung des verpflichteten Staatsorgans gingen wir von der Einsicht aus, daß die Organe der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der Verwaltung im innerorganisatorischen Verhältnis als Rechtssubjekte angesprochen werden müssen.¹⁾ Diese Auffassung von den staatlichen Organen ist die Voraussetzung dafür, daß sie als Rechtssubjekte untereinander oder anderen Rechtssubjekten gegenüber mit Rechten und Pflichten ausgestattet sein können. Sie ermöglicht es auch, staatliche Organe als Träger von Ansprüchen und Rechtsstellungen gegenüber anderen Staatsorganen anzuerkennen. Ist nun die Stellung der Länder hinsichtlich der Zuständigkeit auf dem Gebiete der Gesetzgebung auf Grund des Einspruchs der Mil.Gouv. zu einem Anspruch ausgeprägt worden? Der Art. 72 I GG beläßt den Ländern die Gesetzgebung auf dem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung. Diese Befugnis ist begrenzt auf Materien, die der Bund noch nicht gesetzlich geregelt hat. Die Begrenzung der Länderbefugnisse liegt nach Art. 72 I GG in der Macht des Bundesgesetzgebers. Erst der Absatz II des Art. 72 gewährt den Grenzen der Länderkompetenzen einen gewissen

1) vgl. Seite 53/4 dieser Arbeit

Schutz. Das geschieht in der Form, daß die Befugnisse des Bundesgesetzgebers ebenfalls eingeschränkt worden sind. Die Länder erhalten aber keinen Anspruch darauf, daß der Bundesgesetzgeber bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes positiv eine Leistung erbringt. Die Länder haben lediglich eine geschützte Rechtsstellung dahingehend, daß der Bundesgesetzgeber ihre Befugnisse nicht begrenzt, wenn kein Bedürfnis im Sinne der im Abs. II angeführten Art dafür vorliegt.

Die Rechtsstellung der Länder stellt sich als ein status aktivus dar, da ihre Befugnis zu einer aktiven Beteiligung an der Staatstätigkeit geschützt werden soll. Der status aktivus verlangt aber keineswegs eine Rechtsgebundenheit, sondern es ist durchaus möglich, daß die Grenzziehung der geschützten Stellung in das Ermessen des Bundesgesetzgebers gelegt worden ist. Der vollkommene Schutz der Rechtsstellung liegt erst dort, wo das Ermessen des Bundes begrenzt worden ist. Eine Rechtsgebundenheit des Bundesgesetzgebers bei der Bedürfnisprüfung nach Art. 72 II GG läßt sich aus dem status aktivus der Länder zwingend nicht herleiten. Die Betonung der gesamtstaatlichen Interessen, die wir bei der Untersuchung des Trägers und des Gegenstandes des Bedürfnisses festgestellt haben, spricht sogar gegen eine stärker geschützte Stellung der Länder in Form der Rechtsgebundenheit der Bedürfnisprüfung.

Der Klageschutz, der den Ländern durch Art. 93 GG und § 13 BVGG für ihre Kompetenzen gegeben worden ist, ändert nichts an der Feststellung, daß den Ländern kein Anspruch im hier verstandenen Sinne zugebilligt worden ist, sondern nur eine Rechtsstellung. Nur die Verletzung des status aktivus der Länder zur Gesetzgebung durch den Bundesgesetzgeber berechtigt die Länder zur Klageerhebung beim Bundesverfassungsgericht. Es ist jedoch fraglich, wann der Bundesgesetzgeber die Grenzen des status aktivus der Länder überschreitet und damit deren Rechtsstellung verletzt.

Über diese Grenze ist durch Art. 93 GG und § 13 BVGG nichts ausgesagt worden. Sie könnte sowohl klar gezogen sein, so daß eindeutig und objektiv feststellbar die Trennungslinie zwischen den Landes- und den Bundeskompetenzen gegeben ist, als auch undeutlich, so daß es jeweils in das Ermessen des Bundesgesetzgebers gestellt worden ist, die Zuständigkeit des Bun-

des festzulegen. Im letzteren Fall hat sie ihre bestimmte Grenze allerdings dort, wo auch dem Ermessen eine Grenze gezogen worden ist. Auf keinen Fall ist es richtig, von einer Kompetenz-Kompetenz des Bundesgesetzgebers zu sprechen. Diese Bezeichnung wäre nur dann berechtigt, wenn der Bund die Grenzen seiner Befugnisse selbst festlegen könnte. Wer aber innerhalb der Grenzen seines Ermessens seine Befugnisse bestimmt, macht von seiner Kompetenz Gebrauch und hat nicht die Macht, die Grenzen seiner Kompetenz selbst zu bestimmen.

Ein Klageschutz ist den Rechtsstellungen durchaus eigentümlich, ohne daß sie dadurch zu Ansprüchen gestampelt werden. Diese Tatsache muß besonders hervorgehoben werden, da im Art. 93 I Ziffer 4 GG und Abs. I Ziffer 5 BVGG dem Bundesverfassungsgericht bei der Auslegung des Grundgesetzes die Streitentscheidung über die Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans überwiesen worden ist. Das kann meiner Meinung nach nur in Form einer Feststellung geschehen. Ebenso ist die Entscheidung nach Art. 93 I Ziffer 2 GG und § 13 I Ziffer 6 BVGG bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Bundes- oder Landesrecht mit dem Grundgesetz ein Feststellungsurteil. Wenn auch die Ziffer 2 insofern weitgreifender ist, als die Klageerhebung keinen Streit voraussetzt, sondern schon bei Zweifeln zulässig ist,¹⁾ so kann die klagende Landesregierung auf Grund dieser Ziffer ^{ebenso wenig wie nach Ziffer 1} eine Verurteilung zur Leistung verlangen.

Das Bundesverfassungsgericht klärt den Streit oder die konkrete Rechtslage; es kann aber nicht von ihm verlangt werden, daß es zur Erfüllung eines Anspruches das angegriffene Bundesorgan zur Leistung verurteilt. Das Bundesverfassungsgericht erklärt ein angegriffenes Gesetz für gültig oder für nichtig.²⁾ Ebenso fällt die Entscheidung aus, die auf Grund

1) Ziffer 2 gewährt also eine abstrakte Normenkontrolle, wenn auch nicht in Form einer Popularklage, sondern nur auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung, oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages. Dieser "Gesetzesvollziehungsanspruch" ist ebenfalls typisch für Rechtsstellungen. - Auch Art. 13 II WRV sprach von Meinungsverschiedenheiten und Zweifeln.

2) Nach § 67 BVGG stellt das BVerfG im Falle der Ziffer 5 fest, ob das oberste Bundesorgan gegen Normen, die den Umfang seiner Rechte und Pflichten regelt, verstößt. Nach § 78 BVGG stellt das BVerfG den Fällen der Ziffer 6 die Nichtigkeit der Vorschrift fest.

von Art. 100 GG und § 13 I Ziffer 11 BVGG getroffen wird. Selbst einem Antrag auf Verurteilung, die mit dem Grundgesetz unvereinbare Vorschrift förmlich zu beseitigen, könnte das BVerfG nicht nachkommen. Die Verurteilung entspräche vielleicht einem begründeten Rechtsschutzbedürfnis, jedoch ist sie überflüssig und damit sogar unzulässig, da die Entscheidungen des BVerfG nach Art. 94 II GG und § 31 BVGG die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden binden. In den Fällen des § 13 I Ziffer 6 und 11 des BVGG hat die Entscheidung Gesetzeskraft,¹⁾ An einer Vorschrift entsprechend den §§ 24 VGVO und 35 II VGG, die eine Vornahmeklage gewähren, fehlt es bei dem Klageschutz der Kompetenzen der Länder zur Gesetzgebung. Diese Feststellung bestätigt, daß die Länder keinen Anspruch gegen den Bund in Fragen der Gesetzgebung haben. Die Frage nach Rechtsgebundenheit oder Ermessen in der Bedürfnisprüfung des Art. 72 II GG kann auf diesem Wege nicht entschieden werden.

§ 30 Da das Rechtsverhältnis zwischen Ländern und Bund keine Entscheidung in der Frage bringt, ob der Bund das Vorliegen des Bedürfnisses nach freiem Ermessen festzustellen hat oder bei der Prüfung rechtsgebunden ist, müssen wir auf das letzte Hilfsmittel zur Unterscheidung zurückgreifen. Wir müssen untersuchen, ob die Möglichkeit besteht, das Bedürfnis in jedem Fall nach objektiven Maßstäben eindeutig zu bestimmen. Wenn das der Fall ist, muß vom Bundesgesetzgeber verlangt werden, daß er die Bedürfnisprüfung nach diesen objektiven Maßstäben vornimmt.

Auch der Bedürfnisbegriff des Art. 72 II GG birgt die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Rechtsbegriff und Ermessensbegriff deshalb in sich, weil die Prüfung des Bedürfnisses eine Bewertung erfordert. Es wird nach dem Wert gefragt, den eine bundesgesetzliche Regelung im Vergleich zu einer landesgesetzlichen für das Gesamtvolk hat. Da die beiden Entscheidungsmöglichkeiten, nämlich Bejahung der bundesgesetzlichen Regelung oder Verneinung derselben, feststehen, wird die Bewertung nicht im Rechtsfolgesatz verlangt. Mit anderen Worten, die Rechtsfolge steht fest, ist konstant und der Tatbestand ist im Verhältnis zu dieser Konstanten zu bewerten.

1) § 31 II BVGG

Wir haben schon gesehen, daß es zur Unterscheidung von unbestimmten Rechts- und Ermessensbegriffen nicht darauf ankommt, ob die Konstante im Rechtsfolgesatz oder im Tatbestandssatz steht. Der unbestimmte Gesetzesbegriff als die Variable kann auch dann, wenn er im Tatbestandssatz zu finden ist, ein Ermessensbegriff sein.¹⁾ Es kommt also für unsere Unterscheidung allein darauf an, ob die Ursache dafür, daß eine Bewertung ^{voraussetzmen ist, in der abstrakten Fassung} der Norm liegt oder in der Unvorhersehbarkeit der jeweils möglichen Umstände.

Das Bedürfnis des Art. 72 II ist in den Ziffern 1 - 3 näher erläutert. Es drängt sich uns die Frage auf, inwieweit diese Erläuterungen objektive Maßstäbe für die Bewertung eines Bedürfnisses des Gesamtvolkes nach bundesgesetzlicher Regelung darstellen. Um sie als solche anzuerkennen, müssen wir das Wesentliche derartiger objektiver Maßstäbe voraussetzen. Der Bundesgesetzgeber müßte mit Hilfe dieser Maßstäbe in der Lage sein, das Bedürfnis objektiv zu bestimmen. Da es sich um eine Zukunftsfrage handelt, müßte klar erkennbar sein, welche Interessen durch die bundesgesetzliche Regelung betroffen und in welcher Weise sie berührt werden. Könnte der Grundgesetzgeber diese Frage voraussehen und wollte er es, dann vermochte er auch festzulegen, wie die Interessen berücksichtigt werden sollen, mit anderen Worten, er könnte eine Zweckentscheidung treffen. Für uns ist es heute nicht mehr zu erkennen, ob der Grundgesetzgeber die Folgeerscheinungen seiner Rechtsfolgeanordnung voraussah. Maßgebend kann für uns nur sein, inwieweit sie es heute ist, oder ob dem Bundesgesetzgeber die Zweckentscheidung überlassen bleiben muß.

Betrachten wir die Bestimmungen der drei Ziffern unter diesem Gesichtspunkt, so müssen wir feststellen, daß sie Zweckbestimmungen sind. Sie zählen auf, unter welchen Gesichtspunkten ein Bedürfnis zur bundesgesetzlichen Regelung anzuerkennen ist. Doch sind diese Zweckbestimmungen nicht objektiv eindeutig. Sie lassen selbst wiederum verschiedene Entscheidungen zu, je nach dem Zweck, unter dem sie gesehen werden. Sie stellen nicht auf eindeutig erkennbare Tatsachen ab. Insbesondere werden die Tendenzen Unitarismus und Föder-

1) vgl. Seite 47 dieser Arbeit.



ralismus verschiedene Lösungen bedingen.

Vom Standpunkt einer föderativen Auffassung vom Bundesstaat wird die Frage, ob eine Angelegenheit durch die Gesetzgebung einzelner Länder wirksam geregelt werden kann, eher bejaht werden als vom Standpunkt unitarischer Staatsauffassung. In Ziffer 1 wird mit keinem Wort auf eine feststehende Tatsache Bezug genommen, die die Beantwortung der Frage zwingend folgen läßt oder wenigstens einen Anhaltspunkt für den Sinn und Zweck gibt, der bei der Beantwortung zugrundegelegt werden soll. Sicher ist, daß Sinn und Zweck dem Grundgesetz zu entnehmen sind, sie müssen mit der Auffassung des Grundgesetzes vom demokratischen, republikanischen, sozialen Rechtsstaat im Einklang stehen. Insbesondere müssen sie dem staatsrechtlichen Verhältnis von Bund und Ländern, wie es im Grundgesetz geregelt worden ist, also dem bundesstaatlichen Gedanken, entsprechen.

Ob eine Angelegenheit durch die Gesetzgebung einzelner Länder wirksam geregelt werden kann, darf darum weder vom Standpunkt des Einheitsstaates noch aus partikularistischen Bestrebungen heraus beurteilt werden. Die Tendenzen Unitarismus und Föderalismus sollen hier jedoch so verstanden werden, daß sie Bestrebungen nach einer mehr dem Einheitsstaat oder mehr dem Staatenbund angenähernten Ausgestaltung des Bundesstaates darstellen. Unter diesem Gesichtspunkt können sie mit der staatsrechtlichen Konstruktion des Bundesstaates nicht im Widerspruch stehen. Beide Tendenzen verfolgen dennoch Ziele, die stark voneinander abweichen. Die Zweckbestimmung der Ziffer 1 wird unter diesen verschiedenen Zielendementsprechend sehr unterschiedlich beurteilt werden können. Das Grundgesetz gibt keine Anhaltspunkte dafür, welche Ziele angestrebt werden sollen, weder im Art. 72 noch allgemein.

Das gleiche, was eben für die Ziffer 1 gesagt worden ist, gilt auch für die Ziffern 2 und 3. Die Formulierung der Ziffer 2 läßt das Abstellen auf subjektive Zukunftsvermutungen besonders deutlich erscheinen. Entscheidend sind die Worte: "beeinträchtigen könnte". Ohne Verbindung mit eindeutig feststellbaren Tatsachen, die ihrerseits einen einwandfreien objektiven Schluß darauf zulassen, wann eine Regelung durch ein Landesgesetz die Interessen anderer Länder oder die Gesamtheit beeinträchtigen, bleibt die Frage der subjektiven

Einstellung des Prüfenden überlassen. Auch die Fassung der Ziffer 3 stellt es mit dem Worte: "Verfordert" allein auf eine subjektive Zukunftsvermutung ab; denn auch hier fehlt die Angabe von feststehenden Tatsachen, auf denen die Erforderlichkeit begründet werden kann.

Insgesamt stellen die Erläuterungen der Ziffern 1 - 3 nichts anderes dar, als eine Wiederholung des Tatbestandes des Bedürfnisses des Gesamtvolkes nach bundesgesetzlicher Regelung mit anderen Worten. Es sind in sehr weitfassenden Formulierungen die Gesichtspunkte aufgezählt worden, unter denen ein derartiges Bedürfnis gegeben sein kann. Die Gründe für ein Bedürfnis fußen letzten Endes alle auf dem Gleichheitsgrundsatz. Dieser ist im Art. 3 GG normiert und gilt auch für den Gesetzgeber. Betrachtet man die Bestimmungen dieses Artikels, daß keiner wegen seiner Abstammung, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft benachteiligt oder bevorzugt werden darf, so sind damit die Gründe für eine bundesgesetzliche Regelung schon gegeben, ohne daß es der Erläuterungen der Ziffern 1 - 3 im Art. 72 II noch bedurft hätte. Zwar wird in Ziffer 2 von den "Interessen anderer Länder oder der Gesamtheit" gesprochen. Gemeint sein können damit aber nur die Interessen der Völker der Länder. Inhaltlich wird in allen Ziffern das Streben nach Einheitlichkeit zum Ausdruck gebracht. Die Einheit des Rechts- und Wirtschaftslebens bedeutet für den Einzelnen nichts anderes als die Durchsetzung des Gleichheitsgrundsatzes. Nur um dieses Zweckes willen wird ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung anerkannt. Mehr als die Bestimmung des Art. 3 sagen die Ziffern also nicht aus. Die denkbare Begründung einer bundesgesetzlichen Regelung mit der stärkeren Macht, die hinter dem Bunde steht, ist z. B. nicht berücksichtigt worden. In den Ziffern ist auch nichts darüber ausgesagt worden, wann eben Maßnahmen zur Sicherung des Gleichheitsgrundsatzes notwendig sind. Diese Frage ist der subjektiven Auffassung des Bundesgesetzgebers überlassen worden.

Die einzige objektiv einhellig feststellbare Tatsache, die das Grundgesetz gibt, um Rückschlüsse daraus zu ziehen, wann nach dem Grundgedanken der Verfassung ein Bedürfnis für eine bundesgesetzliche Regelung besteht, ist im Katalog des Art. 74 GG zu finden. Mit der Eingruppierung einer Materie in die-

sen Katalog, der die Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung aufzählt, ist eindeutig zum Ausdruck gebracht worden, daß diese Materie unter Umständen bundesgesetzlich geregelt werden soll. Diese Feststellung gewinnt gegenüber dem Grundsatz der Art. 30 und 70 GG an Bedeutung, nach denen im allgemeinen, die Länder für die Gesetzgebung zuständig sind. Die Einfügung einer Materie in den Katalog des Art. 74 GG begründet demgegenüber die Vermutung, daß sie zum Schutze des Gleichheitsgrundsatzes einer bundesgesetzlichen Regelung bedarf. Allerdings ist diese Vermutung widerlegbar. Eine unwiderlegbare Vermutung bedeutet die Aufzählung einer Materie im Katalog des Art. 73; denn diese Angelegenheiten unterliegen allein der Gesetzgebung des Bundes. Dabei soll nicht behauptet werden, daß die Einordnung einer Materie in den Katalog des Art. 73 stets zum Schutze des Gleichheitsgrundsatzes vorgenommen wurde. Dafür können auch andere Gründe maßgebend gewesen sein. So sind zum Beispiel die auswärtigen Angelegenheiten schon aus der Natur der Sache diesem Gebiet zugehörig. Hier soll lediglich festgestellt werden, daß für den Grundgesetzgeber die Möglichkeit bestand, eine Angelegenheit der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder vollkommen zu entziehen, indem sie in den Katalog des Art. 73 GG einreichte. Wurde sie im Katalog des Art. 74 aufgezählt, so spricht eine widerlegbare Vermutung dafür, daß diese Angelegenheit unter Umständen einer bundesgesetzlichen Regelung bedarf.

Diese Auffassung, daß die Eingruppierung in den Katalog des Art. 74 ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung vermuten läßt, entspricht allerdings nicht der Fassung des Art. 72 II. Es müßte im Abs. II folgerichtig gesagt werden, unter welchen Umständen die Vermutung widerlegt worden ist, wann also ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung nicht besteht. Der Abs. II bestimmt jedoch positiv, wann das Bedürfnis gegeben ist. Doch würde eine derartige Wortinterpretation des Grundgesetzes nicht angebracht sein, zumal Art. 72 II des Grundgesetzes keinen Anspruch darauf erheben kann, dem Gefüge des Grundgesetzes in jeder Hinsicht folgerichtig eingepaßt zu sein. Er hat, losgelöst vom Zusammenhang, ein Einzelschicksal durchgemacht, indem die Mil.Gouv. hier Spezialinteressen verfolgten, ohne auf das Gesamtgefüge sonderlich Rücksicht zu nehmen.

§ 31 Inhaltlich stehen die Ziffern 1 - 3 des Art. 72 Abs. II GG einer derartigen Auslegung jedenfalls nicht entgegen. Sie stellen die Entscheidung der Frage, ob ein Bedürfnis im Sinne des Art. 72 II vorliegt, eindeutig in das Ermessen des Bundesgesetzgebers. Die Grenzen der Entscheidungsfreiheit sind zunächst einmal durch die Aufzählung der Materien im Art. 74 gezogen worden. Nur die Gebiete, die zum Katalog dieses Artikels zählen, unterliegen einer Prüfung dahingehend, ob eine gesetzliche Regelung zweckmäßiger Weise durch den Bund oder durch die Länder erfolgt.

Eine weitere Begrenzung des Ermessens ist in der Möglichkeit von nur zwei Entscheidungen hinsichtlich der Rechtsfolge zu erblicken. In der Rechtsfolge vermag der Bundesgesetzgeber nur zwischen ja und nein zu wählen. Die eigentliche Ermessensbetätigung liegt in der Wertung des Sachverhaltes. Es ist nicht etwa so, daß der Bund eine Vielzahl von Entscheidungsmöglichkeiten hat, indem er seinen Gesetzen die verschiedensten Ausgestaltungen geben kann. Die innere, materielle Abfassung der Gesetze ist dem Gesetzgeber frei überlassen; er darf nur nicht gegen Interessen verstoßen, die durch höherstehende Normen geschützt worden sind. Diese Frage gehört aber nicht mehr zur Rechtsfolgeentscheidung des Rechtssatzes des Art. 72 II GG. Sie ist zu stellen, wenn das Problem der Bedürfnisprüfung bereits entschieden worden ist. Wie Art. 75 GG zeigt, können dann allerdings wiederum Fragen nach dem Spielraum und den Grenzen eines Ermessens gegeben sein, dann nämlich, wenn der Gesetzgeber nicht nur in seiner formellen Zuständigkeit zur Gesetzgebung generell, sondern auch materiell hinsichtlich der inhaltlichen Abfassung der Gesetze beschränkt worden ist.

Wie gesagt, liegt bei der Bedürfnisprüfung nach Art. 72 GG die eigentliche Ermessensbetätigung in der Wertung des jeweiligen Sachverhaltes. Die vorliegenden Umstände sollen im Verhältnis zur gegebenen Rechtsfolge beurteilt werden. Die verschiedenen Gesichtspunkte, unter denen diese Wertung vorgenommen werden kann, sind durch die Ziffern 1 - 3 nur wenig beschränkt worden. Tatsächlich sind dem Bundesgesetzgeber viele Zweckbestimmungen überlassen worden, nach denen er seine Entscheidung ausrichten kann. Diese Zwecke klar zu begrenzen, fällt allerdings schwer. Die Begrenzung muß im Einzel-

fall erfolgen. Nach unserer Untersuchung möchte ich sagen, daß die Zweckbestimmungen abgelehnt werden müssen, die gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG verstoßen oder in der Folgeerscheinung einen solchen Verstoß herbeiführen. Ja, die Grenze ist noch enger zu ziehen. Es sind nur solche Zweckbestimmungen zulässig, die dem Schutz des Gleichheitsgrundsatzes dienen. Dabei ist ein Beweis, daß der zu Grunde gelegte Zweck im Einzelfall innerhalb dieses Rahmens liegt, sehr schwer zu führen. Die Beweislast trifft auch nicht den Bundesgesetzgeber, sondern denjenigen, der eine derartige Zweckbestimmung im gegebenen Fall leugnet. Für den Bundesgesetzgeber spricht, wenn er seine Zuständigkeit bejaht, die Vermutung, daß ein Bedürfnis für die bundesgesetzliche Regelung besteht. Es ist Aufgabe desjenigen, der diese Vermutungen widerlegen will, den Beweis für seine Behauptung zu erbringen.

§ 32 Mit der Beweisregelung berühren wir eine weitere Frage. Wir hatten festgestellt, daß ein unbestimmter Gesetzesbegriff manchmal nur scheinbar ein Ermessensbegriff sein kann. Mangels Kenntnis der in Wirklichkeit gegebenen objektiven Maßstäbe wird ein unbestimmter Rechtsbegriff zunächst wie ein Ermessensbegriff behandelt. Im Laufe einer längeren Handhabung des Begriffes wandelt er sich dann in einen unbestimmten Rechtsbegriff. Wie sieht es nun in dieser Hinsicht mit dem Bedürfnisbegriff des Art. 72 II GG aus? Besteht, mit anderen Worten, die Möglichkeit, das Vorliegen des Bedürfnisses nach einer objektiv eindeutig feststellbaren Zweckbestimmung zu prüfen; können im Laufe einer längeren Gesetzgebungspraxis feststehende Tatsachen herausgestellt werden, bei deren Vorliegen eindeutig gesagt werden kann, daß ein Bedürfnis für eine bundesgesetzliche Regelung besteht? Diese Frage ist zu verneinen. Die Formulierungen der Ziffern 1 - 3 betonen, daß die Bedürfnisprüfung auf Zukunftserwartungen abzustellen ist.

Diese Feststellung ist auch aus anderen Gründen gerechtfertigt. Wie der außenpolitische Kurs eines Staates unmöglich von vornherein feststehen kann, muß auch die innerstaatliche Ordnung anpassungsfähig sein. Der Bundesstaat, als staatsrechtliche Lösung des Verhältnisses zwischen Bund und Ländern, bedingt es, daß dieses Verhältnis nicht starr sondern spannungsgeladen ist. Das Gegen- und Miteinander von Bund und Ländern ist eine gewollte Voraussetzung für den innerstaat-

lichen Ablauf unseres Staatslebens. Es wäre sinnlos und gefährlich, dieses Spannungsverhältnis zu entladen, indem man ihm jede Wirksamkeit nimmt und ihn damit seiner gewollten Funktion beraubt. Eine objektive Zweckbestimmung zu Gunsten des Unitarismus oder des Föderalismus bedeutete eine Entscheidung gegen die bundesstaatliche Ordnung, ja, sie birgt die Gefahr in sich, daß die unitarische Tendenz den Einheitsstaat oder die föderalistische den Partikularismus durchsetzen würde. Diese Tendenzen sollen jedoch nur Ausgleichsfunktionen innerhalb der bundesstaatlichen Ordnung haben und diese auch behalten. Die Zweckbestimmung für den Bedürfnisbegriff muß also zwingend in gewissem Grade offen bleiben und im Einzelfall als Ausgleich zwischen den Bestrebungen gefunden werden. Im Zuge dieser Erwägungen liegt es nahe, die Entscheidung über das Vorliegen eines Bedürfnisses nach bundesgesetzlicher Regelung als politische Entscheidung zu bezeichnen.

IX. Kapitel:

Die gerichtliche Kontrolle.

§ 33 Aus der Literatur, die zu dem Problem der Bedürfnisprüfung nach Art. 72 II ergangen ist, war zu ersehen, daß viele Verfasser die Bedürfnisprüfung als politische Entscheidung der gerichtlichen Überprüfung entzogen wissen wollen. Ein großer Teil von ihnen vertritt dabei die Ansicht, daß politische Entscheidungen in wesentlich größerem Ausmaß gerichtsfrei seien als die verwaltungsrechtlichen Ermessensentscheidungen. Was macht nun das Wesen der politischen Entscheidung aus? Über diese Frage bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Es bedarf zunächst einmal einer Klarlegung des Begriffes der politischen Entscheidung, bevor wir uns mit den Lehrmeinungen über die Folgeerscheinung der gerichtlichen Überprüfbarkeit auseinandersetzen können.

Die Politik ist auf den Staat bezogen, wie der Name aus dem griechischen polis, Stadt-Staat, entstanden ist. Wenn wir den Begriff des Politischen von allerlei sinnverwandten und sinnentstellenden Bedeutungen befreit haben, ist damit das Wesen des Begriffes noch nicht bestimmt worden. Grewe hat die teilweise sehr stark voneinander abweichenden und sich manchmal widersprechenden Ansichten über das Wesen des Politischen in vier verschiedenen Gruppen aufgegliedert.¹⁾

Die erste Gruppe sieht die Politik vom Gegenstand her. Als Gegenstand der Politik wird das menschliche Gemeinschaftsleben und seine Gestaltung bezeichnet. Dieser Ansicht ist nicht zu widersprechen. Doch ist mit dieser Betrachtung wenig gewonnen. Die Betrachtungsweise ist zu allgemein, um zu dem Kernpunkt unserer Frage, nach dem Wesen des Politischen, vorzudringen. Sie kann lediglich zur Abgrenzung gegen den Gebrauch des Begriffes im übertragenen Sinne dienen.

Schärfer abgegrenzt wird der Gegenstand der Politik von der zweiten Gruppe. Sie erkennt nur bestimmte Formen der menschlichen Gemeinschaft als Gegenstand der Politik an. Das ist der Staat, die polis, als die entwickeltste Stufe der Gemeinschaftsordnungen. Politisches Handeln ist staatliches oder staatsbezogenes Handeln. Bei der Politik geht es um Angelegenheiten, die sich unmittelbar auf den Staat, seine Verfassung, seine Gesetzgebung oder Verwaltung beziehen, die die staatsbürgerlichen Rechte der Untertanen und die internationalen Beziehungen der Staaten zueinander in sich begreifen.¹⁾ Politische Angelegenheiten beziehen sich auf die Aufrechterhaltung oder Veränderung der staatlichen Organisation, auf die Beeinflussung der Funktionen des Staates oder der ihm eingegliederten öffentlich-rechtlichen Körperschaften.²⁾ Politisch heißt staatlich; im Begriff des Politischen hat man bereits den Begriff des Staates gedacht. Politisches Gemeinwesen ist entweder der Staat oder der vom Staat mit Herrschermacht ausgestattete Verband.³⁾ Nach Heinrich Triepel kann man unter Politik staatliches Handeln verstehen, "kann etwa wie Bluntschli, als Politik auffassen die Leitung des Staates und die Einwirkung auf die Staatsangelegenheiten, die bewußte Staatspraxis".⁴⁾

Der überwiegende Teil der Vertreter dieser Ansicht ist sich jedoch bewußt, daß damit das Wesen des Politischen auch noch nicht erfaßt worden ist. Nicht jede Staatstätigkeit ist politisches Handeln, und auch der Staat ist es nicht allein, der politische Macht entwickelt. Albert Schäffle geht davon aus, daß nicht nur das Handeln der obersten Staatsgewalt

1) van CALKER: 284 ff

2) DELIUS: 212 ff

3) H. JELLINEK: Staatslehre, 173

4) TRIEPEL: Staatsrecht und Politik, 11

wirkliche und wahre Politik sei. Vielmehr durchdringe sie alle drei großen Funktionen des Staates, Regierung, Gesetzgebung und Verwaltung, wenn auch in den ersteren intensiver als in der Verwaltung. Sie durchdringe jeden Lebenskreis des staatlichen Handelns, weltliche wie geistige, innere wie äußere Staatstätigkeit. Sie habe ihre Bedeutung in Krieg und Frieden, für wirtschaftliche wie nichtwirtschaftliche Dinge. Sie werde berufsmäßig wie frei betrieben.¹⁾

Der Beamte sei zwar in der Regel nicht Politiker, doch sei er es, indem er in gewissen Fällen die vorgesetzten Instanzen "auf die Bedürfnisse des Lebens aufmerksam mache, für die Lösung bestimmter Aufgaben den zielführendsten Weg des Erfolges herausuche, widerstrebende Bezirksinteressen in mittleren Vorschlägen vereinige, bestrebt sei, alles in der Richtung des geringsten Widerstandes und zum möglichsten Ansehen der öffentlichen Gewalt hinauszuführen".²⁾

Schäffle kommt nun zu einer Begriffsbestimmung des Politischen, indem er seine Deutung des Staates, der eine Volksgemeinschaft als Willens- und Machteinheit für die allen Gliedern gemeinsamen Interessen sei, zu Grunde legt. Das gesamtheitliche Wollen äußere sich in zwei Richtungen. Die eine liege in unmittelbaren Entscheidungen und Handlungen des Volkes durch den Staat für Ziele, die allein nicht zu schaffen sind, die andere in der mittelbaren Einsetzung der Willens- und Machteinheit mit der Wirkung auf den Einzelnen, seine Ziele an der Gesamtheit auszurichten. Beide Willensäußerungen seien in der Verwaltung und Gesetzgebung ebenso zu erkennen wie in der Regierung.

Die Staatstätigkeit der Regierung, der Gesetzgebung und der Verwaltung habe dabei zwei Seiten, die zwar miteinander verknüpft aber doch trennbar seien. Die eine Seite sei die feststehende des Gleichgewichtszustandes oder des gleichmäßigen festgeordneten Ablaufes. Die andere Seite sei die der Flüssigkeit, der Veränderung, des zu Schaffenden oder der Erhaltung durch Neuschaffung. Die beiden Richtungen des gesamtheitlichen Wollens äußerten sich jede in den beiden Seiten der Staatstätigkeit, ob es sich um die unmittelbare oder die mittelbare

1) SCHÄFFLE: 582 f
2) " 584

Einsetzung der Machteinheit handele. Politik sei nun die Seite der Flüssigkeit. Es sei eine Tatsache für die Politik, daß das gesamtheitliche Wollen nicht ein für allemal vorausgesehen und für immer gegeben sei.

Es sei wesensgemäß für die Politik, daß die Größe, Art und Verteilung der staatlichen Macht auf verschiedene Träger wechsele, sorgfältig erst zu bilden und ständig neu zu gliedern sei. Die machtgebenden Kräfte seien stets neu zu sammeln. In der Politik lasse sich nicht für jeden einzelnen Bedürfnisfall ein ins Einzelne durchreichend positives Recht aufstellen. Es sei erst im gegebenen Fall die staatlich zweckmäßigste unter mehreren möglichsten Anwendungen des Gesamtwillens und der Macht zu finden. Eine rein mechanisch laufende Staatstätigkeit sei dabei überhaupt ausgeschlossen. Die politische Entscheidung wähle nach wechselnden Umständen unter mehreren Ausführungsmitteln.

Immer handele es sich um Aufgaben, die erst zu lösen, oder, nur angefangen und bloß in den Grundzügen rechtlich festgelegt, nach Zeit und Umständen zweckmäßig zu Ende zu führen seien. Es bleibe vieles, das in großen Umrissen durch das positive Recht vorausgesehen sei, im vorkommenden Fall der Erfüllung durch schöpferische Zusatztätigkeit vorbehalten. So sei Politik die eigentlich schöpferische Staatstätigkeit innerhalb des positiven Rechts und der Sittengesetze, der Politiker, wie Aristoteles sagt, der Kenner des Seienden und der Macher des Seinsollenden.¹⁾

Auf gleicher Ebene liegt die Begriffsbestimmung Karl Mannheims, der das rationalisierte Gefüge und den irrationalen Spielraum des gesellschaftlichen Lebens unterscheidet. Das politische Handeln ziele auf Staat und Gesellschaft, solange und soweit diese noch im Werden begriffen sind, auf das Schöpferische im Augenblick, um aus den strömenden Kräften Bleibendes zu gestalten. Es beginne dort, wo der nichtrationalisierte Spielraum anfängt, wo nicht regulierte Situationen zur Entscheidung zwingen.²⁾ Das Politische, die Domäne der Regierung, ist der Bereich, in dem der Staat sich und sein Wesen bestimmt

1) SCHÄFFLE: 593
2) MANNHEIM: 70 ff

und durchsetzt. In der Verwaltung dient der Staat anderen Zwecken oder schafft nur die technischen Mittel für seine politischen Funktionen.¹⁾ Die politische Macht ist die führende im Gegensatz zu der ausführenden im Staate.²⁾

Wenn die Vertreter dieser Ansicht somit vom staatlichen Handeln das nicht politische Handeln für die Begriffsbestimmung des politischen herausnehmen, so ist nach ihnen Politik diejenige Staatstätigkeit, die nicht nach vorgeschriebenen Regeln abläuft, sondern diejenige, die schöpferisch Neues schafft. Damit ist aber noch nicht das Argument gegen diese Ansicht beseitigt, das darin liegt, daß nicht der Staat allein politische Macht entwickelt. Dazu sagt Heller, daß zwar nicht jede politische Macht Staatsmacht sei, es aber werden wolle. Der Staat stelle das politische Optimum, die auf seinem Gebiet regelmäßig mächtigste, präziseste und praktikabelste politische Organisation dar. Deshalb müsse jede politische Wirksamkeit danach streben, wenn nicht die Staatsgewalt als Ganzes zu erobern, so doch sich in ihr zu ihrem Teil durchzusetzen. So sei Politik die Kunst, gesellschaftliche Tendenzen in rechtliche Formen umzusetzen.³⁾

In der modernen Soziologie wird überwiegend die Lehre vertreten, daß die Frage nach dem Zweck des Staates und der Politik wissenschaftlich unbeantwortbar sei. Nach der Ansicht der Vertreter dieser Gruppe liegt das Wesen des Politischen im Machtkampf, im Streben nach Machtanteil oder Beeinflussung der Machtverteilung, sei es zwischen den Staaten, sei es innerstaatlich zwischen den ungeschlossenen Menschengruppen. Diese Lehre baut sich auf der Ansicht Schumpeters von der demokratischen Ordnung auf. Danach hat nicht das Volk die politische Entscheidung und wählt zu deren Ausführung Vertreter. Das Volk habe keine feststehende rationale Ansicht über jede einzelne Frage. Das Volk bringe vielmehr eine Regierung oder eine Zwischenkörperschaft hervor, die ihrerseits eine Regierung oder nationale Exekutive bestimmt. Erst diese habe die politische Entscheidung. Die demokratische Methode ist hiernach diejenige Ordnung der Institutionen zur Erreichung poli-

1) SMEND: Die politische Gewalt, 16
2) HELLER: 204
3) " 203

tischer Entscheidungen, bei welcher der Einzelne die Entscheidungsbefugnis vermittels eines Konkurrenzkampfes um die Stimme des Volkes erstrebt.¹⁾ Der Kampf um die Entscheidungsbefugnis sei das wesentliche Moment des Politischen. Damit sei auch der Gegensatz zum Beamten gegeben, der kraft Amtes nach sachlichen Gesichtspunkten entscheide. Der Politiker habe kein solches Amt, das ihm eine Entscheidungsbefugnis gebe, sondern müsse sich diese erst erkämpfen.²⁾ Da also die Frage nach dem Zweck des Staates und der Politik wissenschaftlich nicht zu beantworten sei, müsse die Politik definiert werden durch ihre spezifischen Mittel, das sei die Macht.

Die vierte Gruppe geht noch einen Schritt weiter. Es sind die Vertreter der Freund-Feind-Theorie Carl Schmitts.³⁾ Nach dieser verwandelt sich jeder Gegensatz in einen politischen, wenn er stark genug ist, die Menschen nach Freund und Feind effektiv zu gruppieren. Nach Schmitt selbst ist der Gegensatz von Freund und Feind nicht als Inhaltsangabe für den politischen Begriff zu verstehen, sondern als Kriterium, entsprechend den relativ selbstständigen Kriterien anderer Sachgebiete, wie gut und böse im Moralischen, schön und häßlich im Ästhetischen.

Die Unhaltbarkeit der Freund-Feind-Theorie dürfte heute genügend bewiesen sein. Das "Willst du nicht meiner Meinung sein, so schlag ich dir den Schädel ein" kann unmöglich dazu dienen, die Politik wissenschaftlich zu ergründen. Der Gegensatz von Freund und Feind ist kein substantieller Wertunterschied wie gut und böse, sondern rein funktionalistisch. Er hat keinen eigenen Sinnbereich.⁴⁾ Er stellt nur eine Intensivierung anderer Gesichtspunkte und anderer Unterscheidungen aus anderen Sachgebieten dar, mögen sie religiöser, wirtschaftlicher oder moralischer Art sein.

Für eine wissenschaftliche Klärung des Begriffes des Politischen können wir die Freund-Feind-Theorie ebensowenig zu Grunde legen wie die Lehre der ersten Gruppe, daß die Politik gegenständlich auf das menschliche Gemeinschaftsleben bezogen

1) SCHUMPETER: 427 f

2) von KLIMPSKI: 451/2

3) in seiner Abhandlung: Der Begriff des Politischen.

4) GREWE: Zum Begriff der politischen Partei, 74.

ist. Der zweiten Gruppe, die in der Politik die führende Staatstätigkeit erblickt, wirft Grewe den Mangel vor, daß sie zu viele Fragen offen lasse. Unbeantwortet bleibe, worin das Wesen des Staates liege, nach welchen Maßstäben die Entscheidung im irrationalen Spielraum getroffen werde, worauf die schöpferische Gestaltung abziele.¹⁾

§ 34 Diese Fragen kann aber auch Grewe nicht beantworten, wenn er zur Begriffsbestimmung des Politischen den Machtkampf als Kriterium heranzieht. Zwar will er als politisch nur diejenigen Parteien gelten lassen, die sich in ihrem Machtkampf im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung des Staates halten.²⁾ Damit ist jedoch nicht mehr gesagt, als daß die Politik nicht frei von den Bindungen des Rechts und der Sittengesetze ist, ein Satz, der von den Vertretern der zweiten Gruppe stets betont worden ist.

Darüber hinaus werden der Theorie von der Politik als Machtkampf schwerwiegende Bedenken entgegengebracht. Heller verwirft die trostlose Meinung, der politische Verband sei ausschließlich durch sein Mittel, die Gewaltsamkeit, zu definieren, ebenso wie die unter dem Einfluß der Lebensphilosophie aufgekommenen Meinung, Politik bedeute nichts anderes als ein prinzipiell irrationaler und sinnfremder Machtkampf.³⁾ Auch Scheuner betont, daß das letzte Prinzip der Politik nicht Kampf sondern Ausgleich und Sammlung, konstruktive Gestaltung des gesellschaftlichen Lebens sei.⁴⁾

Läge das Wesen des Politischen nur im Machtkampf, so würde das bedeuten, daß die politische Entscheidung einzig und allein von der Machtentfaltung derjenigen abhängig ist, die auf die strittige Frage Einfluß nehmen wollen. Es sei zugegeben, daß in jeder politischen Meinungsäußerung der Wunsch zum Ausdruck kommt, diese Meinung zumindest zu berücksichtigen. Es soll auch nicht übersehen werden, daß im politischen Leben sich regelmäßig der Mächtigste durchsetzen wird. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß es in der Politik unbedingt

1) GREWE: Zum Begriff der politischen Partei, 73

2) " " " " " " 79

3) HELLER: 203, 206, zu dem Satz, der von Sorel, Pareto und Spengler vertreten wird, daß die Gewaltausübung ohne angebbare Inhalte das gesetzlose Grundgesetz aller Politik ausmache.

4) SCHEUNER: Staat und Staatengemeinschaft, 265.

auf einen Machtkampf ankommen muß. Vielmehr besteht durchaus die Möglichkeit, daß eine politische Entscheidung allgemein einleuchtenden Gesichtspunkten folgt. Wenn sich alle beteiligten Machtgruppen einig sind, wird es nicht zu einer Kraftprobe zwischen ihnen kommen. Es wird aber keiner behaupten wollen, eine Entscheidung, die mit Zustimmung aller beteiligten Machtgruppen getroffen worden und nicht die Folge einer Machtaus-einandersetzung ist, sei deshalb keine politische Entscheidung. Das Wesen des Politischen kann folglich nicht im Machtkampf liegen. Die Machtentfaltung ist nur ein Mittel der Politik. An der Theorie vom Machtkampf ist soviel richtig, daß die Politik die Möglichkeit zur Machtanwendung bietet. Der Machtkampf ist nicht das Primäre, er folgt nur aus dem Wesen der Politik. Wir haben vielmehr danach zu fragen, welches die Ursache ist, daß der Machtkampf das wesentliche Mittel zur Verfolgung politischer Ziele ist. Während bei Rechtsentscheidungen die Rechtsfolge sich zwingend bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes ergeben muß, ein Machtkampf also ausgeschlossen ist, fehlt es in der Politik an dem vorgezeichneten Verhältnis von Tatbestand zur Folge. Da es um Fragen geht, bei denen nicht auf Grund von Erfahrungen feststeht oder festzustellen ist, wie sie zu entscheiden sind, bleibt das Politische dem Streit der Meinungen überlassen. Die Fragen werden von demjenigen entschieden werden, der die Macht dazu hat. Dem Mächtigsten steht es offen, in gewissen Grenzen eine von ihm gewollte Entscheidung zu erzwingen. Wegen der Grenzen der Machtentfaltung herrscht größere Einigkeit in der Wissenschaft. Grewe verlangt, daß sich die politischen Machtgruppen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung des Staates halten. Wie schon gesagt, bedeutet das nichts anderes, als daß politische Entscheidungen nicht gegen Recht und Moral verstoßen dürfen. Ist doch die verfassungsmäßige Ordnung der Inbegriff der herrschenden Rechts- und Sittengrundsätze. Sie stellt die Grenze dar, die den Spielraum der politischen Entscheidungsmöglichkeiten umgibt.

Somit fußt auch die Lehre, die das Wesen der Politik im Machtkampf erblickt, letzten Endes auf der Erkenntnis, daß politische Entscheidungen schöpferische Staatstätigkeit darstellen. Schöpferisch deshalb, weil sie nicht nach vorgeschriebenen Regeln abläuft, sondern unter mehreren möglichen Entscheidun-

gen die zweckmäßigste herausucht. So bezeichnet Helfritz die Politik als die auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende laufende Tätigkeit im öffentlichen Leben. Er geht davon aus, daß vom Recht her gesehen das Politische unter zwei Gesichtspunkten zu beachten ist. Politisch erheblich ist einmal das, was das Recht bestimmt, zum anderen, wie das Recht zweckmäßig zu gestalten ist. Das eine ist die rechtserkennende, das andere die rechtspolitische Betrachtungsweise. Mit der rechtserkennenden Betrachtungsweise hat vorwiegend der Richter zu tun, während der Staatsmann an der Vor- und Neubildung des Rechtssystems zu arbeiten hat. Geltendes Recht und Rechtspolitik müssen geschieden werden, wenn auch der Richter an der Fortbildung des Rechts durch Auslegung und Ausfüllung von Lücken in gewisser Weise mitwirkt.¹⁾ Wo feststehende Sätze gegeben sind, ist die politische Entscheidung schon gefallen. Mag auch die rechtserkennende Tätigkeit manchmal sehr bedeutungsvoll sein, so ist die eigentliche Politik dann schon aus dem Felde geschlagen. Die Entscheidung nach der politischen Seite wurde schon bei der Normierung der anzuwendenden Rechtssätze getroffen. Wenn also juristische Fragen manchmal einen politischen Beigeschmack oder Nachgeschmack haben wegen der Intensivität, mit der gestritten wird, oder weil ein besonderes Schlaglicht auf einen Fall fällt, so sind sie dennoch keine politischen Fragen mehr, wenn klare Rechtssätze für die Situation Regeln aufgestellt haben. Politisch ist die Frage dann schon entschieden, sie zeitigt nur noch die Folgen der getroffenen politischen Entscheidung. Die politische Entscheidung ist demnach eine speziell künftige Gestaltung. Unter künftig ist damit alles zu verstehen, das durch die scharfe Scheidung des Augenblicks von der Vergangenheit getrennt ist.

In dem reinen Planen und Gestalten für die Zukunft finden wir einen Gesichtspunkt wieder, den wir schon früher bei der Erörterung der Ermessensbegriffe hervorgehoben haben. Auch hier ist festzustellen, daß die Zukunftserwartungen ohne Anhaltspunkte aus feststehenden eindeutigen Tatsachen als Grundlage der Entscheidung zu verschiedenen Lösungen führen muß. Diese Lösungen werden sich jeweils aus dem zu Grunde gelegten Gesichtspunkt, aus dem jeweils vorgestellten Sinn und Zweck der ge-

1) HELFRITZ: Staatsrecht, 25.

suchten Entscheidung ergeben. So hat Helfritz recht, wenn er sagt, daß Politik eine Methode des Denkens sei. Methode, vom griechischen methodos, bedeute Finden des Weges zu einem bestimmten Ziel. In der Politik sei das Ziel, die zweckmäßigste Gestaltung zu finden; die Methode des Denkens liege in Zweckmäßigkeitserwägungen. Seiner Feststellung, Politik sei kein Begriff, der eine bestimmte Materie umfaßt, kann hinzugefügt werden, daß das Politische doch bestimmbar ist. Die Politik umfaßt die Gebiete und Materien, die eine solche Methode des Denkens verlangen, weil es an Anhaltspunkten zu einer objektiven Entscheidung fehlt.

Das, was Grewe der Theorie von der Politik als eigentlich schöpferische Staatstätigkeit, als Handeln im irrationalen Raum, als Mangel vorwirft, daß sie nämlich die Fragen, nach welchen Maßstäben die Entscheidungen im irrationalen Spielraum getroffen werden und worauf die schöpferische Gestaltung abzielt, nicht beantwortete, gerade die Tatsache, daß diese Fragen nicht zu beantworten sind, macht also das Wesen der Politik aus.

Mit dieser Erkenntnis stehen wir nicht im Widerspruch zu den Versuchen der letzten Zeit, politische Entscheidungen ebenso wie wirtschaftliche Vorgänge zu berechnen.¹⁾ Es soll gar nicht bestritten werden, daß die allein richtige Entscheidung im Einzelfall gefunden, ja berechnet werden könnte. Voraussetzung dafür ist aber, daß alle Faktoren für die Rechnung gegeben sind. Für die politische Entscheidung ist es nun ein wesentlicher Faktor, von welcher Zweckvorstellung ausgegangen wird. So lange verschiedene Zweckbestimmungen möglich sind, bleibt dieser Faktor variabel. Das ist es, was hier als das Wesentliche der politischen Entscheidung hervorgehoben werden soll. Entschließt man sich für den konkreten Fall für eine bestimmte Zweckvorstellung, so ist es durchaus möglich, den politischen Vorgang, die Entscheidung und ihre Folgen zu berechnen. Ebenso soll die Möglichkeit nicht geleugnet werden, die Zweckbestimmung, die letzten Endes durchdringen wird, vorherzubestimmen, wenn man die Ansichten der zur Entscheidung berufenen Personen in geeigneter Weise erforscht, gegeneinander abwägt und so in Form eines Parallelogramms der Kräfte

1) von KEMPSKI: Wie ist Theorie der Politik möglich?

die endgültige Zweckbestimmung feststellt. Das Wesen der Politik als einer Staatstätigkeit, die aus mehreren Entscheidungen unter verschiedenen Zweckmäßigkeitserwägungen eine auswählt, wird damit nicht verleugnet. Es bleibt bei dem Satze Hellers, wonach denjenigen Recht gegeben werden muß, die eine objektive Feststellung der konkreten politischen "Mission" eines bestimmten Staates wissenschaftlich für unbeantwortbar erklären.¹⁾

Widersprochen werden muß der Ansicht Erich Kaufmanns, daß der Grund für die Zweckmäßigkeitserwägungen, die der politischen Entscheidung wesensgemäß sind, in der Vielzahl von Gesichtspunkten und Interessen liege, die bei der Frage auf dem Spiele stehen. Die mannigfachen Interessen machten eine freie Abwägung notwendig, weil es an der rationalen Einfachheit für eine gerichtliche also eine rechtserkennende Entscheidung fehle.²⁾ Demgegenüber muß gesagt werden, daß noch so viele Interessen und Gesichtspunkte auf dem Spiele stehen können, die Möglichkeit einer gerechten Abwägung ist immer gegeben, wenn die Interessenslage nur übersehbar ist. "Objektiv nicht übersehbar sind aber diejenigen Interessen und Interessenswerte, deren Beurteilung von einer Zukunftserwartung, von der bloßen Vermutung zukünftiger Entwicklung abhängen und für die auch die allgemeine Lebenserfahrung keine sichere Prognose bietet".³⁾ Das ist dann der Fall, wenn aus dem Vergangenen keine Schlüsse auf die Zukunft gezogen werden können.

Wir können also feststellen, daß die Bedürfnisprüfung des Art. 72 II GG eine politische Entscheidung erfordert. Weiterhin können wir die Schlußfolgerung ziehen, daß politisches Ermessen und Verwaltungsermessen das Gleiche ist. Diese Lehre wurde von Rudolf von Laun entwickelt⁴⁾ und ist sehr viel kritisiert worden. Allerdings spricht Laun nicht vom politischen Ermessen, sondern von Regierungsakten. Der Regierungsakt ist die deutsche Bezeichnung des französischen Begriffes der actes de gouvernement, der den so bezeichneten Akt im Sinne einer Exemption von der Gerichtsbarkeit charakterisiert.⁵⁾

1) HELLER: 199

2) KAUFMANN: Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VStStaatsRL 9, 129

3) WOLFF: VStStaatsRL 9, 121

4) Zuletzt in Annuaire de l'Institut International de Droit public, 2. Bd. Paris, 1931

5) IPSEN: Politik und Justiz, 56

Nach Laun sind die Regierungsakte nicht deshalb unüberprüfbar, weil sie eine besondere Kategorie darstellen, sondern Erscheinungsformen der Ermessensakte schlechthin sind, weil sie vom Ermessen im engeren Sinn des Wortes herrühren.¹⁾

Das Hauptargument gegen die Ansicht Launs ist die Feststellung, daß im französischen Recht der acte de gouvernement völlig unüberprüfbar ist, während der acte discrétionaire einer auf den Mißbrauch beschränkten Nachprüfung unterworfen ist. Daß dieses Argument nicht zum Beweis eines Unterschiedes zwischen Ermessen und Regierungsakten herangezogen werden kann, stellten Laun und Smend schon in ihren Berichten für das Institut International de Droit public 1931 fest.²⁾ Die Justizlosigkeit ist kein Kriterium der Ermessens- und Regierungsakte, sondern sie soll erst aus dem Wesen der Akte bewiesen werden.

Ebenso ist das Argument Hans Schneiders abzulehnen, der von den Folgen ausgeht, die sich seiner Meinung nach aus der Lehre von den Regierungsakten als Unterart der Ermessensakte ergeben. Es hätte unvertretbare Folgen, wollte man es zulassen, daß ein Gericht die Regierung zwingen dürfte, die Beweggründe, die sie bei der Vornahme des Regierungsaktes geleitet haben, ebenso bekannt zu geben, wie die Verwaltung es bei den Ermessensakten tun müsse.³⁾ Auch er will also davon ausgehen, daß die Regierungsakte nicht nur in Bezug auf die Frage des Ob, sondern auch in der Frage des Warum unüberprüfbar seien. Damit haben wir dieses Argument bereits widerlegt, da wir nicht von der Unüberprüfbarkeit ausgehen dürfen, wenn wir sie erklären wollen.

Das einzige Bedenken, das der Lehre Launs gegenüber angemeldet werden kann, ist die Tatsache, daß nicht jeder Regierungsakt ein Ermessensakt ist. Auch die Regierungsakte können, wie Schneider und Smend richtig betonen,⁴⁾ rechtsgebunden sein; sie können aber auch einer völlig freien Sphäre angehören. Soweit es sich um Materien handelt, in denen keine anderen Interessen berührt werden, bedarf auch die Entscheidungsbefugnis der Regierung keiner Begrenzung. So fallen die Regierungsakte der rechtsgebundenen und der freien Sphäre sicher nicht

1) LAUN: Annuaire, 183

2) LAUN: Annuaire, 166; SMEND: Annuaire, 198/9

3) SCHNEIDER: Hoheitsakte, 39 ff

4) SCHNEIDER: 41; SMEND: Die politische Gewalt, 17.

unter die Ermessensakte. Im übrigen liegt die Kritik Schneiders an der Laun'schen Theorie zum großen Teil darin begründet, daß er die Regierungsakte speziell als Verfügungen der Regierung auffaßt, während Laun damit diejenigen Akte irgendeines Organs des Staates, sei es der Gesetzgebung, Regierung oder der Verwaltung, bezeichnet, die von der Kontrolle durch die Gerichte ausgenommen worden sind.

Die Regierungsakte im Sinne von politischen Entscheidungen weisen tatsächlich keine Unterschiede zu dem verwaltungsrechtlichen Begriff des Ermessens auf. Denn auch das Verwaltungsermessen ist politisches Ermessen, weil es staatsbezogene Tätigkeit auf Grund von Zweckmäßigkeitserwägungen, Wahl unter verschiedenen Zweckvorstellungen für mehrere Entscheidungsmöglichkeiten ist. Die politischen Entscheidungen sind dann Ermessensentscheidungen, wenn sie innerhalb bestimmter Grenzen zu treffen sind. Jede Ermessensbetätigung eines staatlichen Organs ist nach ihrem Wesen politisch.

Der Unterschied, den viele zwischen Regierungsakt und Verwaltungsermessen sehen, beruht auf einer anderen Tatsache. Das Ermessen einer Regierung gehört im Gegensatz zu dem der Verwaltung einer höheren, einer obersten Entscheidungssphäre an. In diesem Sinne wird mit Regierungsakt eine Verfügung bezeichnet, die von einem Staatsorgan erlassen wird, das keine Instanz mehr über sich hat, sondern nur noch dem Recht unterworfen ist. Während der Organwahrer in der Verwaltung an die Weisungen der vorgesetzten Behörde gebunden ist, also auch in der Ermessensbetätigung einer Kontrolle unterliegt, steht keine Instanz über den obersten Staatsorganen. Wir haben schon gesehen, daß die vorgesetzten Behörden im Verwaltungsrecht häufig eine Wandlung von scheinbaren Ermessensbegriffen zu unbestimmten Rechtsbegriffen beschleunigen. Die Kontrolle durch die vorgesetzte Behörde führt zu einer Objektivierung der Zweckbestimmungen. Diese Folge ist bei den obersten Staatsbehörden nicht gegeben.

Die obersten Staatsorgane unterliegen lediglich einer parlamentarischen Verantwortung. Nur die Gerichte sind auch dieser nicht unterworfen. Die politische Entscheidung kann aber nur einer politischen Kontrolle unterliegen. So können die Ermessensakte der Verwaltung nur durch vorgesetzte Behörden überprüft werden, die ihrerseits einer parlamentarischen Ver-

antwortung unterworfen sind. Der Behördenaufbau wird als oberstes Organ des Staates immer eine letzte Instanz aufweisen, die der politischen Kontrolle unterliegt. Auf keinen Fall kann ein Gericht die Ermessensakte überprüfen, da die Gerichte nur dem Recht gegenüber vollkommen abhängig sind. Wollten sie Ermessensakte kontrollieren, würden sie nicht mehr Recht sprechen; denn der Ermessensakt hält sich innerhalb der Schranken des anerkannten Rechts.

§ 35 Es wird nun oft behauptet, daß Schranken des Rechts seien bei den Ermessensakten der obersten Staatsorgane andersartig gegenüber denen, die den Ermessensakten der Verwaltung gesetzt worden sind. Aus dem Wesen der Ermessensakte ist ein solcher Unterschied nicht begründet, da alle Ermessensakte wesensmäßig politische Entscheidungen sind. Richtig ist allerdings, daß der Ermessensspielraum sehr verschieden bemessen sein kann. So ergibt sich höchstens ein Unterschied zwischen den Ermessensakten der obersten Staatsorgane und denen der Verwaltung in den Grenzen der Ermessensrahmen aus der verschiedenartigen rechtlichen Bindung, der sie unterworfen sind. Aus ihren staatlichen Funktionen ist zu ersehen, daß die Verwaltung in erheblich stärkerem Maße dem Gefüge der Rechtsnormen eingegliedert ist als die Regierung oder die Gesetzgebung. Diese sind nur an die Verfassung und die verfassungsmäßige Grundordnung gebunden. Verfassung und verfassungsmäßige Grundordnung ordnen aber nur die Organisation und die Zuständigkeiten der Staatsorgane und stellen besonders hoch zu wertende Interessen unter Verfassungsschutz. Damit sind die obersten Staatsorgane in formaler Hinsicht fast nur in Zuständigkeitsfragen rechtlich beschränkt und in materieller Hinsicht lediglich, wenn verfassungsmäßig geschützte Rechte entgegenstehen. Insoweit muß zugegeben werden, daß der Ermessensspielraum der obersten Staatsorgane im allgemeinen weiter sein wird als der der Verwaltung.

Kann daraus die Konsequenz gezogen werden, daß die Ermessensakte der obersten Staatsorgane hinsichtlich der Ermessensfehler nur bei Ermessensüberschreitung einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen? In der Verwaltungsrechtslehre sind als Ermessensfehler der Ermessensmißbrauch, die Ermessensüberschreitung und der Ermessensmangel anerkannt. Während der Organwalter bei der Ermessensüberschreitung über den gegebenen Rahmen

hinausgeht, unterläßt er bei dem Ermessensmangel die gebotene subjektive Beurteilung überhaupt. Daß die Ermessensüberschreitung auch bei den obersten Staatsorganen gerichtlicher Überprüfung unterliegt, wird nicht bestritten und bedarf hier keiner eingehenderen Untersuchung.

Der Ermessensmangel ist von untergeordneter Bedeutung, da das zuständige Organ, wenn es von seiner Kompetenz Gebrauch macht, auch eine subjektive Bewertung vornehmen wird. Ein Zwang aber, von der gegebenen Kompetenz Gebrauch zu machen, besteht bei den obersten Staatsorganen im allgemeinen nicht. Destinationen und Gestattungen sind typische Rechtsstellungen, wie sie der Verwaltung gegenüber eingeräumt worden sind, den Verfassungsnormen sind sie fremd. Eine gerichtliche Kontrolle, daß ein oberstes Staatsorgan eine gebotene Ermessensbetätigung auch vornimmt, kommt also nicht in Betracht. Den Ausgleich schafft hier die parlamentarische Kontrolle. Bei einem Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung wird der zögernde Bundesgesetzgeber auf parlamentarischem Wege zum Tätigwerden angeregt werden. Eine Verurteilung zur Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht würde, ganz abgesehen davon, daß der Gedanke schon etwas Absurdes an sich hat, überdies die Möglichkeit einer Leistungsklage voraussetzen.

Bedeutungsvoller ist die Frage, ob auch ein Ermessensmißbrauch der obersten Staatsorgane als Ermessensfehler der gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Ein Ermessensmißbrauch liegt vor, wenn das Organ in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise tätig wird. Der Ermessensmißbrauch stellt sich also als die Überschreitung der Grenzen dar, die den Zweckbestimmungen gesetzt worden sind. Letzten Endes ist danach auch der Ermessensmißbrauch eine Ermessensüberschreitung, nur ergeben sich die zu beachtenden Grenzen bei der Ermessensüberschreitung aus den freigestellten Rechtsfolgen des Rechtsatzes und den der Ermessensbetätigung unterworfenen Materien, während sie bei dem Ermessensmißbrauch die Zweckbestimmungen einschränken.

Im allgemeinen wird den obersten Staatsorganen allerdings hinsichtlich der Zweckbestimmung keine Beschränkung auferlegt. Soweit die Zweckvorstellung nur auf den Staat und dessen Erhaltung und Fortbildung bezogen ist, liegt sie im Rahmen der gebilligten Zweckerwägungen. Insoweit wird es auch keinen Er-

messensmißbrauch geben. Würde aber eine Regierung eine Ermessensentscheidung unter Gesichtspunkten treffen, die nicht-staatlichen oder sogar staatsfremden Interessen dienen, so würde auch das, selbst wenn sie sich bezüglich der Materie und der Rechtsfolge im gegebenen Rahmen hält, ein Ermessensmißbrauch sein. Nicht anders ist es, wenn die Verfassung die Zweckbestimmungen begrenzt hat, wie es im Art. 72 II GG bei der Bedürfnisprüfung geschehen ist. Hier werden nur diejenigen Zweckbestimmungen anerkannt, die im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes liegen. Darin besteht der Unterschied zu der Regelung des Art. 9 WRV, der eine derartige Beschränkung der Zweckbestimmungen nicht ausspricht. Eine bundesgesetzliche Regelung unter der Zweckvorstellung, daß die Bundesgewalt gestärkt werden soll, würde sich also zum Beispiel als ein Ermessensmißbrauch darstellen, auch wenn der Bundesgesetzgeber sich an den Katalog des Art. 74 GG und an die Rechtsfolge nach Art. 72 II hält.

§ 36 Bei dieser Rechtslage vermag ich nicht einzusehen, warum das Bundesverfassungsgericht den Ermessensmißbrauch als Rechtsverletzung, nämlich als Verstoß gegen die Normen des Grundgesetzes, nicht soll feststellen dürfen.¹⁾ Zuggeben muß ich allerdings, daß die Frage, ob ein Ermessensmißbrauch vorliegt, schwer zu beweisen sein wird. Das ist Aufgabe der anfechtenden Stelle, und diese muß sich bei einem Antrag auf Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht darüber im klaren sein, daß dieser Beweis sehr schwer zu erbringen ist. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Bemerkung Zinns, daß die Zweckbestimmung im Sinne der drei Ziffern des Art. 72 II GG von Bedeutung sein müßte für die Verkündungsformel der Bundesgesetze, die zum Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung gehören.²⁾ Dieser Gedanke entspricht meines Erachtens vollkommen der grundgesetzlichen Regelung. Damit wäre auch das Bedenken Schneiders ausgeräumt, daß ein oberstes Staatsorgan unmöglich seine Beweggründe, die es bei der Vornahme des Ermessensaktes geleitet haben, zwangsweise dem Gericht darlegen könne.

1) Wie SCHNEIDER: 40 ff und APELT: VStaatsRL, 120 verlangen und vor dessen Nichtbeachtung BACHOF: VStaatsRL, 119 warnt. Zustimmend zu APELT und BACHOF auch KAUFMANN: VStaatsRL, 128
2) Weinheimer Tagungsbericht, 54

Die Bedenken Böhlers gegen die gerichtliche Überprüfbarkeit des Ermessensmißbrauches kann ich ebenfalls nicht teilen. Er hält es für eine wirklich unmögliche Aufgabe, den Gesetzgeber darauf zu kontrollieren, ob er Ermessensmißbrauch getrieben hat. Es sei eine zu kunstvolle Unterscheidung, daß das Bundesverfassungsgericht den Ermessensmißbrauch soll abstellen können, ohne die Hauptentscheidung dabei mit kritisieren zu dürfen.¹⁾

Diese Bedenken werden schon durch die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich in der Zeit der Weimarer Verfassung zerstreut. In der Entscheidung vom 17. 2. 1930 hatte sich das Gericht bereits mit der Frage auseinandergesetzt, ob und wie weit die Grenzen, die dem Ermessen des Gesetzgebers gezogen sind, vom Gericht überprüft werden können. Es handelte sich darum, daß dem Reichsgesetzgeber bei Erlaß eines Reichswahlgesetzes nach Art. 22 II WRV ein Spielraum gegeben sein muß, innerhalb dessen er die Wahlgrundsätze des Art. 22 I, - allgemeine, gleiche, unmittelbare und geheime Wahl, - in ihrem Verhältnis zueinander abwägt. Nach der Entscheidung liegt es im Ermessen des Gesetzgebers, darüber zu befinden, ob und wie weit Abweichungen vom Gleichheitsgrundsatz geboten sind und wie weit die gekennzeichneten Grenzen einzuhalten sind. Der Staatsgerichtshof könnte den Entschlüssen des Gesetzgebers aber dann entgegentreten, wenn sie offensichtlich der inneren Rechtfertigung entbehren und von ihnen deshalb mit Sicherheit gesagt werden kann, daß sie dem im Art. 22 I WRV zum Ausdruck gebrachten Willen zuwiderlaufen.²⁾ Damit hat die Praxis selbst die Möglichkeit der Überprüfung des Ermessensmißbrauches anerkannt. Der Staatsgerichtshof hat in zahlreichen Entscheidungen die gerichtliche Kontrolle des Ermessensmißbrauches verlangt, wenn sich einwandfrei ergibt, daß die Zweckbestimmung im Gegensatz zur Ermächtigung steht.³⁾

1) Weinheimer Tagungsbericht, 121

2) LAMMERS-SIMONS: Rechtsprechung Bd. IV, 131 ff, 139

3) " " " " Bd. IV, 164 und die dort zitierten Entscheidungen. Vgl. auch BVerfGH in der Entscheidung vom 5.4.1952 in JZ, 1952, 364 ff; auf Seite 365 unten wird festgestellt, daß dann, wenn ein Wahlgesetz gegen den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit verstoße, eine unmittelbare und gegenwärtige Verletzung des Rechts.... vorliegen könne.

Mit diesen Erörterungen ist auch der Anregung Bachofs, ob nicht vielleicht in den Erläuterungen des Art. 72 II Ziffer 1 - 3 nur politische Direktiven und somit keine Rechtsnormen zu erblicken seien,¹⁾ die Grundlage entzogen. Nach der Auffassung Bachofs kommt man an eine verfassungsgerichtliche Prüfung der Frage, ob eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmißbrauch vorliegt, nur und erst dann heran, wenn man die Justiziabilität der Einhaltung dieser Grenzen grundsätzlich bejaht. Die eingehende Untersuchung hat ergeben, daß auch für die obersten Staatsorgane eine gerichtliche Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der inneren und äußeren Grenzen ihres Ermessensspielraumes, eine Kontrolle der Ermessensüberschreitung und des Ermessensmißbrauches, anzuerkennen ist. Die Ziffern 1 - 3 Art. 72 II GG, die den Zweckbestimmungen des Bundesgesetzgebers Grenzen setzen, sind daher als Rechtsnormen zu betrachten, die dem Bundesverfassungsgericht die Grundlage geben, einen Ermessensmißbrauch auf Antrag festzustellen und ein Gesetz dementsprechend für nichtig zu erklären.

Die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichtes ist es, das Verfassungsrecht zur Gewährleistung des verfassungsmäßigen Funktionierens des Staates zu schützen.²⁾ Wenn die Verfassung die Kompetenzen zwischen Bund und Ländern in einer Form verteilt, wie das Grundgesetz die Gesetzgebungszuständigkeiten im Art. 72, indem es auf verschiedene Zweckbestimmungen abstellt, so hat das Bundesverfassungsgericht die Einhaltung dieser rechtlichen Kompetenzabgrenzungen zu überwachen. Es ist eine der wesentlichen Aufgaben der Verfassung, die Organisation und Verteilung der Kompetenzen der Organe im Staate zu regeln. Die Vorschriften, die diese Regelungen vornehmen, müssen auch als Rechtsnormen anerkannt werden, gleichgültig ob die Grenzziehung äußerlich nach Materien vorgenommen worden ist oder inhaltlich nach dem Zweck der Rechtsfolge, die für gleiche Materien verschiedene Zuständigkeiten schafft.

Das Bundesverfassungsgericht bleibt bei der Durchführung seiner Aufgaben immer ein Gericht. Wie es keiner parlamentarischen Kontrolle, sondern nur dem Recht unterworfen ist, so

1) BACHOF: VStaatsRL, H. 9, 119

2) DRAHT: " H. 9, 20; TRIEPEL: VStaatsRL H. 5, 6
und KEISEN " H. 5, 30; FRIESENHAHN: Begriff und Arten
der Rechtsprechung, 55.

hat es auch nur Rechtsfragen zu entscheiden. Die Erweiterung der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts im Vergleich zu denen des Staatsgerichtshofes der WRV bringt auch darin keine Änderung. Durch die Praxis des Reichsstaatsgerichtshofes sind die Grundsätze für die Überprüfung eines Ermessens hinreichend geklärt worden.¹⁾ Eine Ausdehnung der Kontrolle auch auf die Ermessensbetätigung selbst würde bedeuten, daß die obersten Staatsorgane, wie Regierung und Gesetzgebung, bei der Ausdehnung der Kompetenzen des BVerfG auf neue Sachgebiete durch das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgerichtsgesetz gegenüber der Regelung der WRV doppelt an den Zügel genommen würde. Damit würden sie aber auch einer notwendigen Betätigungsfreiheit zur Erfüllung ihrer staatlichen Aufgaben beraubt werden.

Der stark politische Charakter des Verfassungsgerichtes ergibt sich aus der Tatsache, daß das Gericht nur ein spärliches Normengefüge als Grundlage für seine Entscheidungen zur Verfügung hat. Das Verfassungsrecht kann nur die wesentlichen Grundzüge regeln, es darf nicht überladen werden und muß für eine gesunde Weiterentwicklung genügend Raum lassen. Der Verfassungsrichter steht schon bei Rechtsfragen vor der schwierigen Aufgabe, die objektiv allein richtige Entscheidung aus der staatlichen Grundkonzeption zu entwickeln. Die Verfassungsnorm gibt für die Entscheidung viel spärlicher zwingende Hinweise, als andere Rechtssätze sie dem Richter bieten.

Der Verfassungsrichter muß also auf das Gesamtgefüge der Verfassung, auf die sinnvollen Zusammenhänge der Normen und Institutionen, auf die volle Wirklichkeit des politischen Lebens häufig zurückgreifen. Er muß immer bedenken, daß eine Verschiebung an einer Stelle des Gesamtgefüges die verfassungsmäßige Grundordnung verändern kann. Nicht selten ist er in der Zwangslage, seine Entscheidung aus dem Normengefüge nur begründen zu können, ohne daß sie sich zwingend als die allein richtige ergeben muß. Die politische Funktion, die sich für den Verfassungsrichter daraus schon bei einer Entscheidung auf Grund von Rechtsnormen ergibt, darf nicht dazu führen, ihm auch Aufgaben zuzuteilen, die er nur als Politiker erfüllen kann. Wenn er zwangsläufig bei der Rechtsprechung zu politischen Entscheidungen gezwungen ist, so ist das kein Grund,

1) DRAHT: Vereinigung der Staatsrechtler, 66

diesen ungewollten, im Ausnahmefall unvermeidlichen Zwang zu sanktionieren, indem man das notwendige Übel zum Anlaß nimmt und dem Bundesverfassungsgericht Fragen zur Entscheidung übergibt, die unbedingt politische Entscheidungen sein müssen. Die Ermessensfrage, bei denen mehrere Entscheidungen vom Recht gebilligt worden sind, dürfen nicht der Überprüfung eines Gerichtes, auch nicht des Bundesverfassungsgerichtes, unterliegen.

Sogar in Form einer Schiedsgerichtbarkeit kann das Bundesverfassungsgericht die Frage der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern im konkreten Fall nicht entscheiden. Auch dafür wäre Voraussetzung, daß dem Gericht eine objektiv eindeutig feststellbare Zweckbestimmung als Grundlage zur Entscheidung gegeben ist. Solange unter mehreren Zweckvorstellungen verschiedene Lösungen vom Recht anerkannt worden sind, kann das Gericht nicht entscheiden, welche Lösung die allein richtige ist. Diese Entscheidung muß den zuständigen politischen Organen des Staates überlassen bleiben.

X. Kapitel:

Rechtspolitische Würdigung der Normierung der Bedürfnisprüfung in Art. 72 II GG.

Das gegebene zuständige politische Organ, das die Frage zu prüfen hat, ob ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung vorliegt, ist der Bundesgesetzgeber. Wir haben festgestellt, daß die Beantwortung dieser Frage eine subjektive Einstellung erfordert. Die Übertragung der Ermessensentscheidung auf den Bundesgesetzgeber rechtfertigt sich aus dem Gesamtgefüge der bundesstaatlichen Ordnung. Wenn auch in unserer Bundesratsverfassung ein echtes Zweikammersystem nicht entwickelt worden ist, so muß doch der Bundesrat als Vertreter der Länderinteressen in wesentlichen Angelegenheiten der Gesetzgebung seine Zustimmung geben. Der Bundesrat wirkt bei der Gesetzgebung des Bundes als beratendes, kritikübendes und auch mitbestimmendes Organ mit. Trotz der Fassung des Art. 50 GG: "wirken die Länder bei der Gesetzgebung mit" ist der Bundesrat ein Organ des Bundes und nicht der Länder. Bei der Überweisung der Bedürfnisprüfung an den Bundesgesetzgeber sind die Interessen der Länder durch den Bundesrat genügend geschützt worden.

Außerdem handelt es sich im Art. 72 II GG um ein Bedürfnis des Gesamtvolkes. Die Interessen und Bedürfnisse des Gesamtvolkes kann kein Staatsorgan besser erkennen und wahrnehmen als die Körperschaft, die sich aus den Vertretern des Gesamtvolkes zusammensetzt, als der Bundestag. Es ist daher vollkommen gerechtfertigt, daß der Bundestag als die Vertretungskörperschaft des Gesamtvolkes gegenüber dem Bundesrat eine stärkere Rechtsposition innehat, denn der Bundesrat vertritt die Regierungen und nicht die Völker der Länder direkt. In einem demokratischen Staat wie der Bundesrepublik muß daher die demokratische Körperschaft des Bundestages rechtlich stärkere Befugnisse haben.

Mit der Erkenntnis, daß sich der Bundestag gegenüber dem Bundesrat innerhalb der gesetzgebenden Organisationen des Bundesgesetzgebers als die stärkere Gewalt darstellt, ist jedoch noch nicht gesagt, daß das unitarische Element in der westdeutschen Staatskonstruktion ein klares Übergewicht hat. In der Zeit der RV 1871 konnte man feststellen, daß der Bundesrat unitarischer eingestellt war als der Reichstag. Neben den Länderregierungen verfolgen auch die politischen Parteien häufig föderative Tendenzen. Zwar haben sie alle in der Frage Unitarismus oder Föderalismus kein festes Programm aufgestellt, ihre Position wird vielmehr in dieser Frage nach anderen Gesichtspunkten entwickelt. Lassen sich die Ziele einer Partei für die gesamte Bundesrepublik durchsetzen, so wird diese Partei in dieser Frage unitarisch eingestellt sein. Föderalistisches Denken wird dagegen eine Partei dann verlangen, wenn sie befürchtet, bei der Verfolgung ihrer Ziele im gesamten Bundesgebiet zu unterliegen, aber mit einem Erfolg in einzelnen Ländern rechnet. So erhält der Föderalismus bei einem Kräftevergleich der beiden Tendenzen eine Verstärkung durch diejenigen politischen Gruppen, die mit scheinbar föderalistischen Bestrebungen in Wahrheit andere politische Ziele verfolgen. Überhaupt steht meines Erachtens in dem Ausbau föderativer Institutionen in unserer Verfassung mehr der Gedanke der Hemmung und der Abwehr vor den Gefahren, die der Einheitsstaat in sich trägt, im Vordergrund als die Anerkennung der föderativen Interessen selbst.

So ist auch mit der Bedürfnisklausel im Art. 72 Abs. II GG in unserer Verfassung Raum gelassen worden für politische Auseinandersetzungen im Interesse des Staatswohles. Es sind diesen Streitigkeiten gleichzeitig Grenzen gesetzt worden, deren Überwachung dem Bundesverfassungsgericht obliegt. Wenn allgemein gesagt wird, daß politische Entscheidungen durch Kompromisse zustande kommen, so bewahrheitet sich dieser Satz beim behandelten Problem in zweifacher Hinsicht. Die Regelung des Art. 72 II GG mit seiner Bedürfnisklausel stellt sich als Kompromißlösung dar; darüber hinaus werden die Entscheidungen innerhalb des gegebenen Ermessensrahmens ebenfalls auf dem Wege des allseitigen Übereinkommens getroffen werden, wie in der bundesgesetzlichen Ordnung selbst ein großer Kompromiß zu sehen ist.

Unter diesem Gesichtspunkt ist die Regelung, die im Art. 72 II GG gefunden worden ist, recht glücklich ausgefallen. Sie gibt den politischen Kräften der Bundesrepublik die Möglichkeit, innerhalb gerichtlich geschützter Grenzen ihre Entscheidungen den jeweiligen Situationen anzupassen. Der gewählte Weg zwischen der Scylla zu großer Freiheit und der Charybdis absoluter Gebundenheit der politischen Mächte läßt uns eine günstige Auswirkung für die Zukunft erhoffen. Ebenso wie eine zu große Freiheit politische Kräftegruppen zu verhängnisvoller Machtentfaltung anregt, birgt auch eine starre Verfassung Gefahren in sich. "Starre Verfassungen können nur gebogen oder gebrochen werden." ¹⁾

1) TRIEPEL: Die Kompetenzen des Bundesstaates, Bd. II, 278

Lebenslauf

Am 8. November 1925 wurde ich, Eike Benter, als Sohn des damaligen Studienassessors Wilhelm Benter und dessen Ehefrau Gesine geborene Koopmann in Hannover geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit und bin evangelisch-lutherischen Bekenntnisses.

Nach vier Grundschuljahren besuchte ich ab Ostern 1936 das Realgymnasium in Hannover. Im Mai 1943 wurde ich aus Klasse 7 (Unterprima) heraus eingezogen. Nach mehreren Einsätzen an der Ostfront und kurzer Tätigkeit als Lehroffizier an der Waffenschule der Artillerie geriet ich im Mai 1945 in amerikanische Kriegsgefangenschaft, aus der ich am 30. Mai 1945 entlassen wurde.

Am 11. März 1946 bestand ich vor dem Prüfungsausschuß des Kultusministeriums in Hannover die Abschlußprüfung eines sechsmonatigen Übergangskursus für die Zulassung zum Studium. Darauf arbeitete ich ein Jahr bei Rechtsanwalt und Notar Dr. Braun in Hannover zur Vorbereitung auf mein juristisches Studium. Im Sommersemester 1947 begann ich an der T.H. Hannover mit dem Studium der Volkswirtschaft, das ich nach 3 Semestern unterbrechen mußte. Im Sommersemester 1949 erhielt ich die Zulassung zum Studium der Rechte in Münster. In der Zwischenzeit war ich für 3 Monate am Amtsgericht in Quakenbrück, wohin mein Vater 1948 als Oberstudiendirektor der städt. Oberschule versetzt worden war, zur informatorischen Beschäftigung tätig. Nach einem Studium der Rechte von 5 Semestern in Münster meldete ich mich zur ersten juristischen Staatsprüfung, die ich am 21. 2. 1952 vor dem Justizprüfungsamt in Hamm bestand.

Seit dem 21. April 1952 befinde ich mich in Vorbereitungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Oldenburg. Mit der Bearbeitung der vorliegenden Dissertation begann ich im Sommer 1951. Herrn Prof. Dr. Wolff bin ich für seine stete Förderung zu besonderem Dank verpflichtet. Die mündliche Doktorprüfung fand am 6. 6. 1953 statt.